

**NUEVOS RETOS DE LA CULPA IN CONTRAHENDO, LA FASE  
PRECONTRACTUAL EN LA CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA Y SU  
REGULACIÓN.**

**OLBIN ANTONIO MEJÍA CÁMBAR**

Tesis depositada en cumplimiento parcial de los requisitos para el grado de  
Doctor en  
Derecho

Universidad Carlos III de Madrid

**DIRECTORA:  
TERESA RODRIGUEZ DE LAS HERAS BALLELL**

Junio 2021

Esta tesis se distribuye bajo licencia “Creative Commons **Reconocimiento – No Comercial – Sin Obra Derivada**”.



**NUEVOS RETOS DE LA CULPA IN CONTRAHENDO, LA FASE PRECONTRACTUAL EN LA CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA Y SU REGULACIÓN.**

---

A mis padres, mi padrino, mi novia, hermanos y amigos.

## **Agradecimientos**

A mis padres, Olvin Antonio, y Yolany Isabel de quienes espero enorgullecer siempre en cada paso que doy en mi vida profesional, pero sobre todo mi madre, quien con su perseverancia y fe me dio la confianza para este gran reto.

Mis hermanos Willy y Billy, de quienes siempre espero ser un ejemplo positivo.

Mi padrino Elmer, quien, en los primeros días de mis estudios de derecho, me obsequió una copia de su libro autografiado deseándome lo mejor para mi carrera.

A mi novia Marlyn Celeste, quien me ha apoyado incondicionalmente en este proceso.

A Teresa Rodríguez de las Heras, quien confió en mí, me acompañó a lo largo de este viaje, y me inspiró a continuar estudiando día a día para ser un mejor profesional.

Un colega y hermano, Jorge Ricardo, con quien tomamos la decisión de emprender esta gran travesía hace 5 años y perseveró conmigo para la culminación de esta etapa.

A mis amigos y hermanos Raúl, Ricardo, Héctor, José y Francisco quienes sin importar la distancia siempre me acompañaron en los momentos más duros a lo largo de estos años.

Con mucho esfuerzo, sudor y lágrimas se ha llegado al final de esta enriquecedora experiencia.

*“No hay obstáculos imposibles, hay voluntades fuertes y débiles”.*

Julio Verne

## **Publicaciones Previas**

Mejía Cámbor, O. (2019). El Reglamento General de Protección de Datos Europea: Un Vistazo a la Actualidad de la Era Digital. *“La Revista de Derecho”*, Universidad Nacional Autónoma de Honduras Vol. 40(1), 93-104.

**DOI:** <https://doi.org/10.5377/lrd.v40i1.8909>

La presente publicación está incluida parcialmente en la tesis en el Capítulo I. *Génesis del Comercio Electrónico y el contexto del siglo XXI con respecto a la Contratación Internacional.*

Todo material de esta fuente incluido en la tesis está señalado por medios tipográficos y una referencia explícita.

Table of Contents

Agradecimientos.....	4
Publicaciones Previas.....	5
Figuras.....	10
Glosario .....	11
INTRODUCCIÓN .....	15
<b>Metodología .....</b>	<b>17</b>
<b>Estructura de la presente obra.....</b>	<b>18</b>
<b>Hipótesis.....</b>	<b>24</b>
PRIMERA PARTE: COMERCIO Y CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA.....	26
<b>I.    Génesis del Comercio Electrónico y el contexto del siglo XXI con respecto a la Contratación Internacional.....</b>	<b>27</b>
1.1.    Génesis del comercio electrónico.....	31
1.2.    Sociedad de la Información .....	33
1.3.    Principios Rectores del Comercio Electrónico .....	35
1.4.    Auge de la tecnología Blockchain, el Big Data y la Economía de plataformas. ....	42
1.5.    Datos en relación al comercio electrónico a nivel mundial y regional	47
1.6.    Efectos de la Pandemia del Covid-19 en el e-commerce.....	52
<b>II.    Contratación Electrónica en la Sociedad de la Información:</b>	
<b>Introducción a la Etapa precontractual.....</b>	<b>55</b>
2.1.    Acercamiento a los fundamentos filosóficos del derecho contractual	55

2.2. El contrato en la codificación en Estados de derecho civil en la actualidad.....	65
2.3. Modalidades Contractuales B2C desarrolladas por el comercio electrónico.....	69
2.4. Norma aplicable y jurisdicción en los contratos electrónicos bajo la normativa europea.....	78
2.5. Conclusiones Primera Parte.....	87
SEGUNDA PARTE: NATURALEZA DE LA ETAPA PRECONTRACTUAL....	90
<b>III. Delimitación Conceptual de Etapa Precontractual.....</b>	<b>91</b>
3.1. La libertad contractual.....	95
3.2. Los Tratos Preliminares.....	99
3.3. Oferta contractual, consentimiento y la sociedad de la información. 106	
3.4. El precontrato.....	123
3.5. Conclusión.....	127
<b>IV. La Buena Fe precontractual.....</b>	<b>130</b>
4.1. Debate relacionado a la Buena Fe y la Libertad contractual.....	131
4.2. Buena fe “in contrahendo”.....	132
4.3. La introducción controvertida de la <i>buena fe contractual</i> al derecho anglosajón.....	135
4.4. Conclusiones finales en relación a la buena fe.....	146
<b>V. Deberes Precontractuales.....</b>	<b>149</b>
5.1. La buena fe como fuente de deberes precontractuales.....	149
5.2. Deberes precontractuales de conducta.....	151
5.3. Conclusión en relación a los deberes precontractuales.....	172

<b>VI. Naturaleza de la Responsabilidad precontractual.....</b>	<b>175</b>
6.1. Argumentos relativos a la imposición de responsabilidad en la etapa precontractual .....	175
6.2. EVOLUCIÓN DE LA DOCTRINA DE LA CULPA IN CONTRAHENDO.....	178
6.3. Posturas en relación a la Responsabilidad Civil y la Culpa <i>In Contrahendo</i> .....	213
6.4. Conclusiones y posición final en relación a culpa <i>in contrahendo</i> . 232	
<b>VII. La Nueva Lex Mercatoria Y Su Papel En La Regulación De La Etapa Precontractual. ....</b>	<b>234</b>
7.1. Regulación en la Unión Europea .....	235
7.2. El nuevo Derecho Europeo de Contratos y <i>soft law</i> . ....	242
7.3. Lex Mercatoria en América Latina: Los Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos (PLDC).....	268
7.4. Regulación Estatal de la Culpa <i>In Contrahendo</i> en Europa.....	272
7.5. Comercio internacional en el dragón asiático: Desarrollo de la Culpa <i>in Contrehendo</i> en China. ....	282
7.6. Conclusiones. ....	291
TERCERA PARTE: REVOLUCION TECNOLÓGICA Y EL FUTURO DEL ESTUDIO DE LA ETAPA PRECONTRACTUAL HACIA EL FUTURO. ....	293
<b>VIII. Consideraciones Relativas a los Smart Legal Contracts y su Formación .....</b>	<b>294</b>
6.1. Introducción al concepto de las redes distribuidas ( <i>Distributed Ledger Technologies</i> ), la Tecnología “Blockchain” y su evolución. ....	296



6.2. Las criptomonedas como contrato multilateral, una antesala al “contrato inteligente” .....	303
6.3. El Smart Contract como modalidad novedosa en relación a la contratación tradicional.....	308
6.4. Etapas en la contratación comercial que se ejecuta por medio de tecnología <i>Blockchain</i> .....	320
6.5. Conclusiones.....	334
<b>IX. Apuntes Finales y Conclusiones.....</b>	<b>337</b>
Primero.....	337
Segundo .....	338
Tercero .....	339
Cuarto .....	340
Quinto .....	342
Sexto.....	342
Séptimo.....	343
Octavo.....	344
BIBLIOGRAFÍA.....	347
Jurisprudencia: .....	374

## **Figuras**

<b>Figura 1</b>	<b>48</b>
<b>Figura 2</b>	<b>49</b>
<b>Figura 3</b>	<b>50</b>
<b>Figura 4</b>	<b>127</b>
<b>Figura 5</b>	<b>297</b>
<b>Figura 6</b>	<b>302</b>
<b>Figura 7</b>	<b>306</b>

## **Glosario**

- **ACME:** Anteproyecto de Código Mercantil Español.
- **Art:** Artículo
- **B2B:** Business to Business, relaciones contractuales entre comerciantes.
- **B2C:** Business to consumer, relaciones de consumo.
- **BWA:** Browse Wrap Agreement.
- **CADH:** Convención Americana sobre Derechos Humanos.
- **CCC:** Nuevo Código Civil Chino
- **CCH:** Código Civil de Honduras Decreto 76.
- **CCOH:** Código de Comercio de Honduras.
- **CCE:** Comunidad Económica Europea.
- **CCEs:** Código Civil Español
- **CCU:** Código Comercial Uniforme USA
- **CE:** Comercio Electrónico.
- **CIADI:** Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones.
- **CIC:** Culpa *in Contrahendo*.
- **CISG:** Convención de Viena de Compraventa Internacional de Mercaderías de Naciones Unidas.
- **CNUCECI:** Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales de 2005.
- **CR I:** Convenio sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales de Roma de fecha 19 de junio 1980.
- **CR II:** Convenio sobre la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales de Roma.

- **CWA:** Clickwrap Agreement.
- **D97/7CCD:** Directiva 97/7/CE del 20 de mayo de 1997 en relación a la Protección de los Consumidores en los Contratos a Distancia.
- **DLT:** Distributed Ledger Technology
- **Ley 3/2014:** Ley 3/2014 de 27 de marzo, mediante la cual se modifica el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de fecha 16 de noviembre.
- **LMCE:** Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico.
- **LMDFE:** Ley Modelo de la CNUDMI sobre Firmas Electrónicas.
- **LPChn** Ley de Protección al Consumidor de Honduras.
- **LSSICE:** La Ley 34/2002, de 11 de julio de Servicios de la Sociedad de Información y Comercio Electrónico, más conocida como Ley de Servicios de la Sociedad de Información.
- **OEA:** Organización de Estados Americanos.
- **OMPI:** Organización Mundial de la Propiedad Intelectual.
- **UPICC:** Principios UNIDROIT Sobre Los Contratos Comerciales Internacionales.
- **P2P:** Redes Peer to Peer.
- **PECL:** Principles of European Commercial Law.
- **PIDCP:** Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.
- **PIDESC:** Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales.
- **PRC:** República Popular de China.
- **PLDC:** Principios Latinoamericanos de Derecho de Contratos
- **RGDP:** Reglamento General de Protección de Datos.
- **SM:** Smart Contract
- **TJUE:** Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

***NUEVOS RETOS DE LA CULPA IN CONTRAHENDO, LA FASE PRECONTRACTUAL EN LA CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA Y SU REGULACIÓN.***

---

- **UE:** Unión Europea.
- **UNCTAD:** Conferencia de las Naciones Unidas para el Comercio y el Desarrollo.
- **UNIDROIT:** International Institute for the Unification of Private Law
- **UNCITRAL/CNUDMI:** United Nations Commission for the Unification of International Trade Law/ Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional.

**NUEVOS RETOS DE LA CULPA IN CONTRAHENDO, LA FASE  
PRECONTRACTUAL EN LA CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA Y SU  
REGULACIÓN.**

## **INTRODUCCIÓN**

El *iter* contractual ha tenido un amplio estudio en la época moderna considerando que el contrato es uno de los instrumentos principales por medio del cual los seres humanos interactúan entre sí en la sociedad. Muchos han sido los ríos de tinta y bibliotecas completas que hacen referencia a esta área del derecho, por tanto, ya se cuenta con una doctrina definida. En cuanto al periodo de las tratativas o etapa precontractual la situación no ha sido tan sencilla, donde si bien existen posiciones definidas en cuanto a muchos de sus características, las mismas no han podido ser del todo definidas.

Por otro lado, es importante recordar que el derecho es cambiante y pasa en constante evolución de manera paralela con las sociedades que regulan y los diferentes factores que influyen el desarrollo de las mismas incluyendo los avances científicos. De tal manera que la normativa que regula la actividad comercial en la red requiere estar en constante revisión considerando que cada vez germinan nuevos modelos de negocios gracias a las nuevas tecnologías y los cambios en las estructuras sociales

En la presente tesis, se estudiará la evolución de la conceptualización del periodo de tratativas con respecto a las diferentes modalidades de negocios que van surgiendo gracias a los avances tecnológicos y los diferentes supuestos en los que se puede incurrir en responsabilidad durante las negociaciones en un contexto dominado por las comunicaciones electrónicas. Se tendrá en cuenta el crecimiento de la regulación de las nuevas tecnologías y su vinculación con el derecho contractual en diferentes regiones del mundo, principalmente en la Unión Europea además del movimiento que pretende unificar el derecho contractual, el cual ha tenido diferentes manifestaciones por

medio de instrumentos con mucho valor por los insumos que presentan para el derecho contractual en el siglo XXI.

Entre algunas de las interrogantes que han surgido recientemente son las concernientes a la contratación electrónica y la implementación de la tecnología “Blockchain”, su adecuación a los elementos tradicionales del contrato además de su correcta regulación, de la cual hasta la fecha no hay una posición concreta ni unánime. Dichos “contratos” podrían considerarse como una “evolución” o variante en cuanto al derecho contractual se refiere, y cabe mencionar que en la región latinoamericana no hay muchos estudios en relación a esta materia.

Por otro lado, es importante reconocer las complejidades que se han presentado a lo largo de año y medio a causa de la crisis sanitaria del COVID-19. Dicho contexto afectó sustancialmente al mundo entero y demostró la necesidad de buscar alternativas para las interacciones del ser humano pretendiendo evitar un colapso total del comercio a nivel mundial.

Bajo estos argumentos preliminares se evidencia la importancia de ahondar en el estudio de las interacciones del derecho y las innovaciones científicas, por lo que a lo largo del presente estudio, se pretenderá identificar y enunciar los múltiples retos que surgen en la adecuación de la regulación referente a la etapa precontractual y la responsabilidad precontractual a los diferentes fenómenos de la sociedad moderna en la cual se desenvuelve la denominada economía colaborativa, dando un repaso por los fundamentos del derecho contractual, la etapa precontractual y la Culpa *in Contrahendo*.



## **Metodología**

Al realizar una investigación como la presente, es importante establecer la posición filosófica adecuada para la misma. Esta posición es determinada por la naturaleza de la realidad, o sea el enfoque ontológico, como el investigador sabe lo que conoce, o sea la epistemología, el rol de los valores en la investigación por medio de la axiología, la retórica la cual define el lenguaje del trabajo y los diferentes métodos usados en este proceso, término mejor conocido como la metodología<sup>1</sup>.

Con fundamento en lo antes expuesto, la presente investigación busca realizar un análisis cualitativo<sup>2</sup> y se acudió a fuentes de información primarias y secundarias entre los cuales se encuentran revistas jurídicas, bases de datos, cuerpos normativos, estudios de diferentes grupos de académicos y textos de organismos internacionales en diferentes etapas históricas. De igual manera, se proyectó implementar un lenguaje que fomente la curiosidad en lector por los temas a conocer en la presente obra.

En tal sentido, se pretende efectuar un estudio multidisciplinario, comparativo y doctrinal del contexto actual del comercio internacional, además de desarrollar la importancia de la regulación de la etapa precontractual y la culpa *In Contrahendo* en la sociedad de la información, repasando los estudios más

---

<sup>1</sup> Creswell, J. (2007). Philosophical, paradigm, and interpretative Frameworks. *Qualitative inquiry and research design: choosing among five approaches*. Thousand Oaks: Sage, 15-34, p. 16.

<sup>2</sup> Vid. Bryman, A. (2012) *Social Research Methods*, 4<sup>th</sup> Ed. Oxford University Press p. 36. La investigación cualitativa hace hincapié predominantemente en un enfoque inductivo la relación entre teoría e investigación, que el énfasis se pone en la generación de teorías. Rechaza las prácticas y normas del modelo científico natural y del positivismo en particular en lugar de un énfasis en las formas en que los individuos interpretar su mundo social; y • encarna una visión de la realidad social como una propiedad emergente constantemente cambiante de la creación de los individuos.

importantes concernientes al fundamento filosófico axiológico de la teoría del contrato, comercio electrónico, responsabilidad extracontractual, entre otras disciplinas jurídicas.

## **Estructura de la presente obra**

El presente trabajo consistirá en tres partes, la primera refiere al estudio preliminar en relación a las generalidades del comercio electrónico en nuestra sociedad actual. Por otro lado, busca desarrollar sus alcances, regulación actual además del repaso de la teoría del contrato y su fundamento filosófico con fundamento en las teorías económicas y de la voluntad.

### **Primera parte**

En el **capítulo I** se pretenderá desarrollar y dar a conocer el lector el contexto actual en el comercio internacional del siglo XXI detallando aspectos de las relaciones entre comerciantes como en las relaciones de consumo. De igual manera se pretende desarrollar el surgimiento de los primeros instrumentos que pretendían regular las relaciones entre particulares (civiles y comerciales) en la red. De esta manera detallando las características principales de la sociedad de la información y los nuevos modelos económicos que se han presentado en años recientes como ser la economía colaborativa.

**Preguntas a responder:** ¿Cómo surgen los primeros instrumentos que pretenden regular las relaciones entre particulares en la red o cualquier otra aplicación tecnológica? ¿Cuáles son las características principales del contexto comercial actual? ¿Cuáles han sido los principales actores de la regulación del comercio electrónico?

En el **Capítulo II** se examinarán las bases de la teoría del derecho contractual aplicada conjuntamente con los principios del comercio electrónico como ser

la neutralidad tecnológica. En principio, se analizarán los elementos del contrato conforme a la doctrina y su interacción con las nuevas tecnologías y su apabullante alcance y progreso, haciendo énfasis en el consentimiento de las partes en la red. De igual manera, estudiarán las diferentes modalidades contractuales que han sido reguladas en los primeros años del presente siglo partiendo de los planteamientos de los diferentes instrumentos internacionales que fueron la base de la regulación del comercio electrónico en Europa y han servido de modelo para los países de la región latinoamericana.

**Preguntas a responder:** ¿Cuál ha sido la influencia de las nuevas tecnologías de la comunicación en el derecho contractual al comienzo del presente siglo? ¿Cuáles son sus antecedentes?

### **Segunda Parte**

La segunda parte está compuesta por todo el estudio relativo a la naturaleza de la etapa precontractual y la responsabilidad que puede surgir durante las negociaciones y formación del vínculo contractual. Dentro de ella se incluye un capítulo relativo a la buena fe precontractual y la visión que tienen varios sistemas en cuanto a la misma, además de un estudio detallado en relación a los deberes precontractuales más importantes. Los capítulos son los siguientes:

En el **Capítulo III** se tratará de desglosar en primer término el concepto, características y naturaleza de la etapa precontractual planteado por diferentes textos reconocidos en la materia. De igual manera, se estudiarán la variedad de actos que se pueden ejecutar en el desenvolvimiento de la misma como ser los tratos preliminares y la oferta y aceptación contractual. De igual manera, en cuanto a esta última figura, se le procurará efectuar una ampliación al desarrollo del consentimiento contractual en la red que se realizará en el primer capítulo y su efecto en la validez de la oferta contractual.

**Preguntas a responder:** ¿Cuál es la finalidad de la etapa precontractual? ¿Cuál es la estructura de la etapa precontractual? ¿Qué actos se pueden realizar en la misma? ¿Cuál es la naturaleza jurídica de estos actos? ¿Son vinculantes las tratativas precontractuales?

En el **Capítulo IV** por otro lado, se le dedicará un estudio exhaustivo al principio de buena fe precontractual y las diferentes posiciones desarrolladas en cuanto a su validez y aplicabilidad como principio general del derecho contractual (incluyendo la etapa de formación) por estados cuyo sistema es parte del *civil law* como España e Italia, cuya visión antagoniza el raciocinio de juristas estudiosos del *common law*, principalmente en Reino Unido. En este sentido, en ambos sistemas difieren en gran medida en cuanto a la existencia de una “culpa *in contrahendo*” por parte de una de las partes de un negocio jurídico por violación a la buena fe durante las negociaciones.

Entre los autores de Europa continental y Latinoamérica a citar en este acápite se encuentran: Díez-Picazo, Vales Duque<sup>3</sup>, Manzanares Secades<sup>4</sup>, Monsalve Caballero<sup>5</sup>. Por otro lado, por parte del Common Law, sobre todo el desarrollado en Inglaterra se analizará escritos de autores como Zimmermann<sup>6</sup>, Hughes<sup>7</sup>, y Lord Leggatt.

**Preguntas a responder:** No se reconoce un principio general de buena fe en los países de *common law*, salvo en situaciones muy precisas. ¿Sería posible

---

<sup>3</sup> Valés Duque, P. (2012). *La Responsabilidad Precontractual*. Madrid: Ed. Reus - Derechos Español Contemporáneo.

<sup>4</sup> Manzanares Secades, A. (1985). *La Naturaleza de la Responsabilidad Precontractual o culpa in contrahendo*. *Anuario de Derecho Civil* Vol. 38, No. 4, 979-1010.

<sup>5</sup> Monsalve Caballero, V. (2010). *Responsabilidad Precontractual, la ruptura injustificada de las negociaciones*. Bogotá: Grupo Editorial Ibañez.

<sup>6</sup> Zimmermann, R. (1996). *The law of obligations: Roman Foundations of the civilian Tradition*. Oxford: Oxford University Press. Cfr. Zimmermann, R., & Whittaker, S. E. (2000). *Good faith in European Contract Law*. Cambridge, UK: Cambridge University Press.

<sup>7</sup> Sir Hughes Parry, D. (1959). *Sanctity of Contracts in English Law*. Londres: Stevens & Sons Limited.

un mayor reconociendo a dicho principio? ¿En qué consiste la buena fe contractual? ¿Qué tan importante es la buena fe en la sociedad actual dominada por el internet y los teléfonos móviles?

En el **Capítulo V** se detallará conceptualmente los deberes precontractuales como ser el deber de lealtad o el de protección y se estimarán los diversos fundamentos jurídicos de estos basados en la buena fe precontractual. De igual manera, se hará una reflexión en relación al derecho de consumo y la relación asimétrica entre el comerciante y el consumidor en su condición de parte débil en esta relación jurídica enfocando el análisis al contexto del comercio electrónico. Por último, se buscará determinar en qué medida deberá de regularse estos principios en el derecho positivo en cuanto a nuevas modalidades tecnológicas.

**Preguntas a responder:** ¿Cuáles son los principales deberes de las partes en la etapa precontractual y su fundamento? ¿En qué medida evolucionarán los deberes precontractuales con nuevas prácticas comerciales?

En el **Capítulo VI** se continuará con un análisis teleológico de la culpa *in contrahendo* partiendo de un recuento histórico con el pensamiento de juristas clásicos como Rudolf Von Ihering a quien se le considera el fundador de la doctrina en mención como parte de la escuela alemana de la etapa precontractual y como se fue forjando la doctrina de la *culpa in contrahendo* en otros países de tradición civilista como ser Italia y España. De igual manera, se identificará la naturaleza de la responsabilidad precontractual por medio del análisis comparativo entre las diferentes posiciones referentes a si este tipo de responsabilidad se debe de categorizar como contractual<sup>8</sup>,

---

<sup>8</sup> Rojina Villegas, R. (2010). Derecho Civil Mexicano, Tomo Quinto, Obligaciones Vol. I. México D. F.: Editorial Porrúa, Novena Edición.

extracontractual/Aquiliana<sup>9</sup> o si pertenece a una categoría *sui generis*. Por último, se estudiará a partir de casos judiciales los diferentes supuestos en los que cabría la CIC en la práctica, siendo el más común la ruptura de los tratos preliminares.

**Preguntas a responder:** ¿Quiénes son los juristas que desarrollaron la doctrina? ¿En qué consiste esta responsabilidad y cuál es su fundamento filosófico? ¿La Culpa in Contrahendo es responsabilidad extracontractual, contractual o una categoría *sui generis*?

En referencia al **Capítulo VII** no es desconocido que la teoría del contrato es una de las áreas donde los juristas han gastado papel y tinta a lo largo de los últimos dos siglos y se pueden encontrar grandes cantidades de libros en la materia, desde la formación, el perfeccionamiento del mismo además de sus consecuencias. Grupos de académicos en la temática han desarrollado una gran variedad de instrumentos buscando regular de manera eficiente la formación del contrato, como, *inter alia*, los principios “Lando”, los principios UNIDROIT y el Convención de Viena de 1980 Sobre la Compraventa Internacional de Mercaderías los cuales han sido catalogados como normas de *soft law* y la denominada *lex mercatoria*. En este sentido, se debe hacer hincapié que los actos jurídicos previos al perfeccionamiento del contrato y la responsabilidad que surge por incumplimiento de una de las partes de los acuerdos previos y negociaciones preliminares, siempre se ha mantenido como un punto controvertido y dichos textos hacen referencia a la etapa de formación de diferentes maneras y a lo largo del presente capítulo se espera vislumbrar las diferentes posiciones en la materia. De esta manera se podrá

---

<sup>9</sup> Monsalve Caballero, v. (2010) *Responsabilidad Precontractual, la ruptura injustificada de las negociaciones*. Bogotá: Grupo Editorial Ibañez., Valés Duque, P. (2012) *La Responsabilidad Precontractual*. Madrid: Ed. Reus - Derechos Español Contemporaneo.

inferir los diferentes puntos en común en relación al periodo de las negociaciones y tratos preliminares y determinar su verdadera influencia en la práctica comercial y académica.

**Preguntas a responder:** ¿Existe una verdadera uniformidad en cuanto a la regulación de la etapa precontractual en los instrumentos de *soft law*? ¿Si bien varios de estos instrumentos han sido en esencia académicos, cuál ha sido su influencia en las legislaciones nacionales y en la práctica comercial?

### **Tercera Parte**

La tercera parte de la presente obra, retoma los elementos de la economía colaborativa que ha ido tomando mayor fuerza en años recientes y se detalla en mayor medida el ecosistema tecnológico y jurídico que existe en la actualidad, de igual manera se explora su interacción con la regulación existente de la etapa precontractual y a partir de este análisis se procede a formar las conclusiones finales de la presente tesis.

El **Capítulo VIII** presenta a los *smart contracts*, modalidad que ha germinado gracias al boom de la tecnología *Blockchain*. Dicho estudio indagará varias facetas en la naturaleza jurídica de los mismos. En primer término, se estudiará cómo funciona la tecnología *Blockchain* y sus diferentes usos que buscan revolucionar las relaciones comerciales a nivel mundial. En segundo lugar, se examinará si esta aplicación tecnológica puede considerarse como un vínculo contractual conforme a la teoría clásica en la materia o si es en esencia solo una herramienta para la ejecución de algunos elementos de un contrato y su ejecución automática. Por último, se retomarán las conclusiones referentes a la buena fe precontractual y el estudio expuesto en relación a los deberes

precontractuales para indagar en su interacción con estos avances tecnológicos.

**Preguntas a responder:** El concepto de contratos inteligentes es relativamente nuevo para los países latinoamericanos. ¿Cuáles serían los aspectos más importantes a adaptar de la doctrina del common law con respecto a esta tecnología? ¿Se aplicaría parcialmente al contexto latinoamericano? ¿Los efectos de la utilización de la tecnología *Blockchain* en el comercio electrónico y en el derecho contractual tendrán que ser desarrollados por futuros instrumentos jurídicos?

En el **IX Apuntes finales y conclusiones**, se expondrán las reflexiones finales en cuanto al presente estudio buscando delimitar una estrategia para el desarrollo del derecho contractual y de obligaciones en países latinoamericanos y de esta manera crear una regulación más acorde a los diferentes fenómenos sociales característicos de nuestra realidad en la tercera década del siglo XXI. Además, se presentarán las principales conclusiones haciendo una relación de todos los capítulos de la presente obra a fin de desarrollar un argumento final.

## **Hipótesis**

La teoría y doctrina del contrato no tendrá un cambio sustancial en cuanto a las actividades realizadas en la red bajo cualquier modalidad que implemente tecnologías de reciente desarrollo gracias a los principios rectores del comercio electrónico como la neutralidad tecnológica. No obstante, la regulación de ciertas obligaciones precontractuales fundamentadas en la buena fe precontractual tendrá elementos que tendrán que adaptarse a modalidades contractuales que interactúen con las tecnologías emergentes como ser



plataformas basadas en redes descentralizadas como ser la tecnología *Blockchain*.

De igual manera se tendrán que implementar diferentes políticas públicas y legislativas (sobre todo en la región latinoamericana) que faciliten y permitan crear una infraestructura adecuada para permitir el desarrollo del comercio y contratación electrónica considerando diferentes fenómenos imperantes de años recientes, como ser la aún existente crisis sanitaria del COVID-19.

**PRIMERA PARTE: COMERCIO Y CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA.**

## **I. Génesis del Comercio Electrónico y el contexto del siglo XXI con respecto a la Contratación Internacional**

El Estado de la ciencia debe considerarse como parte de las consideraciones epistemológicas de una investigación. El enfoque epistemológico busca lo que es, o debe ser, observado como información aceptable en una disciplina<sup>10</sup> y en este apartado introductorio se examinará el contexto social y la historia reciente que se tomará como punto de partida para la presente tesis doctoral que tiene como finalidad dar un mayor estudio a la etapa precontractual en el comercio internacional en nuestro contexto actual en la apertura de la tercera década del siglo XXI que se encuentra caracterizada por una revolución tecnológica sin igual.

Posterior a la Segunda Guerra Mundial y el nacimiento de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) se propició un ambiente idóneo para las relaciones internacionales y un mundo económicamente interdependiente<sup>11</sup>, consecuentemente permitiendo la proliferación paulatina de las relaciones comerciales internacionales. Seguidamente, la Asamblea General de la ONU en 1966 mediante Resolución 2205 (XXI)<sup>12</sup> creó la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) a fin de dotar a las Naciones Unidas de un órgano que le permitiese desempeñar una función más activa en la reducción o eliminación de los obstáculos jurídicos que entorpecían

---

<sup>10</sup> Bryman, A. (2012) Social Research Methods, 4<sup>th</sup> Ed. Oxford University Press p. 27.

<sup>11</sup> Organización de las Naciones Unidas (2013): La guía de la CNUDMI Datos básicos y funciones de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. Accesible en: <https://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/general/12-57494-Guide-to-UNCITRAL-s.pdf> (Revisado en: 17/05/2020).

<sup>12</sup> Organización de las Naciones Unidas (ONU) Resolución Asamblea General 2205 (XXI) 1496 Sesión plenaria, 16 de diciembre de 1966 e fecha 16 de diciembre de 1966. Establecimiento de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Comercial Internacional. Accesible en: [https://undocs.org/es/A/RES/2205\(XXI\)](https://undocs.org/es/A/RES/2205(XXI)) (Revisado en: 17/05/2020).

el comercio internacional<sup>13</sup>. De esta manera, se evidenció el anhelo de los estados de incentivar la cooperación comercial entre los diferentes miembros de la ONU creando un mejor ambiente para el desarrollo de los pueblos.

En esta línea de ideas, el comercio internacional representa uno de los pilares esenciales para el desarrollo y crecimiento económico de cualquier Estado, propicia la creación de oportunidades laborales, flujo de capitales, e indirectamente, por medio de la recolección de tributos de las grandes empresas, se obtienen ingresos necesarios para complementar el desarrollo progresivo de derechos económicos y sociales de la población, como ser el derecho a la salud, al trabajo, y a la educación y la creación de la infraestructura necesaria para su protección, mejorando así la calidad de vida de las personas dentro de su jurisdicción<sup>14</sup>.

En aras de cumplir con este objetivo, cada Estado debe resguardar y regular adecuadamente la libertad de empresa de su población, además de proteger la productividad. La libertad de empresa es reconocida como parte de los derechos fundamentales del ser humano, siendo este reconocido por textos como el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (PIDESC) con un estrecho vínculo al derecho al trabajo y el desarrollo

---

<sup>13</sup> Organización de las Naciones Unidas (2013) *op. cit.* p. 1

<sup>14</sup> En referencia al estándar de protección de Derechos económicos sociales y culturales Vid. parr.3 Voto Concurrente Juez Eduardo Ferrer McGregor –Poisot Corte IDH caso *Lagos del Campo vs. Perú* sentencia de 31 de agosto de 2017 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas).

económico<sup>15</sup> además de la libertad de acceso y salida del mercado<sup>16</sup>. De igual manera, se encuentra regulado en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea<sup>17</sup>, siendo el bien jurídico a proteger la iniciativa económica privada como elemento de una economía de mercado.

Continuando con dicho análisis, manifiesta Diez-Picazo que la libertad de empresa es por tanto, la versión contemporánea de lo reclamado por los primeros liberales bajo la denominación de libertad de industria y comercio, recordando el ilustre profesor español el aforismo francés de *Laissez Faire* utilizado originalmente por los comerciantes franceses durante el periodo del rey Luis XIV<sup>18</sup>. Además, se protege la iniciativa económica privada como elemento esencial de una economía de mercado, y en definitiva una sociedad abierta<sup>19</sup>.

Por otro lado, en la Constitución de la República de Honduras, nación centroamericana por tomar un ejemplo, se hace referencia en su Título VI referente al Régimen económico del Estado y en su art. 328 expresa que *el*

---

<sup>15</sup> Artículo 6 PIDESC: 1. *Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho a trabajar, que comprende el derecho de toda persona a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado, y tomarán medidas adecuadas para garantizar este derecho.* 2. *Entre las medidas que habrá de adoptar cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto para lograr la plena efectividad de este derecho deberá figurar la orientación y formación técnico profesional, la preparación de programas, normas y técnicas encaminadas a conseguir un desarrollo económico, social y cultural constante y la ocupación plena y productiva, en condiciones que garanticen las libertades políticas y económicas fundamentales de la persona humana.*

Accesible en: [https://www.ohchr.org/Documents/ProfessionalInterest/cescr\\_SP.pdf](https://www.ohchr.org/Documents/ProfessionalInterest/cescr_SP.pdf) (Revisado en 17/05/2020). Vid. Miroso Martínez, P. (2017) *Libertad de Empresa, Derecho al Trabajo, Dignidad Humana y Crisis Económica (6ta ponencia)* Bartlett, E., Bardají, M.D. (Coords.) Libertad, Igualdad, Solidaridad: Tres Principios, una democracia; la Liberal. Seminario Permanente de Derechos Humanos Antonio Marzal, Bosch Editor pp. 105-119 p. 110

<sup>16</sup> Miroso Martínez, P. (2017) *op. cit.* p. 109

<sup>17</sup> CARTA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA (2000/C 364/01) Artículo 16: *Libertad de empresa Se reconoce la libertad de empresa de conformidad con el Derecho comunitario y con las legislaciones y prácticas nacionales.*

<sup>18</sup> Diez-Picazo, L. (2013). *Sistema de Derechos Fundamentales*. Pamplona: Aranzadi, p. 513

<sup>19</sup> *Idem.*

*Sistema Económico de Honduras se fundamenta en los principios de eficiencia en la producción y justicia social en la distribución de la riqueza. Por otro lado, en su Art. 331 de dicha carta magna continúa desarrollando el precepto antes citado manifestando que el Estado reconoce, garantiza y fomenta las libertades de consumo, ahorro, inversión, ocupación, iniciativa, comercio, industria, contratación de empresa y cualesquiera otras que emanen de los principios que informan esta Constitución. Sin embargo, el ejercicio de dichas libertades no podrá ser contrario al interés social ni lesivo a la moral, la salud o la seguridad pública. Por lo cual, por esta y muchas otras razones, la intervención del Estado en las relaciones comerciales deberá velar siempre por el interés público y social.*

Por tanto y a partir de los presentes argumentos, se demuestra la trascendencia de una normativa adecuada de las relaciones comerciales en cualquier Estado de Derecho, siendo este un elemento importante de la economía nacional y regional, además tiene efecto directo en el bienestar del ser humano dentro de la sociedad.

Ahora bien, cada momento de la historia tiene sus características particulares, y con ello, nuevas tecnologías germinan que vienen a facilitar nuestras vidas de manera inapelable, pero con ello nuevas preguntas surgen desde el punto de vista del investigador social, y en este caso, del derecho. De esta manera, es válido preguntarse ¿las nuevas tecnologías afectarán sustancialmente la manera en que se regulan los fenómenos jurídicos? ¿El derecho tendrá cambios sustanciales en su regulación? Entre muchas otras interrogantes. Por consiguiente, una descripción del contexto del comercio internacional en la era del internet y otras herramientas trascendentales como el *big data* y la tecnología *Blockchain* serán expuestos a continuación a manera que se perciban los retos de la regulación de la etapa precontractual.

### **1.1. Génesis del comercio electrónico.**

Con el mercado globalizado existente en la segunda mitad del siglo XX, también se fueron desarrollando grandes avances tecnológicos, ejerciendo una influencia importante sustancial en nuestras sociedades, y consecuentemente, en muchas de las áreas de estudio del derecho. La CNUDMI observó que un número creciente de transacciones comerciales internacionales realizadas por medio del intercambio electrónico de datos (Electronic Data Interchange<sup>20</sup>) y por otros medios tecnológicos fue creciendo sustancialmente. Considerando lo anterior, presentó su Ley Modelo de Comercio Electrónico<sup>21</sup>.

El observatorio Europeo de Tecnologías de la Información (EITO) plantea el siguiente concepto: “El comercio electrónico es la conducción de asuntos que

---

<sup>20</sup> Es importante mencionar que, durante la última década del siglo XX, la aplicación de las nuevas tecnologías a las relaciones jurídicas ha ido tomando un protagonismo progresivo, y uno de los conceptos que tomó bastante fuerza fue definitivamente el de “Electronic Data Interchange (EDI)”. Este fue objeto de grandes debates en el seno del Grupo de Trabajo sobre pagos internacionales de la CNUDMI en el primer periodo dedicado al EDI y se le define como “el intercambio de datos en un formato normalizado entre los sistemas informativos de quienes participan en las transacciones comerciales de reducción al mínimo de la intervención manual”, concepto presentado por la Comisión Europea en 1989, *Vid.* DECISIÓN DEL CONSEJO de 5 de abril de 1989 que modifica la Decisión 87/499/CEE por la que se establece un programa comunitario relativo a la transferencia electrónica de datos de uso comercial utilizando las redes de comunicación (TEDIS). Cfr. RECOMENDACIÓN DE LA COMISIÓN de 19 de octubre de 1994 relativa a los aspectos jurídicos del intercambio electrónico de datos (Texto pertinente a los fines del EEE) (94/820/CE) Accesible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:31994H0820&from=EN> (Revisado en: 17/05/2020). Conforme al concepto anterior, el funcionamiento del EDI se basa en la concurrencia de varios requisitos como ser: **a.** Un intercambio de datos comerciales en un formato normalizado o estandarizado. **b.** Que este se realice entre sistemas informáticos, con el mínimo de participación del ser humano, y tercero, que la transmisión se realice por medios electrónicos. *Vid.* Barcelo, R. (2000). “*Comercio Electrónico entre Empresarios. La formación y prueba del contrato (EDI)*”. Valencia: Tirant Le Blanch.

<sup>21</sup> Resolución aprobada por la Asamblea General [sobre la base del informe de la Sexta Comisión (A/51/628)] 51/162. Ley Modelo sobre Comercio Electrónico aprobada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional.

implican un cambio de valor a través de las redes de las telecomunicaciones”<sup>22</sup>. La Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico (OECD) lo define como: “Transacciones comerciales, envolviendo organizaciones e individuos, basadas en el proceso y transmisión de datos digitalizados, incluyendo texto, sonido e imágenes visuales y que son tramitadas por redes abiertas”<sup>23</sup>. De igual manera, Feldstein Cárdenas afirma que:

*La noción del comercio electrónico constituye la aplicación de las tecnologías de la información a la teoría general del negocio jurídico en la esfera internacional. La forma tradicional, donde adquiere primacía el documento escrito, se asimila y se expande hacia la utilización de los medios electrónicos*<sup>24</sup>.

Es importante acotar que no solo CNUDMI ha trabajado en esta materia, tal es el caso de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), la cual ha tenido que regular la actividad económica de obras provenientes del intelecto humano en la red<sup>25</sup>, considerando los riesgos existentes en relación de copias ilegales de obras protegidas en la red violentando todos los derechos concernientes al *Copyright*. En igual sentido, la Conferencia de las Naciones Unidas para el Comercio y el Desarrollo (UNCTAD por sus siglas en inglés) ha venido apoyando desde el año 2000 la promoción y regulación del comercio electrónico en sus programas<sup>26</sup>. Por tanto, hay argumentos de sobra para

---

<sup>22</sup> Scotti, L.B. (2012). *Contratos Electronicos, Un Estudio Desde el Derecho Internacional Privado Argentino*. Buenos Aires: Eudeba. p. 51

<sup>23</sup> Scotti, L.B. (2012) *op. cit.* p. 51 OECD (2011), OECD Guide to Measuring the Information Society 2011, OECD publishing. Revisado por última vez en fecha 10/03/2020. Accesible en: [https://read.oecd-ilibrary.org/science-and-technology/oecd-guide-to-measuring-the-information-society-2011\\_9789264113541-en#page3](https://read.oecd-ilibrary.org/science-and-technology/oecd-guide-to-measuring-the-information-society-2011_9789264113541-en#page3)

<sup>24</sup> Scotti, L. (2015) *op. cit.* p. 23 prólogo de Feldstein Cardenas, S. L.

<sup>25</sup> *Vid.* WIPO-ESCWA Conferencia Regional de Propiedad Intelectual y Comercio Electrónico, 7 de mayo a 8 de mayo de 2003 (Beirut, Líbano).

<sup>26</sup> Kwakwa, E. (2002). *Perspectives in International Economic Law (Editado por QURESHI, A.H.)*. Londres: Kluwer Law International, p. 54.



afirmar que el comercio electrónico es una actividad arraigada e inherente en la sociedad del siglo XXI.

## **1.2. Sociedad de la Información**

En el mundo moderno, se vive en una sociedad de la información o era digital. La misma puede caracterizarse como *una época caracterizada principalmente por la apabullante diversidad de datos que es parte de la vida en la actualidad, la multilateralidad en relación a toda la información que enviamos y recibimos de todas partes*<sup>27</sup>. En tal sentido, existe una acelerada tendencia hacia, *inter alia*, la digitalización e informatización de todas las actividades públicas, privadas, económicas, sociales, especialmente las comerciales, hecho que está cambiando y redefiniendo estas actividades, con manifestaciones tales como el *e-commerce*<sup>28</sup>.

Considerando esta característica principal de la sociedad de la información, es de reconocer que, en materia de derechos fundamentales, principalmente en el continente europeo, se ha ido desarrollando el concepto de protección de datos personales. Lo anterior se debe al valor económico que tiene la información personal; dichos datos se han visto vulnerados en gran medida, por la actividad comercial y publicitaria en la red que la utiliza para generar ingresos considerables<sup>29</sup>.

Entre los instrumentos más notorios se encuentran la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, sobre la

---

<sup>27</sup> Trejo Delarbre, R. (2001). Vivir en la Sociedad de la Información; Orden global y dimensiones locales en el universo digital,. *Revista Iberoamericana de Ciencia y Tecnología, Sociedad e Innovación. Número 1 / septiembre - diciembre 2001.*

<sup>28</sup> Scotti, L. (2015) *op. cit.* p. 23 prólogo de Feldstein De Cardenas, S. L.

<sup>29</sup> *Vid.* Bedir, C. (2020) Contract Law in the Age of Big Data, *European Review of Contract Law*, Vol. 16 Issue 3, 347-365, p. 349.

protección de las personas en relación con el tratamiento de datos personales y la libre circulación de dichos datos la cual se convirtió en un instrumento imprescindible en esta materia y ha sido el modelo no sólo para las naciones de la UE, sino también para el resto del mundo<sup>30</sup>.

Desde el año 2018, se encuentra vigente el sucesor de dicha Directiva y es el Reglamento (UE) 2016/679 mejor conocido como Reglamento General de Protección de Datos (RGDP)<sup>31</sup> el cual incorpora elementos novedosos desarrollados en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) como el caso "*Google Spain SL, Google Inc. v Mario Costeja González*"<sup>32</sup> la cual presentó el "derecho al olvido" con respecto a la información personal contenida en los motores de búsqueda en la web.

Desde la perspectiva de los derechos humanos, esta protección es incluida como extensión del derecho a la intimidad protegida por distintos tratados internacionales<sup>33</sup> como ser, el artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), el artículo 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y el

---

<sup>30</sup> Mejía Cambar, O. (2019) El Reglamento General de Protección de Datos Europea: Un Vistazo a la Actualidad de la Era Digital". "La Revista de Derecho", Universidad Nacional Autónoma de Honduras Vol. 40(1), pp. 93-104, p. 95.

<sup>31</sup> Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos) Accesible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016R0679&from=ES> (revisado en: 17/05/2020).

<sup>32</sup>TJUE C-131/12 *Google Spain SL, Google Inc. v AEPD, Mario Costeja González* (December 2014) *Human Rights Law Review*, Volume 14, Issue 4, 761–777. The "right to be forgotten" [...] in the *Google* case suggests that the erasure of irrelevant or unwanted data is a necessary.

<sup>33</sup> Lee Bygrave (1998), 'Data protection pursuant to the right to privacy in human rights treaties' [1 January 1998] Volume 6 (Issue 3) *International Journal of Law and Information Technology* 247–284 p. 247.

artículo 11 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH)<sup>34</sup> solo para dar unos ejemplos.

En este sentido, los comerciantes deben de garantizar la protección de la información personal de los consumidores de sus productos o servicios. En fin, otra tesis doctoral podría desarrollarse en cuanto a este tema, no obstante, es significativo hacer una referencia sucinta en relación con la influencia de las nuevas tecnologías en nuestra sociedad y, en consecuencia, en el derecho.

De esta manera, se evidencia la globalización existente a través de la red, la cual ha conectado al mundo moderno, ha presentado nuevos modelos de negocios basados en contratos a distancia gracias al surgimiento del comercio electrónico y a la vez presenta nuevos conflictos jurídicos que han tenido que ser atendidos puntualmente por parte de los estudiosos del derecho de las nuevas tecnologías.

### **1.3. Principios Rectores del Comercio Electrónico**

Considerando lo antes expuesto en relación al auge del internet y el comercio electrónico en el mercado mundial a finales del siglo pasado, los académicos del derecho comercial internacional se vieron en la necesidad de desarrollar ciertos principios rectores para la adaptación de la normativa a la creciente actividad comercial por medios electrónicos en la sociedad de la información antes descrita. En este sentido, sería difícil negar que la Ley Modelo de

---

<sup>34</sup> Corte IDH caso *Escher y Otros vs. Brasil* Sentencia de 6 de julio de 2009 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas) párr. 114.

Comercio Electrónico (LMCE) de la CNUDMI y los principios rectores que introduce<sup>35</sup> han sido instrumentos determinantes en la materia.

Después de más de veinte años desde la creación de dicha ley modelo, los Estados han ido forjando la normativa nacional de Estados de todo el mundo con la influencia de los trabajos de la CNUDMI<sup>36</sup>. Ahora bien, estos principios tienen la finalidad principal de dotar de eficacia jurídica a cualquier acto realizado por medios electrónicos además de facilitar la armonización de normas y siempre es importante hacer mención de estos de manera sucinta. A continuación, se hace mención de los más importantes:

### **1.3.1. Principio de Equivalencia Funcional:**

La equivalencia funcional pregona en esencia que los efectos que produce un documento contenido en un soporte en papel (un soporte físico) con la firma autógrafa de su emisor, los producirá su homólogo en soporte informático<sup>37</sup>, firmado electrónicamente<sup>38</sup>. En este orden de ideas, Rico Carrillo expone que “la equivalencia funcional permite aplicar a los mensajes de datos un principio de no discriminación respecto de las declaraciones de voluntad independientemente de la forma que hayan sido expresadas. De este modo,

---

<sup>35</sup> Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico Accesible en: [https://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/electcom/05-89453\\_S\\_Ebook.pdf](https://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/electcom/05-89453_S_Ebook.pdf) (Revisado en fecha 18/05/2020).

<sup>36</sup> Vid. Decreto 149-2014 Ley de Comercio Electrónico de Honduras, *Cfr.* Ley 527 de 1999, es la ley de comercio electrónico en Colombia. Accesible en: <https://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=4276> (Consultado en fecha 05/05/2020), *Cfr.* Ley N° 19.799 sobre Documentos Electrónicos y Firma Electrónica de 25 marzo de 2002 accesible en: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=196640> (Consultado en fecha 05/05/2020). *Vid.* Scotti, L.B. (2012) *op. cit.* p. 60 también hace referencia al Decreto 1279/97 argentino entre otras referentes a la actividad comercial en la red.

<sup>37</sup> Rico Carrillo, M. (2003). "*Comercio Electrónico, Internet y Derecho*". Caracas : Legis Editores, C. A. 1era edición Venezuela junio 2003. p. 66.

<sup>38</sup> Hay diferentes modalidades de la firma electrónica y entre mayor grado tenga mayor seguridad tendrá la misma y este en la ley de firma electrónica bajo el decreto ley 59/2003 de 19 de diciembre.

los efectos jurídicos deseados por el emisor se producirán con independencia del soporte donde conste la declaración”<sup>39</sup>.

La equivalencia funcional de comunicaciones electrónicas se encuentra reconocida en la Ley Modelo de Comercio Electrónico de CNUDMI (LMCE) en su artículo 5, el cual estipula de manera clara que “*no se negarán efectos jurídicos validez o fuerza obligatoria a la información por la sola razón de que este en forma de mensaje de datos*”.<sup>40</sup> A su vez, no es necesario un previo acuerdo de las partes sobre la utilización de medios electrónicos; basta el solo empleo y consentimiento prestado por este medio. De tal manera que, cuando la ley exija que un contrato conste por escrito, este requisito se deberá entender satisfecho (o se interpretará) si el contrato se contiene en un soporte electrónico<sup>41</sup>.

### **1.3.2. Neutralidad Tecnológica**

Expone el profesor Illescas Ortiz que la consagración de este principio presenta la aptitud de las nuevas normas disciplinarias del CE para abarcar con sus reglas no solo todas las tecnologías existentes en el momento en que se formulan sino también las tecnologías futuras sin necesidad de verse sometidas a modificación<sup>42</sup>.

---

<sup>39</sup> Rico Carrillo, M. (2003). *op cit.* pág. 58

<sup>40</sup>Se define en el artículo 1 literal del mismo cuerpo legal al mensaje de datos como “*la información generada, enviada, recibida, archivada o comunicada por medios electrónicos ópticos o similares, como pudieran ser, entre otros, el intercambio electrónico de datos (EDI), el correo electrónico el telegrama o el telefax*”.

<sup>41</sup> RIVERO HERNANDEZ, F. (., LA CRUZ BARDEJO, J., SANCHO REBULLIDA, F., LUNA SERRANO, A. D., & RAMS ALBESA, J. (2011). *II Derecho de Obligaciones, Volumen Primero. Parte General, Teoría del Contrato*. Madrid: Dykinson, p. 378.

<sup>42</sup> Illescas Ortiz, R. (2013). “*Derecho del Comercio Internacional y de la Contratación Electrónica*”. San José: IJSA Investigaciones Jurídicas, p. 145.

En el texto de la Ley Modelo de Firma Electrónica (LMDFE) por ejemplo, se alude en forma expresa a este principio al indicar que la ley no se inclina por una determinada tecnología para las firmas y certificados electrónicos, advirtiendo la necesidad de incluir las tecnologías existentes y las que están por existir<sup>43</sup>. En tal sentido, el principio de Neutralidad Tecnológica, pretende garantizar el respeto al uso de cualquier tecnología que se utilice a efectos de transmitir un mensaje de datos en una relación jurídica. Como puede darse el consentimiento válido de una parte vía correo electrónico, también se puede dar mediante video llamada o mensaje directo a través de un “app” de un *smartphone* moderno.

En cuanto a su regulación en normativas nacionales, en el artículo 1278 del Código Civil español se estipula que los contratos serán obligatorios, cualquiera que sea la forma en que se hayan celebrado, siempre que en ellos concurren las condiciones esenciales para su validez. Por tanto, no debería de haber problema alguno en el supuesto de un contrato electrónico. Ya que dicho artículo admite cualquier medio para realizar el mismo sin importar el medio utilizado para su perfección con tal cumpla los requisitos del contrato que se manejan en la doctrina. De igual manera, el Art.<sup>44</sup> en su párrafo primero del Código de Comercio español nos habla de la libertad de forma del contrato<sup>45</sup>. Otros instrumentos se limitan a hablar de comunicaciones por “vía

---

<sup>43</sup>Artículo 3. Igualdad de tratamiento de las tecnologías para la firma de la LMDFE.

<sup>44</sup> El artículo 51 del Código de Comercio Español Serán válidos y producirán obligación y acción en juicio los contratos mercantiles, cualesquiera que sean la forma y el idioma en que se celebren, la clase a que correspondan y la cantidad que tengan por objeto, con tal que conste su Existencia por alguno de los medios que el Derecho civil tenga establecidos. Sin embargo, la declaración de testigos no será por sí sola bastante para probar la existencia de un contrato cuya cuantía exceda de 1.500 pesetas, a no concurrir con alguna otra prueba.

<sup>45</sup> El artículo 51 del Código de Comercio Español Serán válidos y producirán obligación y acción en juicio los contratos mercantiles, cualesquiera que sean la forma y el idioma en que se celebren, la clase a que correspondan y la cantidad que tengan por objeto, con tal que conste su Existencia por alguno de los medios que el Derecho civil tenga establecidos. Sin embargo, la declaración de

electrónica”, como ser la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico<sup>46</sup> española en sus artículos 23.1.1 y 2.

Por tanto, la neutralidad tecnológica otorga cierta flexibilidad a la norma en relación a los rápidos avances tecnológicos que se van desarrollando año con año. Dicha flexibilidad se traduce en que no importa el medio electrónico por el cual las partes den su consentimiento o perfeccionen un vínculo jurídico.

### **1.3.3. Principio de Inalteración del Derecho Preexistente.**

Conforme a este principio, los elementos esenciales del negocio jurídico no deben modificarse en el supuesto donde el cual el contrato se perfecciona por vía electrónica, ya que solo supone un nuevo medio de representación de la voluntad negocial. En la Directiva 2000/31/CE sobre Comercio Electrónico<sup>47</sup> en su considerando número 55 expresa (en relación al derecho de los consumidores):

*“La presente Directiva no afecta a la legislación aplicable a las obligaciones contractuales relativas a los contratos con los consumidores; por lo tanto, la presente Directiva no podrá tener como efecto el privar al consumidor de la protección que le confieren las*

---

testigos no será por sí sola bastante para probar la existencia de un contrato cuya cuantía exceda de 1.500 pesetas, a no concurrir con alguna otra prueba.

<sup>46</sup> Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico. Accesible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2002-13758> (Revisado en: 18/05/2020).

<sup>47</sup> Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre el comercio electrónico). Accesible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:32000L0031&from=EN> (Revisado en fecha 18/05/2020).

*normas obligatorias relativas a las obligaciones contractuales que impone la legislación del Estado miembro en que tiene su residencia habitual”.*

Este principio es de especial importancia en el momento de determinar la legislación que debe regir los contratos celebrados a través de internet, pues la no alteración del derecho preexistente nos conduce a aplicar las normas de Derecho Internacional Privado con la finalidad de conocer la legislación y jurisdicción aplicables en caso de ausencia de elección.

El desarrollo de estos fenómenos jurídicos solo reafirma lo interesante e intrigante que puede resultar el estudio del derecho, lo cual mantiene al abogado en constante estudio y tratando de entender cómo evolucionará la norma al momento de surgir una nueva necesidad o el desarrollo de elementos que vienen a complementar a las relaciones e interacciones entre las personas de una sociedad. Tal ha sido el caso del comercio electrónico, de manera que el impacto que ha generado su desarrollo progresivo, ha repercutido en la sanción de leyes ordinarias en muchos otros países, como ser *inter alia*, Australia, Canadá, USA, Colombia, además de que ahora es objeto de debate en una gran cantidad de foros internacionales que buscan armonizar las normas en la materia a nivel tanto regional como mundial<sup>48</sup>.

#### **1.3.4. La buena fe como principio general del derecho aplicable al comercio electrónico.**

El principio de buena fe siempre ha existido como un elemento primordial en el derecho contractual tradicional desarrollado por la mayoría de codificaciones civiles y comerciales del mundo en el cual las partes deberán actuar de manera

---

<sup>48</sup> Scotti, L.B. (2012) *op. cit.* p. 60



honestas y que las partes busquen un beneficio recíproco. Ahora bien, lo que nos interesa es explicar cómo funcionaría la buena fe contractual con los nuevos paradigmas del comercio electrónico, y más en concreto en la etapa precontractual. Más adelante en la presente obra, se hará un análisis en mayor profundidad que demuestra que hay muchos elementos que siempre hay que tomar en consideración para la comprensión de la responsabilidad de una de las partes durante las negociaciones.

Uno de los autores más importantes en materia de comercio electrónico en España, el profesor Illescas Ortiz, incluye la buena fe como uno de los principios generales del comercio electrónico y expone lo siguiente en relación con su inclusión considerando el contexto de la época:<sup>49</sup>

*[...] se configura como un postulado de afirmación rotunda en un medio contractual que por su reciente aparición y complejidad técnica de uso resulta arcano y no muy digno de confianza para muchos operadores comerciales nacionales e internacionales. El comercio electrónico no es una excepción y su ámbito no escapa tampoco el axioma conforme al cual la ignorancia de la innovación genera desconfianza.*

Por otro lado, la LMCE presenta dicho principio en su artículo 3.1 el cual pregonas que “*en la interpretación de la presente ley habrá(n) de tenerse en cuenta [...] la necesidad de promover [...] la observancia de la buena fe*”. Por lo cual, el Derecho Uniforme del Comercio Internacional en relación al comercio electrónico, sigue esta línea de ideas en relación a la buena fe y refuerza el argumento de que las partes puedan negociar en condiciones favorables en ambientes de alta innovación tecnológica.

---

<sup>49</sup> Illescas Ortiz (2013) op. cit. p. 151

En materia de responsabilidad precontractual, es importante mencionar que este principio representa el elemento que llega a delimitar la existencia o no de responsabilidad en la etapa de negociaciones previas a la formalización de un contrato en los países de tradición civil. En este sentido se desarrollarán estos argumentos en un capítulo dedicado a estos aspectos más adelante en la presente obra. En este corto apartado, solamente se ha buscado hacer una pequeña referencia de la buena fe como principio esencial del comercio electrónico.

#### **1.4. Auge de la tecnología Blockchain, el Big Data y la Economía de plataformas.**

Habiendo expuesto las características esenciales de la sociedad de la información, se presenta una nueva etapa de desarrollo tecnológico con gran influencia en el derecho. El innegable valor de la información en el contexto actual en la sociedad ha dado apertura a la denominada era del Big Data<sup>50</sup> también considerada como parte de la Cuarta Revolución Industrial<sup>51</sup>. En este sentido la información tendrá mayor protagonismo como herramienta para el desarrollo de las sociedades modernas, otorgando a la data una trascendencia inimaginable.

Por medio de su aplicación en múltiples áreas del conocimiento humano en diferentes partes del mundo ya vislumbran nuevas herramientas tecnológicas, como ser las *Decentralized Ledger Technologies* o redes descentralizadas que han dado apertura a la tecnología *Blockchain*, o la inteligencia artificial (AI

---

<sup>50</sup> Garriga Domínguez, A. (2016). *Nuevos retos para la protección de datos personales. En la Era del Big Data y de la computación ubicua*. Dykinson, p. 1.

<sup>51</sup> Becerra, J. (Ed.), Cotino Hueso, L., León, I. P., Sánchez-Acevedo, M. E., Torres Ávila, J., & Velandia Vega, J. (2018) *Derecho y Big Data*, Colección Jus Público 25, Editorial Universidad Católica de Colombia, p. 22.

por sus siglas en inglés)<sup>52</sup>, siendo estas utilizadas actualmente por naciones del primer mundo con gran potencial presupuestario para el desarrollo de estos instrumentos como ser China y Estados Unidos de Norteamérica.

De igual manera, ha surgido una economía de plataformas basada en nuevos modelos de negocio centrados en plataformas digitales además de los gigantes tecnológicos denominados GAFa (Google, Amazon Facebook y Apple).<sup>53</sup> La economía de plataformas engloba varios fenómenos y ha sido denominada también como “sharing economy” o economía colaborativa<sup>54</sup>. El *Conseil National du Numérique* considera que una plataforma como un servicio que brinde una función intermediaria en el acceso a la información, bienes o servicios que suelen ser proporcionados por terceros<sup>55</sup>.

En tal sentido, la Comisión Europea ha definido las plataformas como una empresa que opera en dos (o múltiples) mercados, que utiliza el internet para permitir interacciones entre dos o más grupos de usuarios distintos pero interdependientes como para generar valor para al menos uno de los grupos<sup>56</sup>. Por tanto, concluye Busch que las plataformas son proveedores de

---

<sup>52</sup> Vid. Buiten, M. C. (2019). Towards intelligent regulation of artificial intelligence. *European Journal of Risk Regulation*, 10(1), 41-59.

<sup>53</sup> Finck, M. (2018). Digital co-regulation: designing a supranational legal framework for the platform economy. *European law review* p. 3.

<sup>54</sup> Finck, M. (2018). *op. cit.* p. 3.

<sup>55</sup> Finck, M. (2018). *op. cit.* p. 3 citando al Conseil National du Numérique, « Ambition Numérique. Pour une Politique Française et Européenne de la Transition Numérique » (2015) 59.

<sup>56</sup> Finck, M. (2018). *op. cit.* p. 4 citando a European Commission, ‘Public Consultation on the Regulatory Environment for Platforms, Online Intermediaries, Data and Cloud Computing and the Collaborative Economy’ (2015) 5, <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/public-consultation-regulatoryenvironmentplatforms-online-intermediaries-data-and-cloud>.

mecanismos de gobernanza sofisticada que son esenciales para el funcionamiento de los mercados digitales en la actualidad<sup>57</sup>.

Gracias a estos avances, se ha aumentado la capacidad productiva de los mercados de los Estados que ya están utilizando y estudiando en mayor detalle estas tecnologías. Por ejemplo, China a través de su impresionante “Silk Road” o Ruta de la Seda y el “Belt and Road Initiative”<sup>58</sup> han ampliado las capacidades de su mercado al crear el “Digital Silk Road” y así mantener el régimen de libre comercio global promocionando el libre flujo de factores económicos<sup>59</sup>.

Inclusive, hay empresas que se dedican a crear herramientas para economías en vías de desarrollo y multinacionales a base de Big Data<sup>60</sup>. Por tanto, el crecimiento económico de la República Popular China ha sido impresionante, y esto se puede ver desde el valor neto de empresas como ser “Alibaba<sup>61</sup>”, o

---

<sup>57</sup> Busch, C. (2020). Chapter 6: Self-regulation and regulatory intermediation in the platform economy. In Cantero Gamito, M & Micklitz, H.W. (Eds.) *The Role of the EU in Transnational Legal Ordering: Standards, Contracts and Codes*. Edward Elgar Publishing, UK, pp. 115-134 p. 134.

<sup>58</sup> La Belt and Road Initiative de China es una de las políticas más ambiciosas del presidente chino Xi-Jin Pin en materia económica y política exterior misma que fue desarrollada en 2013. La misma busca reforzar el liderazgo de Beijing por medio de una amplia infraestructura construida con las regiones vecinas de China. Cai, P. (2017) Understanding China’s Belt and Road Initiative, Lowy Institute for International Policy, March 2017 p. 1. Accesible en:

[https://think-asia.org/bitstream/handle/11540/6810/Understanding\\_Chinas\\_Belt\\_and\\_Road\\_Initiative\\_WEB\\_1.pdf?sequence=1](https://think-asia.org/bitstream/handle/11540/6810/Understanding_Chinas_Belt_and_Road_Initiative_WEB_1.pdf?sequence=1) (Revisado en 18/05/2020).

<sup>59</sup> Shen, H. (2018) “Building a Digital Silk Road? Situating the internet in China’s Belt and Road Initiative” *International Journal of Communication* 12(2018), 2683-2701 p. 2693.

<sup>60</sup> Un claro ejemplo es Jusfoun Big Data Information Group Co., Ltd., empresa que lidera en la creación plataformas desarrolladas con Big Data para diferentes industrias. Vid. <http://en.jusfoun.com/ABOUT/index.jhtml> (Revisado en fecha 15/02/2021).

<sup>61</sup> ALIBABA GROUP was founded in 1999 by 18 people led by Jack Ma, a former English teacher from Hangzhou, China. Our founders started our company to champion small businesses, in the belief that the Internet would level the playing field by enabling small enterprises to leverage innovation and technology to grow and compete more effectively in domestic and global economies. Accesible en: <https://www.alibabagroup.com/en/about/overview> (revisado en 12/05/2020).

“Tencent”<sup>62</sup>, los cuales son titanes del mercado asiático y no tienen nada que envidiarles a los gigantes del e-commerce norteamericano como ser Amazon o Ebay.com, esto como un ejemplo claro y notorio.

Al otro lado del mundo, desde mayo 2015, la Unión Europea ha vislumbrado una Estrategia para el Mercado Digital Único (*Digital Single Market Strategy*)<sup>63</sup>. Dicha estrategia cuenta con 4 grandes problemas a resolver:

1. Acceso transfronterizo a contenido,
2. Procesamiento de datos,
3. Ejecución civil
4. El rol de los proveedores de servicios de internet<sup>64</sup>.

En 2017 se introdujo la Iniciativa de Economía Europea en la que se llegó a la conclusión de que todavía se necesita un marco jurídico para regular la explotación económica y la comerciabilidad de los datos<sup>65</sup> y en mayo 2019 se introdujo una nueva Directiva relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales la cual armoniza algunos aspectos esenciales del suministro de contenido y contratos de servicio digital B2C y B2B.<sup>66</sup>

---

<sup>62</sup> Tencent was founded in Shenzhen, China, in 1998, and listed on the Main Board of the Stock Exchange of Hong Kong since June 2004. They invest heavily in talent and technological innovation, actively participating in the development of the Internet industry. Accesible en: <https://www.tencent.com/en-us/about.html#about-con-5> (revisado en 12/05/2020).

<sup>63</sup> Frosio, G. F. (2017). *Reforming intermediary liability in the platform economy: A European digital single market strategy*. Northwestern University Law Review Vol. 112, pp. 18-46, p. 21. Cfr. Bedir, C. (2020) *op. cit.*, p. 349.

<sup>64</sup> Frosio, G. F. (2017) *op. cit.* p. 21

<sup>65</sup> Bedir, C. (2020) *op. cit.* p. 349.

<sup>66</sup> Directiva (UE) 2019/770 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de mayo de 2019 relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales. Accesible en: <https://www.boe.es/doue/2019/136/L00001-00027.pdf> (Revisado en fecha\_13/10/2020). Cfr. Bedir, C. (2020) *op. cit.* p.

En 2020 entró en vigencia Reglamento (UE) 2019/1150 sobre el fomento de la equidad y la transparencia para los usuarios profesiones de servicios de intermediación en línea<sup>67</sup> bajo la pretensión de establecer normas obligatorias a nivel de la UE para garantizar un entorno comercial dentro del mercado interior en línea que sea equitativo, predecible, sostenible y confiable; además incorpora las condiciones generales para la actividad de los proveedores de servicios de intermediación en línea y motores de búsqueda que ofrezcan bienes o servicios a los consumidores en el contexto de la economía colaborativa<sup>68</sup>.

Además, dicho instrumento define la figura del proveedor profesional como “todo particular que actúa en el marco de una actividad comercial o profesional o toda persona jurídica que ofrece bienes y servicios a los consumidores a través de servicios de intermediación en línea con fines relativos a su comercio, negocio, oficio o profesión”<sup>69</sup>. La Comisión Europea complementa dicha conceptualización en el marco de la economía colaborativa. Entre los criterios propuestos están: la frecuencia de los servicios, la existencia de o no de fin lucrativo y el volumen de negocio, de tal manera que la existencia de un fin lucrativo convertiría así en empresarios a todos los participantes en el mercado contemporáneo<sup>70</sup>

---

<sup>67</sup> Reglamento (UE) 2019/1150 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de junio de 2019, sobre el fomento de la equidad y la transparencia para los usuarios, profesionales de servicios de intermediación en línea Accesible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:32019R1150> (Consultado en fecha 19/04/2021).

<sup>68</sup> Blanco, P. J., & Menéndez, Á. E. (Directores) (2021). Nuevos Escenarios del Derecho Internacional Privado de la Contratación, Tirant Le Blanch, Valencia, p. 420 y 422.

<sup>69</sup> Art. 2.1 Reglamento (UE) 2019/1150.

<sup>70</sup> Blanco, P. J., & Menéndez, Á. E. (Directores) (2021) op. cit. p. 423 Cfr. TJUE Caso C-105/17 | Komisia za zashtita na potrebitelite v Evelina Kamenova.

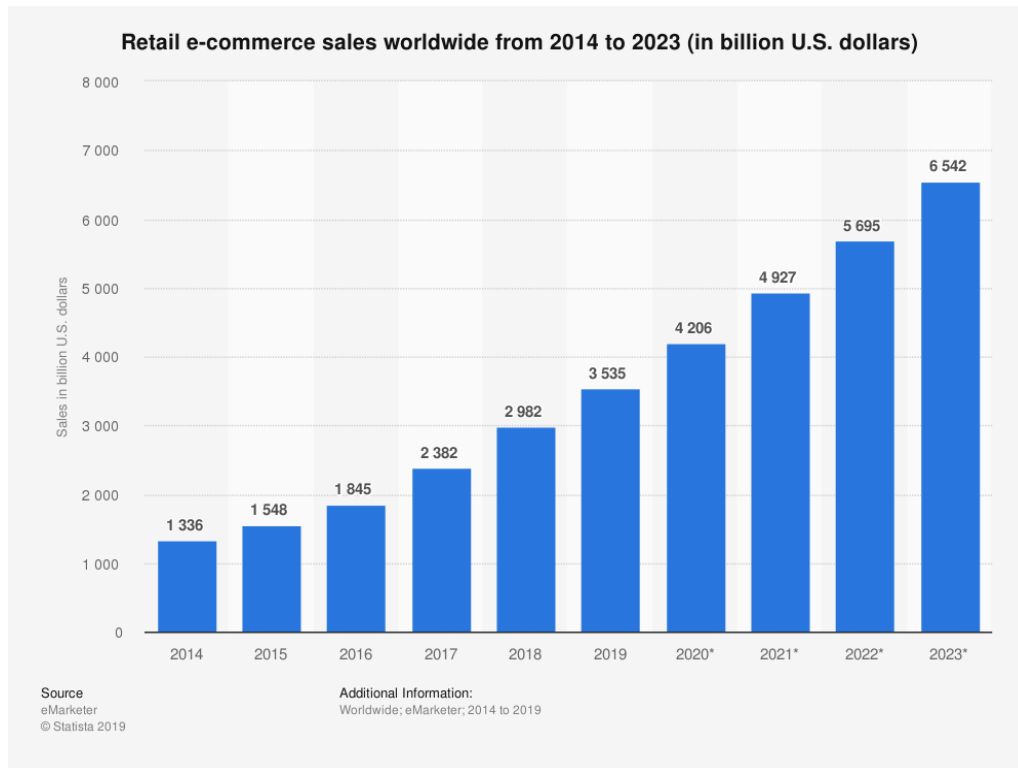
De tal manera se evidencia por parte de diferentes órganos del continente europeo, la constante formulación y estudio de principios y conceptos encaminados a regular de manera adecuada los diferentes modelos comerciales y aplicaciones tecnológicas que son aplicadas en las relaciones contractuales (en todas sus etapas) comerciales en la sociedad actual como ser redes distribuidas y sus aplicaciones diversas, mismas que serán insumos para el desarrollo de políticas públicas y legislativas en otras regiones del mundo como ser Latinoamérica. Cabe mencionar que muchos de estos instrumentos serán abordados nuevamente a lo largo de la presente obra.

### **1.5. Datos en relación al comercio electrónico a nivel mundial y regional**

De manera complementaria, se hará referencia a datos cuantitativos de segunda mano por medio de cuadros estadísticos que demuestren la realidad del comercio electrónico y su relación su influencia en el comercio internacional. En primer término, se observarán algunos datos referentes al comercio electrónico a nivel global, posteriormente se presentarán datos a nivel regional haciendo énfasis en la región latinoamericana, y se visualizarán las tendencias actuales en relación a las ventas realizadas por medio de la red:

## NUEVOS RETOS DE LA CULPA IN CONTRAHENDO, LA FASE PRECONTRACTUAL EN LA CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA Y SU REGULACIÓN.

Figura 1:



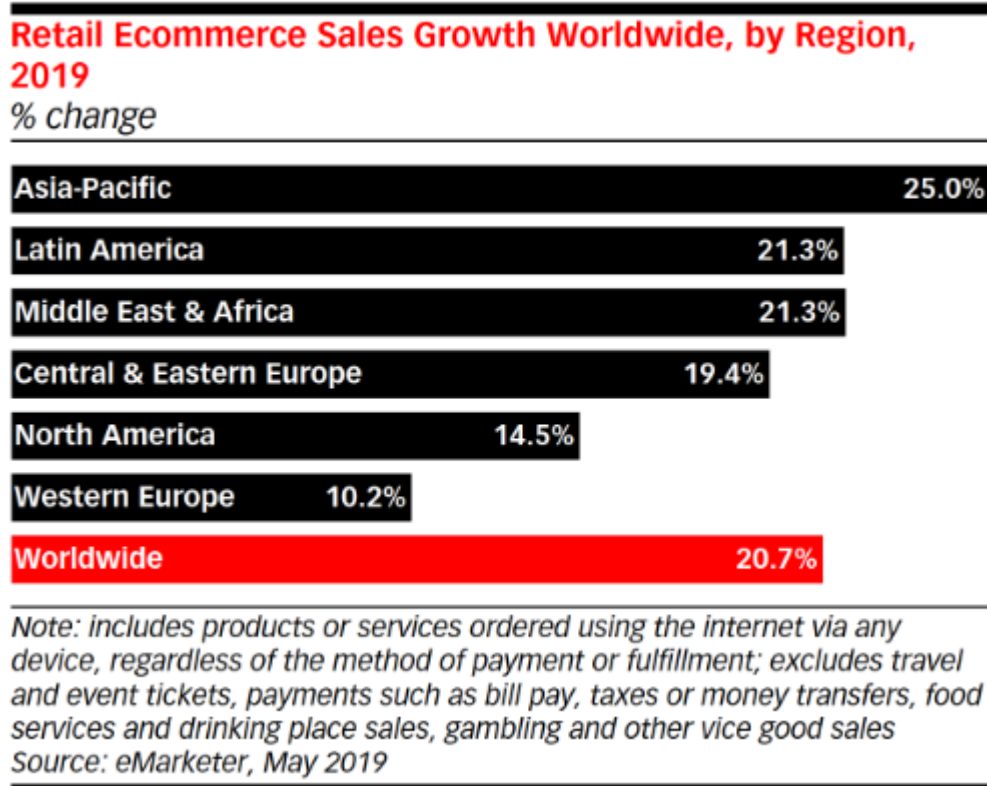
71

El cuadro anterior proporciona información sobre las ventas minoristas de comercio electrónico en todo el mundo desde 2014 hasta 2023. En 2019, las ventas minoristas de comercio electrónico en todo el mundo ascendieron a 3,53 billones de dólares estadounidenses y se proyecta que los ingresos del comercio electrónico crecerán a 6,54 billones de dólares estadounidenses en 2023.

<sup>71</sup> eMarketer. (June 27, 2019). Retail e-commerce sales worldwide from 2014 to 2023 (in billion U.S. dollars) [Graph]. In *Statista*. Revisado en fecha 18, 2020. Accesible en: <https://www.statista.com/statistics/379046/worldwide-retail-e-commerce-sales/>



Figura 2



72

Las compras en línea son una de las actividades en línea más populares en todo el mundo, pero el uso varía según la región: El área de Asia-Pacífico continuó liderando el crecimiento global durante el 2019 con un 64.3% del gasto comercial en la red<sup>73</sup>. Por otro lado, Latinoamérica, medio oriente y África, continuarán creciendo aproximadamente un 21 %, mientras que Norte América crecería un 14.5 % y Europa occidental un 10%<sup>74</sup>.

---

<sup>72</sup> Lipsman, A. (27 junio 2019) Global Ecommerce 2019: Ecommerce continues strong gains amid global economic uncertainty, emarketer.com. Accesible en: <https://www.emarketer.com/content/global-ecommerce-2019> (Revisado en: 18/05/2020).

<sup>73</sup> *Idem.*

<sup>74</sup> *Idem.*

Figura 3

75

Conforme a la estadística anterior, La página web más popular en la región latinoamericana en cuanto a visitas es mercadolibre.com, en la cual se realizan en esencia relaciones comerciales C2C y subastas, de manera similar a Ebay.com la cual también tiene bastante presencia en la región. Mercado Libre

---

<sup>75</sup> eMarketer. (Agosto14, 2018). Most popular online retailers in Latin America as of May 2018, based on number of unique visitors (in millions) [Graph]. In *Statista*. Revisado en fecha 5 de septiembre de 2019, <https://www.statista.com/statistics/321543/latin-america-online-retailer-visitors/>

ha logrado superar a Amazon en la zona, a pesar de que esta es la empresa de compra en la red más poderosa a nivel mundial.

Es importante mencionar que empresas dueñas de marcas y signos distintivos famosos que no han logrado adaptarse a estos cambios, han terminado quebrando y cerrando operaciones, como ser la mítica empresa de renta de películas *Blockbuster*<sup>76</sup> que reinaba durante los noventa y comienzos del presente siglo, la cual fue desapareciendo paulatinamente de Estados Unidos con el surgimiento de los servicios de streaming, como ser Netflix, Hulu entre otras hasta declararse en quiebra en 2010<sup>76</sup>. Por otro lado, se dio el cierre de la muy recordada juguetería norteamericana “*Toys R Us*” la cual en el año 2018 tuvo que cerrar sus tiendas por las grandes pérdidas que fue teniendo por la apabullante competencia que representan ahora las empresas de e-commerce a nivel mundial<sup>77</sup>.

De lo anterior se puede concluir que el comercio electrónico en la región sigue la tendencia mundial, siendo un factor determinante los avances en relación a los teléfonos móviles, el cual da mayor apertura en todas las regiones del mundo. En la región centroamericana, conforme a las estadísticas regionales, la misma también irá incrementando, por tanto, la normativa del istmo tendrá que, eventualmente, irse adecuando a los nuevos estándares del comercio a fin de crear los espacios para una mayor seguridad jurídica para comerciantes y consumidores.

---

<sup>76</sup> BBC Mundo (23 de Septiembre 2010) “Blockbuster se declara en bancarrota” Accesible en: [https://www.bbc.com/mundo/economia/2010/09/100923\\_blockbuster\\_en\\_bancarota\\_amab](https://www.bbc.com/mundo/economia/2010/09/100923_blockbuster_en_bancarota_amab) (Revisado en fecha 18/05/2020).

<sup>77</sup> POZZI, S. (28 de 06 de 2018). "El fin de la gran juguetera: Toy's 'R' Us cierra hoy todas sus tiendas en EE UU". *Diario "El País"*

### **1.6. Efectos de la Pandemia del Covid-19 en el e-commerce.**

Otro aspecto importante a resaltar, es el efecto que ha tenido en el comercio electrónico la pandemia del Coronavirus o COVID-19 y en la economía global. Empresas de todo el mundo se han visto forzadas a acudir al comercio electrónico y muchas han tenido resultados alentadores a pesar del cambio drástico en las circunstancias en las que se desenvuelve el comercio actualmente<sup>78</sup>. Enochs considera que una vez termine la pandemia, el comercio a nivel mundial será testigo de un cambio más permanente a modalidades de e-commerce<sup>79</sup> y solo las empresas que se logren adaptar, serán las que continúen a flote después de la tormenta. En este sentido, todos los Estados requerirán una regulación acorde a las circunstancias que vendrán en los próximos años.

En un estudio de *Bis Bulletin*, se detalla que el crecimiento del comercio electrónico ha sido mayor en Estados donde no se contaba con una infraestructura acorde para la actividad comercial en la red. En tal sentido, cuanto menor sea el nivel de desarrollo en materia de comercio electrónico en un país determinado en 2019, mayor será su tasa de crecimiento durante la pandemia del Covid-2019 en 2020<sup>80</sup>. De igual manera se afirma en tal estudio que los cambios en el consumidor promedio serán permanentes<sup>81</sup>, por lo cual las economías en vías de desarrollo tendrán la necesidad de continuar

---

<sup>78</sup> Enochs, M. (23 de abril de 2020) "The Covid-19 shift to Digital is Forcing Retailers to Change Forever". COVID-19 Commerce Insight, an Emarsys initiative cooperation with GoodData. Accesible en: <https://ccinsight.org/resources/the-covid-19-shift-to-digital-is-forcing-retailers-to-change-forever/> (Revisado en 18/05/2020).

<sup>79</sup> Enochs, M. (23 de abril de 2020) *supra*.

<sup>80</sup> Alfonso, V., Boar, C., Frost, J., Gambacorta, L., & Liu, J. (2021). E-commerce in the pandemic and beyond. *BIS Bulletin*, (36), p. 4. Accesible en: <https://www.bis.org/publ/bisbull36.pdf> (Revisado en fecha 15/02/2021).

<sup>81</sup> *Idem*.

trabajando en la adaptación de sus normas comerciales a las exigencias del contexto de la nueva década.

De igual manera, la ONU por medio de la CNUDMI ha reaccionado ante tal situación que ha dificultado el comercio transfronterizo. En su sesión número 53 en septiembre 2020, se discutió una propuesta de la Federación rusa para actualizar la agenda para atender los efectos de la pandemia. En tal sentido, afirma CNUDMI que las implicaciones económicas para el comercio internacional y el suministro transfronterizo de bienes y servicios sigue siendo negativo debido al Covid-19<sup>82</sup>. Entre los temas prioritarios se encuentra:

*Digitalización de procedimientos legales para reducir el riesgo de diseminación enfermedad del coronavirus (celebración de contratos en línea [...] ampliar la lista de instancias en las que la votación en línea se puede utilizar en empresas procedimientos corporativos, unificando la regulación de contratos inteligentes y elaborando legalmente mecanismos de autenticación e identificación de contrapartes para la celebración de contratos transfronterizos en línea)<sup>83</sup>.*

De igual manera, la OCDE ha expuesto en uno de sus informes sobre el COVID-19 y América Latina, lo siguiente:

*La difusión del internet y la adopción de tecnologías digitales han sido cruciales para mantener cierta continuidad en la actividad económica, [...]. Sin embargo, la brecha digital, sobre todo la falta de internet de banda ancha de alta velocidad y de habilidades digitales, ha evitado que*

---

<sup>82</sup> Asamblea General (2020) Proposal by the Russian Federation to update the UNCITRAL agenda in the light of the novel coronavirus disease (COVID-19) A/CN.9/1039 Párr. 9. Accesible en: <https://undocs.org/pdf?symbol=en/A/CN.9/1039> (Revisado en fecha 16/02/2021).

<sup>83</sup> Asamblea General (2020) *op. cit.* párr. 17c.

*muchos, especialmente las personas más vulnerables, se beneficien de estas soluciones<sup>84</sup>.*

Habiendo expuesto lo anterior, se evidencia la imperiosa necesidad de que las economías tanto desarrolladas como las que continúan en crecimiento que continúen políticas públicas y legislativas adecuadas al contexto actual, además de avanzar en la armonización de normas en materia de economía digital, comercio electrónico y contratación electrónica y sus diferentes etapas tanto a nivel global como regional.

---

<sup>8484</sup> OCDE (2020) Medidas políticas clave de la OCDE ante el coronavirus (COVID-19) “COVID-19 en América Latina y el Caribe: consecuencias socioeconómicas y prioridades de política”, 8 de diciembre 2020, p. 2.

## **II. Contratación Electrónica en la Sociedad de la Información: Introducción a la Etapa precontractual.**

La presente obra tiene como eje central el estudio de la etapa precontractual en la cual las partes realizan los primeros acercamientos con la pretensión de lograr cerrar un acuerdo. Es importante recordar que el denominado *íter* contractual contiene 3 etapas principales, la de formación, el perfeccionamiento y la ejecución<sup>85</sup>.

Las tres etapas presentan una gran variedad de matices de las cuales existe infinidad de estudios al respecto en donde se estudian múltiples aspectos dentro de la complejidad del derecho contractual. De tal manera que para comprender el alcance y naturaleza de la etapa de formación del contrato es necesario también contar una comprensión del derecho de contratos y obligaciones. De tal manera, que en el presente apartado se hará un enfoque desde la óptica de los fundamentos filosóficos y normativos del derecho contractual y su adaptación a ola tecnológica existente en la sociedad del siglo XXI.

### **2.1. Acercamiento a los fundamentos filosóficos del derecho contractual**

La teoría del contrato contiene muchas aristas importantes y en aras de desarrollar en su integridad la temática, en este apartado se pretende detallar los principales fundamentos filosóficos del derecho contractual y hacer un acercamiento a la esencia de esta área del derecho y el estudio del *íter*

---

<sup>85</sup> López Fung, J. L. (2016). Innovaciones contractuales: el Memorando de Entendimiento. *Ius et veritas*, (52), pp. 202-213, p. 203.

contractual. Como concepto moderno, el contrato tiene su raíz y fundamento en una serie de presupuestos ideológicos y sociológicos<sup>86</sup>.

En primer término, se encuentra un presupuesto económico, basado en una economía liberal fundada en el lema del *laissez faire* y en la idea de las leyes del mercado y, por otro lado, dicha concepción se basa en la igualdad de las partes contratantes, además se detalla que la idea del contrato es un supra-concepto que es aplicable a todos los campos del derecho, como ser derecho público internacional y Derecho Público<sup>87</sup>.

En esta línea de ideas, para Diez-Picazo, la idea del contrato desde la óptica del Derecho Privado es todo negocio jurídico bilateral<sup>88</sup> y dentro de la doctrina civilista, se aplica el concepto de contrato exclusivamente respecto de aquellos negocios jurídicos bilaterales que inciden sobre relaciones jurídicas de naturaleza patrimonial. Portanto adopta un concepto de contrato “*todo negocio jurídico bilateral cuyos efectos consisten en crear, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial*”<sup>89</sup>.

Ahora bien, uno de los elementos esenciales en el derecho de contratos que tiene influencia jurídica en todo el *iter* contractual, y a continuación se presentarán las teorías que dan fundamento al derecho de contratos que amplían lo expuesto por Diez-Picazo.

---

<sup>86</sup> Diez-Picazo, L. (1996) Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, Vol. 1. Introducción a la teoría del Contrato Quinta Edición, Editorial Civitas, Madrid, p. 122.

<sup>87</sup> Diez-Picazo, L. (1996) *op. cit.* p. 122.

<sup>88</sup> *Idem.*

<sup>89</sup> Diez-Picazo, L. (1996) *op. cit.* p. 123.



Describe Kraus que existen dos teorías principales del contrato, las teorías económicas y las basadas en la autonomía de la voluntad<sup>90</sup> y a continuación se presentarán apuntes en relación a estas y sus principales expositores.

### **2.1.1. La autonomía de la voluntad como fundamento del derecho contractual. Las teorías deónticas del contrato.**

Detalla Diez-Picazo que la obligatoriedad del contrato encuentra su fundamento en la idea misma de persona, además, el contrato es un cauce de realización de la persona en la vida social. A esta idea, le llama el jurista español como “autonomía privada” o autonomía de la voluntad, siendo este el fundamento más hondo del contrato<sup>91</sup>. Habiendo expuesto lo anterior, se puede partir a estudiar las teorías deónticas del contrato.

Las teorías deónticas del derecho contractual, también llamadas teorías liberales del contrato,<sup>92</sup> en principio pretenden emplear una aplicación directa de teorías puramente filosóficas para la adjudicación en materia contractual<sup>93</sup>, la mayoría de estas teorías deónticas parten de una noción de autonomía<sup>94</sup>.

De tal manera, se reitera el hecho de que la autonomía de la voluntad es la columna vertebral del Derecho Privado en el *civil law* y *common law* de los países anglosajones. Como principio, implica que dentro del poder regulatorio

---

<sup>90</sup> Kraus, J. (2004), “Philosophy of Contract Law”, en Coleman J., Shapiro, S. (eds.), *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*, New York, Oxford University Press. p. 687-751,

<sup>91</sup> Diez-Picazo, L. (1996) *op. cit.* p. 126.

<sup>92</sup> Gutmann, T. (2013) *Theories of contract and concept of Autonomy*, Law and Contemporary Problems, Münster: Zi Meitar Center for Advanced Legal Studies p.3. Accesible en: [https://www.uni-muenster.de/imperia/md/content/kfg-normenbegruendung/intern/publikationen/gutmann/55\\_gutmann\\_-\\_contract\\_and\\_autonomy.pdf](https://www.uni-muenster.de/imperia/md/content/kfg-normenbegruendung/intern/publikationen/gutmann/55_gutmann_-_contract_and_autonomy.pdf) (Revisado en 54/5/2020). *Cfr.* Diez-Picazo, L. (1996) *op. cit.* p. 127, en dicho texto se hace referencia a que bajo los impulsos del liberalismo económico se vivió un momento de encendida defensa de este principio.

<sup>93</sup> Kraus, J. (2004), *op. cit.*, p. 750.

<sup>94</sup> Kraus, J. (2004), *op. cit.*, p. 687.

de las relaciones jurídicas patrimoniales, lo pactado por las partes es expresión de la libertad humana, ejercida, por supuesto, en las fronteras límites que la ley impone<sup>95</sup>. La noción de autonomía de la voluntad históricamente se forjó como expresión del pensamiento liberal de los siglos XVIII y XIX y de la teoría clásica de los derechos naturales del individuo, caracterizada como poder originario y soberano de decidir, de ordenar la propia conducta y regular por sí mismo sus intereses y relaciones jurídicas y de esta manera se insertó en los códigos civiles de la época<sup>96</sup>.

En este sentido, se describe a la voluntad como la fuente y la medida de los derechos subjetivos, creadora de la relación jurídica, del vínculo obligacional y, por tanto, del contrato. Dentro de los defensores de esta tesis se encuentran Grotius, Hobbes, Locke y Rousseau, ideólogos de la teoría de los derechos naturales e inalienables del individuo<sup>97</sup>.

La autonomía de la voluntad es también explorada en *La Metafísica de la Moral* por parte de Immanuel Kant; su teoría parte de la noción de “independencia” y “autonomía” y considera que la autonomía no es una característica de agentes aislados, sino que es una idea relacional; en este sentido, Hevia expone que A es independiente de B en la medida en que no esté sujeto a las decisiones de B<sup>98</sup>.

Además se esboza un concepto de derecho privado basado en un sistema recíproco de límites a la libertad y al derecho de contratos como una institución legal que en general reconoce y respeta el poder de los individuos de efectuar

---

<sup>95</sup> Tolosa, L. A. (2017). De los principios del Derecho Obligacional y Contractual contemporáneo. *Estudios Socio-Jurídicos*, 19(2), 13-61., p. 15.

<sup>96</sup> Tolosa, L. A. (2017) *op. cit.* p. 26.

<sup>97</sup> *Idem.*

<sup>98</sup> Hevia, M. (2015). *op. cit.* p. 2507.

cambios en sus relaciones jurídicas entre ellos<sup>99</sup>. Por otro lado, la noción de independencia no es universal. En este sentido no todo ente puede ser autónomo, y presupone la distinción entre personas y cosas. Por tanto, para Kant, las personas pueden determinar sus propios planes, en cambio las cosas son meramente medios para perseguir esos objetos<sup>100</sup>.

Ahora bien, para Fried el concepto de la autonomía individual Kantiana es tomado como base de su análisis y expone que, las personas no deben usarse unas a otras como si fueran objetos<sup>101</sup>. No obstante, una manera de promover objetivos puede conllevar a confiar en otras personas y esta confianza representa una herramienta para reflejar un acuerdo de voluntades<sup>102</sup>. Hevia resalta que dicha posición no es utilitarista, o sea que no cree en la obligación moral de cumplir con una promesa tenga fundamento en el hecho de que su cumplimiento promueve la utilidad. Si no que parte del análisis que incumplir representa un abuso en la confianza. Por tanto, para Fried los contratos son “promesas”<sup>103</sup>, y en caso de incumplimiento, el acreedor de la promesa tiene derecho a que sea indemnizado por la frustración de sus expectativas<sup>104</sup>.

Por otro lado, el pensamiento no queda libre de críticas. Una objeción fuerte es que Fried no defina una conexión necesaria entre obligaciones morales y obligaciones jurídicas, por ejemplo, si prometo que leeré tu artículo para mañana y no lo hago, no se justificaría una obligación de indemnización. En tal sentido, expone Kock que “*el propósito principal del derecho contractual es la*

---

<sup>99</sup> Gutmann, T. (2013) *op. cit.* p. 3 citando a Ripstein, A. (2006) Private Order and Public Justice: Kant and Rawls, 92 Virginia Law Review 1391, 1394 y a Benson, P. (2010), Contract, in A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory 29, 37 (Dennis Patterson ed., 2nd ed.).

<sup>100</sup> Hevia, M. (2015). *op. cit.* p.2507.

<sup>101</sup> Hevia, M. (2015). *op. cit.* p.2518.

<sup>102</sup> *Idem.*

<sup>103</sup> Hevia, M. (2015). *op. cit.* p.2518 citando a Fried, Charles (1981) A theory of Contractual Obligation, Cambridge, Harvard University Press, p. 16.

<sup>104</sup> Hevia, M. (2015). *op. cit.* p.2520.

*realización de expectativas razonables inducidas por promesas. No obstante, las promesas de que derivan esas expectativas pueden comprender un contrato, pero no todas las promesas inducidas por expectativas contractuales producen efectos jurídicos*<sup>105</sup>. Por otro lado, la propuesta de Fried no explica la naturaleza de los derechos contractuales<sup>106</sup>, no obstante, añade Kraus que la teoría de la obligación promisoria de Fried está inspirada en el fundamento deontológico de la teoría general del derecho de Ronald Dworkin<sup>107</sup>.

Retornando la teoría Kantiana, el contrato se considera como un “intercambio de promesas”<sup>108</sup> y también detalla varios elementos importantes que se deben de tener en cuenta a fin de analizar el fundamento del derecho contractual. Como se observa en el concepto de Kant, y como exterioriza Hevia, el consentimiento de las partes es esencial. De igual manera se detalla que una teoría del contrato debe dar cuenta del efecto relativo de los contratos, el cual en el *common lawes* conocido como “*sanctity of Contract*”.<sup>109</sup>

Esto comprende que las obligaciones voluntarias son obligaciones que uno debe a personas determinadas. Los derechos contractuales son derechos personales *in personam*, esto es, derechos cuyo titular puede oponer a otra persona que tiene la obligación correlativa de cumplir con una promesa y es a esto que se llama como efecto relativo de los contratos<sup>110</sup>. O sea que el

---

<sup>105</sup> Kock, G. L. (1960). Formación del contrato los criterios que la determinan, la. *Inter-American Law Review*, 2(2), 357-374, p. 357.

<sup>106</sup> Hevia, M. (2015). *op. cit.* p.2522 citando el ejemplo de Rivera Lopez, E. “Promises, Expectations, and Rights”, *Chicago Kent Law REview*, Vol. 81, 2006 pp. 21-45.

<sup>107</sup> Hevia, M. (2015). *op. cit.* p.2525 citando a Kraus, J. (2002), “Philosophy of Contract Law”, en Coleman J., Shapiro, S. (eds.), *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*, New York, Oxford University Press, p. 726.

<sup>108</sup> Hevia, M. (2015). Kant y la filosofía del derecho contractual: las teorías basadas en la autonomía. *Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho*. Instituto de Investigaciones Jurídicas. p. 2501-2351. p. 2502.

<sup>109</sup> Hevia, M. (2015). *op. cit.* p. 2502

<sup>110</sup> Hevia, M. (2015). *op. cit.* p.2503.

contrato solo surte efecto entre las partes, no frente a terceros que no tengan relación alguna con el vínculo contractual inicial.

Las teorías deónticas tratan las justificaciones doctrinales ofrecidas por los jueces como elementos constitutivos de la ley<sup>111</sup>. Esta posición se fundamenta en esencia en el pensamiento de Ronald Dworkin en relación a la jurisprudencia y la posición política filosófica de Rawls.<sup>112</sup> Conforme a Dworkin, los jueces dirimen controversias por medio de la interpretación de la ley en la mejor forma posible, con sujeción a la obligación de ajustarse al razonamiento de decisiones judiciales anteriores.<sup>113</sup>

Por otro lado, Rawls, uno de los filósofos políticos más prominentes, considera en primer término que la justificación de la coerción estatal es la publicidad de sus justificaciones y fundamentos<sup>114</sup>. De igual manera reflexiona que la justicia es la virtud fundamental de las instituciones sociales. Hevia toma esta posición y en referencia al fundamento del derecho contractual expone que la justicia requiere que se entiendan las reglas contractuales en función de la idea de “términos de interacción justos” basándose en la reciprocidad<sup>115</sup>.

Hevia toma su idea de una división de responsabilidad entre la sociedad y los individuos para ofrecer un enfoque normativo rawlsiano del derecho contractual. Por tanto, el argumento de Hevia es que las interacciones contractuales son razonables, esto es, basadas en términos públicos e interpersonales de interacción<sup>116</sup>.

---

<sup>111</sup> Kraus, J. (2004) *op. cit.* p. 693

<sup>112</sup> *Idem.*

<sup>113</sup> *Idem.*

<sup>114</sup> *Idem.*

<sup>115</sup> Hevia, M. (2014). Razonabilidad y responsabilidad: Rawls, Kant y la teoría del derecho contractual. *Discusiones XV* no. 15,2 pp. 15-47, p.

<sup>116</sup> Hevia, M. (2014) *op. cit.* p. 17

Ahora bien, en cuanto a la relación entre justicia, la autonomía de la voluntad y el contrato, Giraldo Bustamante expone que:

*“[...] el contrato como institución jurídica siempre ha sido considerado una expresión de la racionalidad humana que busca la satisfacción de las distintas necesidades no a través de la fuerza sino mediante una categoría jurídica que implica el ejercicio de la libertad y la autonomía personal, respetando siempre la dignidad que como persona le corresponde al otro con quien interactúa y que no se trata de una interacción aislada y ajena del entorno económico y social en el que se realiza”<sup>117</sup>.*

Las teorías deónticas toman una posición *ex post*. Esto quiere decir que la adjudicación es guiada por el efecto retrospectivo de la decisión en relación a los derechos preexistentes de las partes<sup>118</sup>. En este sentido, consideran que la posición *ex ante* de las teorías económicas viola los derechos individuales y el principio Kantiano de tratar a las personas como fines en sí mismos y no como un medio<sup>119</sup>. De tal manera que para comprender en mayor medida esta comparación, se procede a continuación a hacer referencia a las teorías económicas del contrato.

### **2.1.2. Las teorías económicas del derecho de contratos.**

Es atrayente también hacer referencia a las teorías económicas del contrato. Como punto de partida, es importante mencionar que las mismas parten de una noción de eficiencia<sup>120</sup>. Conforme al argumento de Craswell, la autonomía contractual y las teorías deónticas son inferiores a las teorías económicas en

---

<sup>117</sup> Giraldo Bustamante (2017) *op. cit.* p. 28

<sup>118</sup> Kraus, J. (2004) *op. cit.* p. 701

<sup>119</sup> *Idem.*

<sup>120</sup> Kraus, J. (2004) *op. cit.* p. 688.

cuanto a que las anteriores no proveen respuestas de muchas preguntas esenciales dentro del derecho contractual y el supuesto de lagunas en un vínculo contractual<sup>121</sup>.

La economía normativa postula que *inter alia*, una ley debe juzgarse según sus efectos en cuanto a promover el “bienestar social”<sup>122</sup>. En este sentido, los derechos de las partes están sometidas al fin común de maximizar la eficiencia<sup>123</sup>. Conforme al pensamiento de Posner, se parte de un concepto de maximización de la riqueza como concepto ético<sup>124</sup> y expone que:

*[...] el principio de la maximización de la riqueza entraña, primero, una asignación inicial de derechos individuales (a la vida, a la libertad y al trabajo) a sus titulares naturales; segundo, mercados libres que permitan reasignar periódicamente esos derechos a otros usos; tercero, normas legales que simulen las operaciones del mercado en aquellos casos en que el costo de las transacciones de mercado sea prohibitivo; cuarto, un sistema de recursos legales para impedir y corregir la violación de los derechos; y quinto, un sistema de moral personal (las “virtudes protestantes”) que sirva para reducir el costo de las transacciones de mercado. Si los campos de acción tradicionales del Common Law se reorganizaran de manera más funcional, el primero de ellos sería el correspondiente al Derecho de propiedad, el segundo al derecho de los contratos, el tercero al Derecho de la responsabilidad*

---

<sup>121</sup> Kraus, J. (2004), “Philosophy of Contract Law”, en Coleman J., Shapiro, S. (eds.), The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law, New York, Oxford University Press. p. 687-751, p. 688.

<sup>122</sup> Posner, R. A. (1998). Utilitarismo, economía y teoría del derecho. *Estudios públicos*, Vol. 69, pp. 207-257, p. 210. Accesible en:

[https://www.cepchile.cl/cep/site/artic/20160303/asocfile/20160303183632/rev69\\_posner.pdf](https://www.cepchile.cl/cep/site/artic/20160303/asocfile/20160303183632/rev69_posner.pdf)

(Revisado en fecha 22/05/2020).

<sup>123</sup> Gutmann, T. (2013) *op. cit.* p. 6.

<sup>124</sup> Vid. Gutmann, T. (2013) *op. cit.* p. 6.

*extracontractual y el cuarto al derecho procesal y correctivo (incluido el Derecho penal)*<sup>125</sup>.

De esta manera, Posner detalla que conforme su teoría, la esencia del derecho privado parte de una premisa basada en la economía de mercado; incluyendo la concepción de derechos fundamentales e inherentes a la persona humana, además de la obligación estatal de proporcionar protección judicial, y garantías procesales a fin de que estos puedan desenvolverse en una economía regida por el Estado de Derecho<sup>126</sup>.

Los teóricos económicos, como se hizo mención en el apartado anterior, toman una posición *ex ante* en relación a la adjudicación de casos. Esto quiere decir que consideran que los jueces deben decidir los casos por medio del desarrollo de nuevas reglas que crean potenciales derechos y obligaciones<sup>127</sup>. De esta manera se retoma la crítica de los teóricos deónticos en el sentido que las personas son considerados instrumentos para una economía de mercado y la maximización de la riqueza.

A diferencia de las teorías deónticas o basadas en la autonomía, las teorías económicas se basan en un principio de eficiencia<sup>128</sup>. Además, Kraus expone que la teoría económica dan mayor valor a los resultados de una adjudicación, dejando en segundo plano cualquier desarrollo doctrinal que surja del mismo<sup>129</sup>. Dicha posición formada por la aspiración histórica del análisis económico del derecho como una ciencia cuasi empírica<sup>130</sup>.

---

<sup>125</sup> Posner, R. A. (1998) *op. cit.* p. 237.

<sup>126</sup> Kraus, J. (2004) *op. cit.* p. 701.

<sup>127</sup> *Idem.*

<sup>128</sup> Kraus, J. (2004) *op. cit.* p. 692.

<sup>129</sup> *Idem.*

<sup>130</sup> Kraus, J. (2004) *op. cit.* p. 750.



Al igual que las teorías deónticas, las teorías económicas no están exentas de otras críticas. Las mismas son resaltadas por Gutmann y precisa este que a pesar de la extensa literatura en relación al análisis económico del derecho contractual, no existe manera de alcanzar una coherencia normativa entre el objetivo principal de “maximización de la eficiencia” por un lado y una teoría legal contractual basada en el concepto de respeto a las personas como titulares de derechos individuales que permita un vínculo voluntario entre las partes. Por tanto, considera que el análisis económico ha fallado en crear una teoría legal del contrato compatible con las premisas normativas de sistemas legales basadas en derechos individuales<sup>131</sup>.

A fin de cerrar esta sucinta reseña sin reducir su importancia, algunas preguntas surgen del mismo. Si se parte del pensamiento de Gutmann, se puede afirmar que las regulaciones modernas en materia contractual tienen mucha más influencia de las teorías deónticas si se compara en las teorías fundamentadas en un razonamiento económico, sobre todo las que tienen influencia alemana.

No obstante, es importante resaltar que no se puede obviar que el razonamiento detrás de las teorías económicas siempre tendrá su relevancia en la práctica comercial considerando el innegable arraigo entre esta y el derecho de contratos, considerando que ambas buscan el flujo de capitales y aumentar el crecimiento económico.

## **2.2. El contrato en la codificación en Estados de derecho civil en la actualidad.**

En el apartado anterior se discutía el fundamento filosófico del derecho de contrato. Las teorías antes expuestas sentaron los bases de la doctrina actual

---

<sup>131</sup> Gutmann, T. (2013) *op. cit.* p. 7.

en la gran mayoría de Estados con legislación con influencia romana, en tal sentido, será importante para el presente estudio como se desenvuelve esta disciplina en la legislación moderna de tradición civilista como ser los países latinoamericanos y gran parte de Europa y cómo han evolucionado en relación a los actos jurídicos realizados en la red considerando los apabullantes avances tecnológicos que se vislumbran en la actualidad.

Posterior al estudio del fundamento filosófico del derecho de contratos, el lector tendrá una noción de lo que se puede considerar un vínculo contractual y siempre será necesario dar revisión a diferentes conceptos presentados en la normativa estatal. El término “Contrato”, dentro de la legislación hondureña se define como *“una convención en virtud de la cual una o más personas se obligan para con otra u otras, o recíprocamente a dar hacer o no hacer alguna cosa”*<sup>132</sup>, y en esta misma línea se desarrolla el concepto contenido en el Código Civil español en su art. 1254, y el 1438 del Código Civil Chileno<sup>133</sup> con una redacción similar señalando otros ejemplos. Por otro lado, autores contemporáneos, lo definen, como un acuerdo de voluntades, o el resultado de un proceso de aproximación de posturas que tiene lugar en un determinado contexto transaccional<sup>134</sup>.

En complemento a los artículos antes citados, en referencia a la contratación comercial el Código de Comercio de Honduras (CCOH) en su artículo 712, menciona que “las disposiciones legales sobre los contratos serán aplicables

---

<sup>132</sup> Art. 1539 Código Civil de Honduras, 1906.

<sup>133</sup> Art. 1438. Código Civil Chileno: Contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser una o muchas personas.

<sup>134</sup> Rodríguez de las Heras Ballell, T. (2015). La etapa precontractual en la contratación mercantil. En V. Autores, *Estudios sobre el futuro Código Mercantil: libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*. Madrid: Universidad Carlos III pp. 1801-1820, p. 1801. Accesible en: [https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/20985/etapaprecontractual\\_rodriguezdelasheras\\_RIO\\_2015.pdf](https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/20985/etapaprecontractual_rodriguezdelasheras_RIO_2015.pdf) (Consultado en 5/24/2020).

a los negocios y actos jurídicos en general, y en particular a los actos unilaterales *inter vivos* que tengan contenido patrimonial, en lo que no se opongan a su naturaleza o a sus disipaciones especiales sobre ellos”. En otras palabras, menciona el CCOH que los preceptos y condiciones de la contratación civil serán aplicados a los negocios de contenido patrimonial, como ser la compraventa mercantil.

Si bien los conceptos antes expuestos a *grosso modo* han sido inmutables por décadas para el desarrollo de los negocios *inter vivos*; ha sido afirmado múltiples veces que a causa de los avances científicos e informáticos se han ido desarrollado nuevos paradigmas en materia de derecho contractual, por lo cual es imperante hacer referencia nuevamente a la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico<sup>135</sup>.

Dentro de sus considerandos se hace la reflexión que para la época en la que se trabajó la Ley Modelo, en 1996, ya era evidente el número creciente de transacciones comerciales internacionales que se realizaban por medio de intercambio electrónico de datos y por otros medios de comunicación habitualmente conocidos como “comercio electrónico”, en los que se usan métodos de comunicación y almacenamiento de información sustitutivos al tradicional papel. De igual se ratifica el fundamento por el cual nace la CNUDMI bajo la finalidad de “fomentar la armonización y la unificación progresiva del derecho mercantil internacional”<sup>136</sup>.

El concepto de *e-contract* o contrato electrónico es empleado como una “sombrija” cubriendo cualquier contrato que ha sido desarrollado o procesado

---

<sup>135</sup> Resolución A/51/162 de la Asamblea General de 16 de diciembre de 1996 Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico. Accesible en: [https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/05-89453\\_s\\_ebook.pdf](https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/05-89453_s_ebook.pdf) (Revisado en fecha 24/05/2020).

<sup>136</sup> *Idem*.

por sistemas computacionales, como ser correos electrónicos o mediante páginas web<sup>137</sup>. En este sentido y de manera más precisa, el término es empleado para contratos que incluyen partes computables, que usualmente pretenden cierta automatización de operaciones<sup>138</sup> incluyendo los denominados contratos inteligentes sería también el de e-contract si se retoma el espíritu del principio de neutralidad tecnológica que introduce la LMCE.

Consecuentemente, muchos Estados incorporaron el modelo presentado por CNUDMI y entre ellos se encuentra el Reino Español, quienes la incorporaron en su Ley 34/2002, de 11 de Julio de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico (LSSICE)<sup>139</sup> y en cuanto al contrato celebrado por vía electrónica es inevitable no hacer referencia a su anexo literal h) en donde se define el contrato celebrado por la vía electrónica como *“aquel en el que la oferta y la aceptación se transmiten por medio de equipos electrónicos de tratamiento y almacenamiento de datos, conectados a una red de telecomunicaciones”*.

Por tanto, de dicho modelo se puede concluir que la principal diferencia entre la contratación análoga o tradicional y la electrónica es en relación a las herramientas utilizadas para la transmisión de la información y finalmente el consentimiento además que desarrolla en esencia los contratos entre ausentes y otras modalidades contractuales. En este sentido, un ejemplo sería el supuesto de una persona comprando un producto en una página web como ser Amazon, Alibaba o Mercado Libre, en la cual un contrato se ha formado

---

<sup>137</sup> Governatori, G., Idelberger, F., Milosevic, Z., Riveret, R., Sartor, G., & Xu, X. (2018). On legal contracts, imperative and declarative smart contracts, and blockchain systems. *Artificial Intelligence and Law*, 26(4), 377-409, p. 384.

<sup>138</sup> *Idem*.

<sup>139</sup> Ley 34/2002, de 11 de Julio de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico, publicado en el Boletín Oficial Español en el «BOE» núm. 166, de 12/07/2002. Accesible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2002-13758> (Revisado en fecha 24/05/2020).

por la promesa del vendedor de enviar el producto al consumidor y este, tiene el compromiso de pagar el bien comprado<sup>140</sup>.

Entrando a un análisis más detallado, es de recordar que en la contratación tradicional no representa mayor controversia determinar el momento y lugar del perfeccionamiento de un vínculo contractual entre dos partes, que es al momento de estampar las firmas en el lugar pactado por las partes. Ahora bien, en el comercio electrónico surgen un par de interrogantes totalmente razonables, ya que entran en juego el uso de la red, y las nuevas tecnologías en el perfeccionamiento de un contrato, además de los nuevos modelos de negocios que se manejan en los países del primer mundo.

### **2.3. Modalidades Contractuales B2C desarrolladas por el comercio electrónico.**

Gracias a las nuevas tecnologías se ha vislumbrado una gran diversidad de instrumentos existentes que facilitan y agilizan la conclusión de contratos y las mismas presentaron nuevos conceptos en materia contractual de consumo en particular.

Se debe hacer especial referencia a la relación entre el consumidor y el comerciante en la sociedad de la información. Existen tres desafíos principales en las relaciones de consumo transfronterizas, los cuales identifica Calvo Caravaca como el consumo masivo, las pequeñas cantidades económicas implicadas en los litigios de consumo cuando se consideran individualmente y el consumo en línea<sup>141</sup>.

---

<sup>140</sup> Chissick, M., & Kelman, A. (2002). *"E-commerce law and practice"*. London: (3rd edition) Sweet & Maxwell. p. 71 (3.12).

<sup>141</sup> Calvo Caravaca, A.L. (2020). Consumer contracts in the European Court of Justice case law. Latest trends= Los contratos de consumo en la jurisprudencia del TJUE. Últimas tendencias. *Cuadernos de derecho transnacional*, 12(1), 86-96, p. 87.

En este contexto, la protección del consumidor se construye en tres ideas fundamentales. En primer lugar, el consumidor debe poder demandar en la jurisdicción de su domicilio, en este sentido este cuenta con un *fórum actoris*<sup>142</sup>. En segundo lugar, la ley que regule el contrato celebrado con un consumidor, debe ser la ley del país de residencia habitual de este, a menos que las partes hayan elegido otra ley que proteja en mayor medida al consumidor. Por último, la empresa que imponga cláusulas abusivas en un contrato de consumo puede ser multado<sup>143</sup>.

Habiendo expuesto lo anterior, el contrato a distancia, en términos generales se refiere a un contrato celebrado sin la presencia física de las partes, con el empleo de exclusivo de técnicas de comunicación a distancia, en el marco de un sistema organizado por el empresario<sup>144</sup>. En tal sentido, es importante aclarar que los contratos electrónicos celebrados con consumidores son contratos a distancia por definición, siempre que el mismo no esté excluido del

---

<sup>142</sup> Calvo Caravaca, A.L. (2020) *op. cit.* p. 87 citando a Staudinger, A, (2011) "*Wer nicht rügt, der nicht gewinnt – Grenzen der stillschweigenden Prorogation nach Art. 24 EuGVVO*", IPRax, 2011-VI, pp. 548-553.

<sup>143</sup> Calvo Caravaca, A.L. (2020) *op. cit.* p. 87, Vid, Art 6 del Reglamento de Roma I (RRI). *Sin perjuicio de los artículos 5 y 7, el contrato celebrado por una persona física para un uso que pueda considerarse ajeno a su actividad comercial o profesional («el consumidor») con otra persona («el profesional») que actúe en ejercicio de su actividad comercial o profesional, se regirá por la ley del país en que el consumidor tenga su residencia habitual, siempre que el profesional: a) ejerza sus actividades comerciales o profesionales en el país donde el consumidor tenga su residencia habitual, o b) por cualquier medio dirija estas actividades a ese país o a distintos países, incluido ese país, y el contrato estuviera comprendido en el ámbito de dichas actividades.*

<sup>144</sup> Art 92 LGDCU, Vid. Arroyo Aparicio, A. (2010) LOS CONSUMIDORES ANTE LOS CONTRATOS A DISTANCIA, Estudio del ordenamiento español a la luz de la jurisprudencia del TJUE: Asuntos EasyCar y Handelsgesellschaft Heinrich Heine GmbH, Revista de Derecho UNED núm. 6, pp. 41-96, p. 47. Accesible en: <http://revistas.uned.es/index.php/RDUNED/article/viewFile/10998/10526> (Revisado en fecha 26/05/2020).

ámbito de aplicación de la regulación de dichos contratos, como ser por razón del objeto, por ejemplo<sup>145</sup>.

En cuanto a los contratos a distancia y su regulación, la UE a finales del siglo pasado contempló las complicaciones que podían surgir en relación a esta modalidad contractual en relación al derecho de consumo y el legislador comunitario fue construyendo una serie de instrumentos a fin de regular de manera acorde la relación entre el comerciante y el consumidor<sup>146</sup>.

En tal sentido, se fueron edificando instrumentos en materia de tutela de derechos del consumidor comunitario como ser la Directiva 97/7/CE relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia<sup>147</sup>. La misma fue derogada posteriormente por la Directiva 2011/83/UE sobre derechos de los consumidores<sup>148</sup> a partir del 13 de junio de 2014<sup>149</sup>, siendo esta traspuesta en la normativa Española en los artículos 92-106 del Real Decreto Legislativo 1/2007 Ley General para la Defensa de los consumidores y Usuarios<sup>150</sup> entrando de lleno en la sociedad de la información y la regulación de suministro de contenidos digitales.

---

<sup>145</sup> Arroyo Aparicio, A. (2010) *op. cit.* p. 49.

<sup>146</sup> Menéndez Mato & Santa Cecilia, M. E. (2014) *op. cit.* p. 184.

<sup>147</sup> Vid. DIRECTIVA 97/7 /CE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 20 de mayo de 1997 relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia. Accesible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:31997L0007&from=ES> (Revisado en 25/05/2020).

<sup>148</sup> Directiva 2011/83/UE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 25 de octubre de 2011 sobre los derechos de los consumidores, por la que se modifican la Directiva 93/13/CEE del Consejo y la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan la Directiva 85/577/CEE del Consejo y la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo. Accesible en: <https://www.boe.es/doue/2011/304/L00064-00088.pdf> (Revisado en fecha: 25/05/2020).

<sup>149</sup> Menéndez Mato & Santa Cecilia, M. E. (2014) *op. cit.* p. 184

<sup>150</sup> *Idem.* Vid. Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias. Accesible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2007-20555> (Revisado en fecha 25/05/2020).

Menéndez Mato y Santa Cecilia acotan que dicha regulación restringe el concepto de “contrato a distancia” que hasta el momento se identificaba con el contrato entre ausentes, a aquel que se perfecciona sin la presencia física simultánea de las partes. En este sentido el calificativo de presencia, se termina adoptando únicamente como un carácter geográfico<sup>151</sup>.

Los requisitos para la formación de un contrato a distancia contienen algunas especificidades surgidas que expanden la conceptualización pretendida por el CCE y que fueron reguladas por la Directiva 97/7/CE en su momento:

*“Todo contrato entre un proveedor y un consumidor sobre bienes o servicios celebrado en el marco de un sistema de ventas o de prestación de servicios a distancia organizado por el proveedor que, para dicho contrato, utiliza exclusivamente una o más técnicas de comunicación a distancia hasta la celebración del contrato, incluida la celebración del propio contrato”.*

En cuanto al presente concepto, no está de más aclarar que estas técnicas de comunicación van de la mano con el principio de equivalencia funcional y neutralidad tecnológica en la relación de consumo. De igual manera, la directiva ya vincula el contrato a distancia propiamente a relaciones comerciales B2C en el que se incluyen bienes o servicios. Cabe mencionar que dicha regulación es mucho más reciente debe incluirse entre las técnicas de comunicación, los diferentes medios electrónicos.

Un argumento interesante es el planteado por Menéndez Mato & Santa Cecilia, quienes clasifican los contratos a distancia por su modo de perfección<sup>152</sup>. Los primeros que mencionan dichos autores, son aquellos contratos que pueden

---

<sup>151</sup> Menéndez Mato & Santa Cecilia, M. E. (2014) *op. cit.* p. 184

<sup>152</sup> Menéndez Mato & Santa Cecilia, M. E. (2014) *Derecho e Informática: Ética y Legislación*, Bosch Editor, p. 179



perfeccionarse de manera inmediata<sup>153</sup>. No obstante, expresan que será facultativo a las partes el momento de perfeccionamiento del vínculo contractual, por lo cual el periodo precontractual puede ser prolongado dependiendo de las negociaciones<sup>154</sup>.

De este modo, Menéndez Mato & Santa Cecilia llaman a esta modalidad como “contrato de formación instantánea” y lo caracterizan como un contrato en el cual las partes están presentes, esto quiere decir que se trate de un contrato entre sujetos presentes físicamente o gracias al empleo de un medio técnico que permita una inmediata comunicación entre las partes. De igual manera, no se realizan más actos precontractuales previos a la oferta y su oferta y su correspondiente aceptación, y que dichos actos se realicen de manera instantánea<sup>155</sup>.

Por otro lado, el segundo tipo de contrato que plantean es el “formación *ex intervalo temporis*”, en el cual previo a su nacimiento se ha tenido una etapa precontractual algo más prolongada en el tiempo, existiendo dos causas que provocan esta dilatación: que el contrato no sea fruto del mero intercambio oferta-aceptación, sino que, con anterioridad a este, se hayan realizado una multitud variada de actos precontractuales. A esta “formación *ex intervalo temporis*” también se le denomina contrato de formación sucesiva<sup>156</sup>.

Por otro lado, añade Pérez Escolar que<sup>157</sup> en el Código Civil Español, desde su redacción originaria reguló el momento y lugar de perfección del contrato celebrado a distancia en su art. 1262,<sup>158</sup> párrafos segundo y tercero, no

---

<sup>153</sup> Menéndez Mato & Santa Cecilia, M. E. (2014) *op. cit.* p. 179.

<sup>154</sup> *Idem.*

<sup>155</sup> Menéndez Mato & Santa Cecilia, M. E. (2014) *op. cit.* p. 182.

<sup>156</sup> *Idem.*

<sup>157</sup> Pérez Escolar, M. (2018). "El art. 98 TRLCU, ¿requisito//s formales de los contratos a distancia? Art. 98 TRLCU, Formal Requirements for Distance Contracts?". *InDret*, Vol. 4, 2018, p. 5

<sup>158</sup> De igual manera el Artículo 54 del Código de Comercio español, el cual se encuentra unificado con el artículo 1262 del CCE.

obstante no se basó en el contexto de la sociedad de consumo y a la utilización de internet como vía para llevar a cabo dichos contratos. Dicho artículo expone que:

*“Hallándose en lugares distintos el que hizo la oferta y el que la aceptó, hay consentimiento desde que el oferente conoce la aceptación o desde que, habiéndosela remitido el aceptante, no pueda ignorarla sin faltar a la buena fe. El contrato, en tal caso, se presume celebrado en el lugar en que se hizo la oferta”.*

Ahora bien, entre los contratos a distancia y entre ausentes se pueden presentar bastantes similitudes que crean confusión, mismas que vienen a complicar su comprensión, por lo cual es importante es ir aclarando el panorama en cuanto a estas dudas e ir presentado las delimitaciones conceptuales de estos.

Tal era la confusión que inicialmente, ambos conceptos eran idénticos, y estaban contrapuestos al de contrato entre presentes. En esta línea de ideas, Menéndez Mato & Santa Cecilia exponen que el contrato concluido por correo electrónico, es entre ausentes, además de un contrato a distancia. No obstante, el contrato formalizado mediante chat o video conferencia es un contrato entre presentes, y cuando sea una relación de consumo, será un contrato a distancia<sup>159</sup>. De tal manera, que la característica denominada como “presencia” entre las partes es determinada por la existencia de interacción inmediata entre estos durante la etapa formativa del contrato.

Ahora bien, con la entrada en vigencia de la Directiva 97/7/CE, se presentó una diferenciación entre ambos conceptos y se dota al contrato a distancia un

---

<sup>159</sup> Menéndez Mato & Santa Cecilia, M. E. (2014) *op. cit.* p. 193.

régimen jurídico específico siempre que sea una relación contractual de consumo<sup>160</sup>. De tal manera, que en la Ley 3/2014 de 27 de marzo en su numeral II del preámbulo y en el art. 92 párrafo primero define el último como:

*“ Los celebrados a distancia con los consumidores y usuarios en el marco de un sistema organizado de venta o prestación de servicios a distancia, sin la presencia física simultánea del empresario y del consumidor y usuario, y en el que se hayan utilizado exclusivamente una o más técnicas de comunicación a distancia hasta el momento de la celebración del contrato y en la propia celebración del mismo” y ejemplifica dichas técnicas de comunicación como ser el ya arcaico correo postal, el Internet, o el teléfono”.*

Esta redacción final ya incluye conceptos como *un sistema organizado de venta o prestación de servicios a distancia* y dicha redacción va encaminada a la regulación de actividades comerciales B2C. Siempre en relación al término “sistema organizado”, la profesora Pérez Escolar también hace hincapié en que quedan excluidos los supuestos de contratación entre empresario y consumidor que, pese a negociarse y realizarse sin su presencia física simultánea, tienen carácter ocasional por no dedicarse el empresario habitualmente a la contratación a distancia ni tener, por ello, un sistema organizado con este fin. Dicho argumento toma en consideración la redacción del Preámbulo II, de la Ley 3/2014, que reproduce el Considerando (20) de la Directiva 2011/83/UE<sup>161</sup>:

*[...] el concepto de sistema organizado de prestación de servicios o de venta a distancia incluye los sistemas ofrecidos por un tercero distinto*

---

<sup>160</sup> Menéndez Mato & Santa Cecilia, M. E. (2014) *op. cit.* p. 193.

<sup>161</sup> Pérez Escolar, M. (October 2018) *op. cit.* p. 7.

*del empresario, pero utilizado por éste, como una plataforma en línea, [...] no cubre los casos en los que las páginas web ofrecen información solamente sobre el empresario, sus bienes o servicios y sus datos de contacto.*

De esta manera, también se incluye la tendencia actual de las diferentes aplicaciones que utilizan este tipo de plataformas como ser Airbnb o Uber que son utilizadas en todo el mundo. Es notorio que la amplia redacción del contrato a distancia refiere a los riesgos inherentes que surgen para el consumidor en esta modalidad en su etapa precontractual. Pérez Escolar aborda la temática y presenta el siguiente argumento en cuanto a la relación jurídica entre el consumidor y el comerciante:

*“Estos riesgos se intensifican cuando quien adquiere bienes o servicios a distancia tiene la condición de consumidor, cuya especial situación de vulnerabilidad frente al empresario deriva de la conocida existencia de una asimetría negocial que justifica la articulación de remedios jurídicos diversos dirigidos a garantizar la integridad de su consentimiento: entre ellos destaca, junto con los deberes de información precontractual del empresario y el derecho de desistimiento del consumidor, el modo en que ha llevarse a cabo la formalización del contrato”<sup>162</sup>.*

Enfatizando el término “asimetría negocial” que menciona la profesora Pérez Escolar es que toma fuera el principio de buena fe, el cual es de los principales fundamentos para el desarrollo de los deberes precontractuales en los contratos bajo el contexto de la sociedad de la información, sobre todo los relativos a relaciones B2C.

---

<sup>162</sup> Pérez Escolar, M. (October 2018) *op. cit.* p. 6.

Por otro lado, es importante referir que la Ley 3/2014 asimismo regula el contrato fuera del establecimiento mercantil. Dicho contrato se encuentra conceptualizado en el numeral 2.a de dicha ley como “*Contratos celebrados con la presencia física simultánea del empresario y del consumidor y usuario, en un lugar distinto al establecimiento mercantil del empresario*”.

En países latinoamericanos, se ha desarrollado esta figura contractual en la normativa de consumo, tal como en el caso colombiano en donde se regula la venta a distancia en la ley 1480 de 2011 en su art. 5<sup>163</sup>, o la ley peruana que reconoce también la contratación a distancia en materia de consumo<sup>164</sup>. Por otro lado, en la legislación hondureña se presenta el contrato a distancia como la venta por correspondencia y otros similares (incluyendo medios electrónicos) en el art. 58 de su Ley de Protección al consumidor<sup>165</sup>.

De tal manera, se evidencia la gran influencia que ha tenido el comercio electrónico en las relaciones jurídicas tanto B2B como B2C en el mundo actual, mediante el cual se han desarrollado diferentes modalidades para hacer negocios y que, a lo largo de la presente obra, se continuarán detallando otros aspectos importantes de la influencia de las tecnologías de la comunicación en el derecho.

---

<sup>163</sup> Ley 1480 DE 2011 (octubre 12) Art. 5.16 de Colombia: *Ventas a distancia: Son las realizadas sin que el consumidor tenga contacto directo con el producto que adquiere, que se dan por medios, tales como correo, teléfono, catálogo o vía comercio electrónico.* Accesible en: <https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/es/co/co103es.pdf> (revisado en fecha: 15/03/2021).

<sup>164</sup> Ley No. 29571 Art. 58.2 Código de protección y defensa del consumidor. Accesible en: <http://extwprlegs1.fao.org/docs/pdf/per97486.pdf> (revisado en fecha: 15/03/2021).

<sup>165</sup> Decreto No. 24-2008 Art. 58.- VENTA POR CORRESPONDENCIA Y OTRAS SIMILARES. Es aquella propuesta de venta de bienes o servicios efectuada por medio postal, telecomunicaciones, electrónico o similar y cuya aceptación se realiza por iguales medios. Se prohíbe al proveedor la consignación del número postal como su domicilio. Accesible en: <http://extwprlegs1.fao.org/docs/pdf/hon95005.pdf> (revisado en fecha: 15/03/2021).

#### **2.4. Norma aplicable y jurisdicción en los contratos electrónicos bajo la normativa europea.**

Es válido hacer la observación que no siempre será sencillo lograr determinar qué norma será la aplicable a vínculos contractuales en los que las partes de diferentes países por medio de herramientas tecnológicas. Las particularidades de la red como ser su carácter descentralizado, global, interactivo, además de su accesibilidad desde cualquier parte del planeta, incrementa el número de tribunales estatales potencialmente competentes para conocer de un litigio<sup>166</sup>. En tal sentido, será necesario hacer referencia a las reglas del derecho internacional privado.

El principio de autonomía de la voluntad mantiene su vigencia, también denominada autonomía conflictual<sup>167</sup>, de tal manera, que la elección expresa del foro por las vinculadas en una relación contractual por medios electrónicos continuará siendo de importancia porque cubre de seguridad jurídica la transacción entre sujetos que comercian *on-line* desde diferentes estados<sup>168</sup>.

Expone Oviedo Albán que la naturaleza de la regla general para la determinación del derecho aplicable, tiene un doble alcance, uno material y uno conflictual<sup>169</sup>. Conforme a la autonomía material, las partes pueden determinar el contenido del contrato ante lo cual habrá que reconocer la naturaleza supletiva de las normas legales respectivas<sup>170</sup>, salvo los límites impuestos por las leyes imperativas como lo son las de orden público, como ser la normativa sustantiva en materia penal. Ahora bien, la autonomía

---

<sup>166</sup> Scotti, L. B. (2015). *op. cit.* p. 110.

<sup>167</sup> Oviedo Albán, J. (2012) *La Ley Aplicable a Los Contratos Internacionales* International Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional, núm. 21, julio-diciembre, pp. 117-157, p. 121.

<sup>168</sup> Scotti, L. B. (2015). *op. cit.* p. 113.

<sup>169</sup> Oviedo Albán, J. (2012) *op. cit.* p. 122.

<sup>170</sup> Oviedo Albán, J. (2012) *op. cit.* p. 122.

conflictual hace referencia a que las partes pueden escoger la ley que regirá el contrato<sup>171</sup>.

En otras palabras, el aspecto material permite a las partes desarrollar todas las cláusulas y aspectos del contrato de la manera que estos pacten mientras no sean contrarias a las normas de orden público y el conflictual permite a las partes escoger la norma aplicable que regirá el contrato en caso de controversias. En tal sentido, dicha autonomía genera una seguridad jurídica preventiva y por ello es considerada una de las reglas básicas aceptadas por el Derecho Internacional Privado en materia contractual<sup>172</sup>.

De esta manera, ha mantenido en la práctica comercial la elaboración de cláusulas expresas determinando la elección del foro por las partes. Por ejemplo, en el contexto del MERCOSUR, es importante hacer mención del Protocolo de Buenos Aires de 1994 sobre Jurisdicción Internacional en donde se hace referencia a la elección del foro por escrito por las partes en su artículo 4<sup>173</sup>.

En igual sentido se expresa la Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales (Convención de México de 1994)<sup>174</sup>

---

<sup>171</sup> Oviedo Albán, J. (2012) op. cit. p. 122.

<sup>172</sup> Oviedo Albán, J. (2012) op. cit. p. 123.

<sup>173</sup> MERCOSUR/CMC/DEC N° 01/94: Protocolo de Buenos Aires Sobre Jurisdicción Internacional en Materia Contractual Art. 4: ARTICULO 4: *En los conflictos que surjan en los contratos internacionales en materia civil o comercial serán competentes los tribunales del Estado Parte a cuya jurisdicción los contratantes hayan acordado someterse por escrito, siempre que tal acuerdo no haya sido obtenido en forma abusiva. Asimismo, puede acordarse la prórroga a favor de tribunales arbitrales.* Accesible en: <http://www.sice.oas.org/trade/mrcsrs/decisions/dec0194.asp#PROTOCOLO> Cfr. Scotti, L. B. (2015). op. cit. p. 113.

<sup>174</sup> Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales. Suscrita en México, D.F., México el 17 de marzo de 1994, en la Quinta Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado (CIDIP-V) Accesible en: <https://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/b-56.html> (Revisado en fecha: 16/03/2021).

en cuanto a que *prima facie* el contrato se rige por el derecho elegido por las partes en su art. 7. Además, señala lo siguiente:

*El acuerdo de las partes sobre esta elección debe ser expreso o, en caso de ausencia de acuerdo expreso, debe desprenderse en forma evidente de la conducta de las partes y de las cláusulas contractuales, consideradas en su conjunto. Dicha elección podrá referirse a la totalidad del contrato o a una parte del mismo.*

Es importante mencionar que mediante esta redacción se hace un reconocimiento de la autonomía conflictual desde un instrumento interamericano<sup>175</sup>. Otro detalle interesante que debe ser resaltado es el que apunta Contreras Vaca; que un aspecto no resuelto con claridad en la Convención es lo relativo a si las partes pueden elegir cualquier derecho, sin importar que el mismo no presente ningún punto de contacto con el acuerdo de voluntades o si la normatividad elegida necesariamente debe estar vinculada al mismo. De tal manera que el profesor mexicano concluye que la libertad de las partes para la elección de la norma aplicable al contrato debe ser absoluta, con la única excepción cuando la misma ha sido otorgada de mala fe<sup>176</sup>.

Ahora bien, el art. 9 expone que cuando las partes no determinen de manera expresa el derecho aplicable, o su elección resulte eficaz, el contrato se regirá por el derecho del Estado con el cual tenga los vínculos más estrechos, tendiendo que tomar en cuenta el foro o tribunal todos los elementos objetivos

---

<sup>175</sup> Oviedo Albán, J. (2012), *op. cit.* p.125.

<sup>176</sup> Contreras Vaca, F. J. (1999). Análisis de la Convención Interamericana sobre derecho aplicable a los contratos internacionales. *OPENAIRE*, p. 25. Accesible en: <https://scripta.up.edu.mx/bitstream/handle/20.500.12552/1360/R0010884.pdf?sequence=1&isAllowed=y> (Revisado en fecha 16/03/2021).



y subjetivos que se desprenden del vínculo contractual para hacer la elección del *corpus iuris* adecuado para el conflicto.

Retomando los aspectos relativos al comercio electrónico, en el contexto de la Unión Europea, en la Ley 34/2002 española misma que traspone también la Directiva 31/2000 en su artículo 29 se establece el lugar de celebración de los contratos electrónicos tanto B2B como B2C<sup>177</sup>:

*Lugar de celebración del contrato. Los contratos celebrados por vía electrónica en los que intervenga como parte un consumidor, se presumirán celebrados en el lugar en que éste tenga su residencia habitual.*

*Los contratos electrónicos entre empresarios o profesionales, en defecto de pacto entre las partes se presumirán celebrados en el lugar en que esté establecido el prestador de servicios<sup>178</sup>.*

De esta manera, afirma Castellanos Ruiz que las normas de Derecho internacional privado españolas también se fundamentan en la autonomía conflictual de los contratantes, es decir, que las partes son libres de elegir la ley aplicable a su contrato en el caso de contratos B2B<sup>179</sup>. No obstante, se tiene el elemento novedoso de que, en caso de falta de acuerdo entre las partes, se tendrá en consideración el lugar de establecimiento del prestador de servicios.

---

<sup>177</sup> Castellanos Ruiz, E. (2009) Las Normas de Derecho Internacional Privado Sobre Consumidores en la Ley 34/2002 de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico, Cuadernos de Derecho Transnacional 1(2), 134-159, p. 135.

<sup>178</sup> Cabe mencionar que la Directiva 31/2000 define en art. 2(b) que el prestador de servicios es cualquier persona física o jurídica que suministre un servicio de la sociedad de la información.

<sup>179</sup> Castellanos Ruiz, E. *op cit.* p. 138

Es importante hacer referencia al establecimiento del prestador de servicios, concepto que ha sido desarrollado por la jurisprudencia del TJUE, según el cual el concepto de establecimiento implica la realización efectiva de una actividad económica a través de un establecimiento fijo durante un periodo indeterminado<sup>180</sup>. Tal es el caso cuando se constituye una sociedad que proporciona servicios mediante un sitio en internet. En el caso de relaciones B2C, el caso es diferente considerando que la parte débil de la relación es el consumidor, en tal sentido se da preferencia al domicilio de este para dirimir controversias que surjan de la misma.

De igual manera, otro instrumento de mucha trascendencia es el Convenio sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales de Roma de fecha 19 de junio 1980 (Convenio de Roma)<sup>181</sup>. Dicho *corpus iuris* presenta algunos criterios determinados para localizar el derecho aplicable a las obligaciones contractuales entre empresas de diferentes Estados. Se parte de la regla general de la *Pacta Sunt Servanda*, la cual pregonaba que lo pactado en el contrato es ley para las partes firmantes. En tal sentido, el art. 3.1 del Convenio de Roma I expone lo siguiente:

*Los contratos se regirán por la ley elegida por las partes. Esta elección deberá ser expresa o resultar de manera cierta de los términos del contrato o de las circunstancias del caso. Para esta elección, las partes*

---

<sup>180</sup> Considerando (19) Directiva 2000/31/CE.

<sup>181</sup> Convenio Sobre la Ley Aplicable a Las Obligaciones Contractuales (Versión consolidada) Primer Protocolo Relativo a la Interpretación por el Tribunal de Justicia del Convenio de 1980 (Versión consolidada) Segundo Protocolo por el que se Atribuyen al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas Determinadas Competencias en Materia de Interpretación del Convenio De 1980 (Versión consolidada) (2005/C 334/01) Accesible en:

<https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2005:334:0001:0027:ES:PDF>  
(Revisado en 01/06/2020).

*podrán designar la ley aplicable a la totalidad o solamente a una parte del contrato.*

Ahora bien, en cuanto a la falta de elección de la ley aplicable, conforme a su art. 4, el contrato se regirá por la ley del país con el que presente más vínculos estrechos, continuando con lo desarrollado en relación a la autonomía conflictual. En cuanto a los indicadores de arraigo, el numeral 4.2. de dicho artículo, expone que se presumirá que el contrato presenta vínculos más estrechos con el país en que la parte que deba realizar la prestación característica tenga en el momento de la celebración del contrato, su residencia habitual, o si se tratase de una sociedad mercantil, su administración central.

Por otro lado, dicho cuerpo legal también expone que si una parte del contrato fuera separable del resto del contrato y presenta una vinculación más estrecha con otro país podrá aplicarse, con carácter excepcional, a esta parte del contrato la ley de este otro país. Un ejemplo claro que puede mencionarse es el caso de la cláusula arbitral de un contrato, mismo que puede ser regido por una ley diferente del resto del contrato gracias al principio de separabilidad de la cláusula arbitral<sup>182</sup>.

---

<sup>182</sup>Vid. Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional 1985 con las enmiendas aprobadas en 2006 Art 7. Ley Modelo de UNCITRAL para el Arbitraje Comercial Internacional: [...] El acuerdo de arbitraje podrá adoptar la forma de una cláusula compromisoria incluida en un contrato o la forma de un acuerdo independiente. Art. 16: Facultad del tribunal arbitral para decidir acerca de su competencia 1) El tribunal arbitral estará facultado para decidir acerca de su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o a la validez del acuerdo de arbitraje. A ese efecto, una cláusula compromisoria que forme parte de un contrato se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del contrato. La decisión del tribunal arbitral de que el contrato es nulo no entrañará ipso jure la nulidad de la cláusula compromisoria. Accesible en: [https://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/ml-arb/07-87001\\_Ebook.pdf](https://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/ml-arb/07-87001_Ebook.pdf) (Revisado en fecha: 01/06/2020).

Hay que hacer mención a la Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales (Nueva York, 2005)<sup>183</sup>, la cual tiene la finalidad de eliminar los obstáculos jurídicos y regular el empleo de las comunicaciones electrónicas en relación con la formación o el cumplimiento de un contrato entre partes cuyos establecimientos estén en distintos Estados<sup>184</sup>, y al igual que la CISG, es exclusiva para relaciones comerciales internacionales en relaciones B2B<sup>185</sup>. Conforme a su art. primero, dicha normativa será aplicable al empleo de las comunicaciones electrónicas en relación con la formación o el cumplimiento de un contrato cuyos establecimientos estén en distintos Estados.

En cuanto a las relaciones B2C, la autonomía de la voluntad no es tan abierta. Lo anterior en virtud que se intenta favorecer al consumidor para evitar que el empresario haga imposiciones en detrimento de sus intereses<sup>186</sup>. En este sentido, RR I<sup>187</sup> en su art. 6 se expone que el contrato se regirá por la ley elegida por los contratantes si se verifican las condiciones contenidas en el art.

---

<sup>183</sup> Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales. Accesible en: [https://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/electcom/06-57455\\_Ebook.pdf](https://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/electcom/06-57455_Ebook.pdf) (Revisado en fecha 01/05/2020).

<sup>184</sup> Menéndez Mato & Santa Cecilia, M. E. (2014) *op. cit.* p. 197. *Vid.* Nota explicativa de la Secretaría de la CNUDMI sobre la Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales Accesible en (revisado el 18/06/18):

[https://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/electcom/06-57455\\_Ebook.pdf](https://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/electcom/06-57455_Ebook.pdf)

<sup>185</sup> Menéndez Mato & Santa Cecilia, M. E. (2014) *op. cit.* p. 217. *Vid.* Artículo 1. Ámbito de aplicación 1. La presente Convención será aplicable al empleo de las comunicaciones electrónicas en relación con la formación o el cumplimiento de un contrato entre partes cuyos establecimientos estén en distintos Estados.

<sup>186</sup> Castellanos Ruiz, E. *op cit.* p. 138.

<sup>187</sup> 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). Accesible en: <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:177:0006:0016:ES:PDF> (Revisado en fecha 01/05/2020).

6.2<sup>188</sup> y en su defecto por la ley del país de la residencia habitual del consumidor<sup>189</sup> cuando dicha elección no acarrea para el consumidor la pérdida de protección que le proporcionen disposiciones que no puedan excluirse mediante acuerdo en virtud de la ley.

De igual manera, se deberá referirse al Art. 5.2 del Convenio de Roma I, mismo que expone que, la elección de la ley aplicable al contrato por las partes no podrá privar al consumidor de protección que le garantizarían la normativa de protección al consumidor de su país de residencia, cuando se de alguna de estas circunstancias:

*Si la celebración del contrato hubiera sido precedida, en ese país, por una oferta que le haya sido especialmente dirigida o por publicidad, y si el consumidor hubiera cumplimentado en ese país los actos necesarios para la celebración del contrato, o*

*Si la otra parte contratante o su representante hubiera recibido el pedido del consumidor en ese país, o*

*Si el contrato fuera una venta de mercancías y el consumidor hubiera ido de ese país a un país extranjero y hubiera pasado el pedido, a condición de que el viaje hubiera sido organizado por el vendedor con el fin de incitar al consumidor a comprar.*

---

<sup>188</sup> Art. 6.2. Reglamento de Roma I: 2. No obstante lo dispuesto en el apartado 1, las partes podrán elegir la ley aplicable a un contrato que cumple los requisitos del apartado 1, de conformidad con el artículo 3. Sin embargo, dicha elección no podrá acarrear, para el consumidor, la pérdida de la protección que le proporcionen aquellas disposiciones que no puedan excluirse mediante acuerdo en virtud de la ley que, a falta de elección, habría sido aplicable de conformidad con el apartado 1.

<sup>189</sup> Castellanos Ruiz, E. *op cit.* p. 138.

Por tanto, en términos generales, una vez seleccionada la ley aplicable por las partes, y si esta no coincide con la ley de consumo del país en que el consumidor tenga su residencia habitual, y se presenta una de las situaciones *supra* citadas, regirán los preceptos nacionales del consumidor en cuanto a sus derechos como tal.

De esta manera, una empresa española tiene un contrato de consumo en línea con un cliente de origen italiano, y estos escogen la norma de protección al consumidor del Estado español como norma aplicable al contrato. Ahora bien, resulta que la empresa ibérica, recibió el pedido del consumidor en tierras italianas, aplicando así el segundo caso expuesto por el Art. 5.2. y resulta que el apartado relativo al derecho a la información que tiene el consumidor existente en la norma italiana no coincide con la de España, inclusive presenta más garantías para el mismo en su condición antes mencionada, por tanto, en cuanto al derecho de información, se aplicaría la norma de la península itálica en lugar de la ibérica. Es importante acotar que el consumidor europeo será protegido siempre bajo este precepto cuando hablamos de *e-commerce*, tomando en consideración que el negocio se cerrará usualmente en el país de residencia del comprador.

Ahora bien, en cuanto a la determinación del órgano judicial competente en caso de surgir un contrato concluido en internet, en el caso de la UE deberá acudir al Reglamento (CE) no. 44/2001<sup>190</sup>, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, en vigor desde el 1 de marzo de 2002, y que sustituye, entre los

---

<sup>190</sup> REGLAMENTO (CE) No 44/2001 DEL CONSEJO de 22 de diciembre de 2000 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. Accesible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:02001R0044-20081204&from=EN> (Revisado en fecha 01/05/2020).

Estados miembros de la UE, la mayor parte de las disposiciones de la Convención de Bruselas de 1968.<sup>191</sup>

De acuerdo con el Reglamento supra citado, se sigue ofreciendo como regla general la competencia del juez del domicilio del demandado; salvo cuando este se esté ante un contrato de consumo. En concreto, se debe hacer mención de los artículos 15-17 referentes a la competencia en materia de contratos celebrados por los consumidores<sup>192</sup>.

## **2.5. Conclusiones Primera Parte**

Como se observa, a lo largo de los primeros dos capítulos, se ha indagado y estudiado el contexto de la sociedad del siglo XXI y las diferentes maneras en las que se desarrolla el comercio internacional en la actualidad bajo la cobija de la prosperidad de la tecnología que tanto caracteriza la sociedad de la información, la Cuarta Revolución Tecnológica dominada por la economía colaborativa y la automatización de procesos. De esta manera, se hace referencia a la importancia que tendrá la debida regulación de las particularidades de nuevos modelos tecnológicos emergentes.

Además, fue importante hacer referencia al contexto de la pandemia del COVID-19 con referencias estadísticas pertinentes a la presente investigación, el cual obligó a muchas naciones a adaptarse a modelos de comercio electrónico en aras de rescatar la economía la cual ya se encontraba sustancialmente dañada por las medidas de diferente naturaleza tomadas por los gobernantes en varios continentes que se ha mantenido vigente desde el año 2020.

---

<sup>191</sup> Menéndez Mato & Santa Cecilia, M. E. (2014) *op. cit.* p. 217.

<sup>192</sup> *Idem.*

Ahora bien, entrando en materia del derecho contractual, en los primeros apartados del capítulo primero se pretendió hacer apuntes relativos al fundamento filosófico del derecho contractual, donde la mayoría de las teorías más aceptadas parten de un fundamento deóntico relativo a la autonomía y libertad contractual que tiene el hombre en la sociedad. Esto sin obviar la importancia de las teorías económicas mismas que parten de un principio de maximización de la riqueza que si bien no son consideradas las teorías principales de la materia en estudio, representan también el fundamento teleológico de la actividad comercial, la cual en esencia es el flujo de capital, bienes y servicios con fines de lucro.

Posteriormente, se pretendió presentar las diferentes normas de DIPr aplicadas a los contratos electrónicos (tanto B2B como B2C) en diferentes regiones, ratificando de esta manera, la importancia de la autonomía de las partes para determinar la norma aplicable al contrato y de esta manera evidenciar la influencia de las teorías deónticas del contrato en la realidad jurídica actual tomando en consideración que la autonomía contractual y sus múltiples facetas son trascendentales para el *íter* contractual en el contexto en el que se desarrolla el comercio internacional en la actualidad. Esto sin perjuicio de las particularidades del derecho de consumo en donde se pretende regular a manera de reforzar las desigualdades existentes entre las partes en la relación de consumo y la denominada asimetría comercial existente.

El comercio electrónico y las diferentes modalidades contractuales que han surgido en ese contexto han tenido un amplio desarrollo, tal y como se ha explorado en cuanto al contrato a distancia. De igual manera, habiendo expuesto múltiples aspectos de la contratación electrónica y normas de derecho internacional privado se puede concluir que los principios del comercio se mantienen vigentes y su relevancia es evidente considerando los rápidos



***NUEVOS RETOS DE LA CULPA IN CONTRAHENDO, LA FASE PRECONTRACTUAL EN LA CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA Y SU REGULACIÓN.***

---

avances tecnológicos que existen en la actualidad de tal manera que en cuanto a estos se les seguirá mencionando a lo largo de la presente obra.

## **SEGUNDA PARTE: NATURALEZA DE LA ETAPA PRECONTRACTUAL**

### III. Delimitación Conceptual de Etapa Precontractual.

A lo largo de la primera parte de la presente obra se detallaron bastantes elementos contextuales de los últimos años además de las bases del comercio electrónico además de las principales reglas del DIPr pertinentes en materia contractual en una serie de instrumentos internacionales. Comprendiendo los elementos antes expuestos, se facilitará la comprensión de lo concerniente a la etapa de negociaciones o periodo precontractual al cual la presente obra hará mayor énfasis.

En esta etapa las partes se encuentran en una relación negocial con la finalidad de formalizar un contrato<sup>193</sup> el cual contendrá reglas puntuales y una contraprestación determinada por lo desarrollado en él. Preliminarmente, la fase precontractual se percibe como un periodo preparatorio previo al perfeccionamiento del contrato o como el espacio en el que aquellas cuestiones que pueden surgir desde el momento en que las partes comienzan a negociar partiendo de simples conversaciones preliminares.

En tal sentido, surgen varias interrogantes como ser, ¿Cuándo comienza la etapa precontractual? ¿Cuál es el límite de dicho periodo? ¿Qué clase de actos jurídicos pueden surgir en la misma? A fin de buscar responder estas preguntas se parte del concepto de etapa precontractual exteriorizado por los estudiosos del derecho comercial internacional, y entre ellos se encuentra la profesora Rodríguez De Las Heras, quien expone que:

*La definición de la fase precontractual se topa con las dificultades derivadas de su heterogeneidad, la indeterminación sobre su inicio y*

---

<sup>193</sup> Cartwright, J. & Hesselink, M. (Eds.) (2009) "Conclusions" Precontractual Liability in European Contract Law Cambridge University Press. New York p. 449.

*duración, la pluralidad de actos, negocios y situaciones que pueden concurrir y la necesidad de identificar en actuaciones de tipo social la necesaria finalidad precontractual. Es, ciertamente, un conjunto heterogéneo de tratos, actos previos, negociaciones, intercambio de información, contratos preliminares y otras actuaciones de más difícil aprehensión*<sup>194</sup>.

En la misma línea expone Monsalve Caballero que, dicha etapa se encuentra conformada por un periodo de preparación o de simples tratativas, o tratos preliminares. Se trata de un periodo preparatorio, que da como resultado una serie de actos, de los cuales surge el consentimiento contractual<sup>195</sup>. DE igual manera considera que la negociación es un momento esencial del *iter* formativo del contrato, en cuanto direcciona a iniciar, mantener, proseguir un contacto entre las partes, a mirar varios puntos que de vez en vez van a estar en discusión, a solucionar los obstáculos que se pueden presentar y a determinar aquellos que podrían ser los requisitos de la cláusula del contrato<sup>196</sup>.

Como se observa, partiendo de los conceptos anteriores, se intuyen la gran variedad de actos que se pueden dar en esta etapa como ser simples tratos o contactos previos, solicitudes de información, materiales o mensajes comerciales, declaraciones entre otros; caracterizándose esencialmente como impredecible, donde cada caso se puede desarrollar de maneras muy distintas y estos hacen que su estudio no sea tan fácil en relación a las otras etapas del *iter* contractual. Siempre en el ámbito jurídico español, el Tribunal Supremo ha

---

<sup>194</sup> Rodríguez de las Heras Ballell (2015) *op. cit.* p. 1805.

<sup>195</sup> Monsalve Caballero, V. (2010) *op. cit.* p. 75.

<sup>196</sup> Monsalve Caballero, V. (2010) *op. cit.* p. 77.

expuesto en su jurisprudencia que la etapa precontractual es una “nebulosa y desde luego evanescente”<sup>197</sup>.

Retomando el pensamiento de Rodríguez de las Heras, ella expone que existen dos criterios claros que permiten delimitar la etapa precontractual: un criterio temporal y un criterio finalista. El criterio temporal se refiere a que la etapa precontractual es lógicamente previa a la perfección del contrato y, por ello, forman parte de esta, los actos, negocios y contratos preliminares que surgen del acuerdo de voluntades buscado por las partes<sup>198</sup>.

Por otro lado, el criterio finalista refiere a que estos actos previos están destinados y dirigidos a alcanzar el acuerdo definitivo para el que las partes negocian<sup>199</sup>. En tal sentido continúa exponiendo que esta razón finalista o instrumental permite juntar actos de naturaleza muy diversa pero orientados a un mismo fin compartido. En la praxis, el contrato alcanzado finalmente puede no responder a las expectativas con las que una de las partes o ambas iniciaron las negociaciones e incluso desviarse de las condiciones que esperaban lograr, pero esto es un efecto normal del proceso negocial<sup>200</sup>.

Por ello, concluye la profesora antes citada que el criterio finalista se refiere a la idea de que los actos realizados en la fase precontractual, aún incluso de naturaleza contractual, tienen una función instrumental y no son buscados por las partes en sí mismos sino por su orientación hacia el acuerdo final y en la medida en que se presenten como facilitadores del mismo<sup>201</sup>. En otras palabras, los diferentes actos jurídicos que surgen en la etapa previa son

---

<sup>197</sup> TS (Sala de lo Civil) Sentencia num. 1091/1999 de 16 diciembre RJ\1999\8978

<sup>198</sup> Rodríguez de las Heras Ballell (2015) op. cit. p. 1806.

<sup>199</sup> *Idem*.

<sup>200</sup> *Idem*.

<sup>201</sup> *Idem*.

inherentes al proceso de formación contractual además que son los principales insumos para poder perfeccionar el contrato final.

Monsalve Caballero también plantea a partir de los argumentos de Von Thur y Bagolini, y presenta las bases de la relación entre las partes durante las negociaciones y expone que esta se produce entre los futuros contratantes de la que derivan ciertos deberes; deberes que no versan precisamente sobre el cumplimiento del contrato que todavía no existe, sino sobre su conducta mutua en el transcurso de dichas negociaciones<sup>202</sup>.

Por otro lado, Bagolini habla de la existencia de una “relación jurídica precontractual”, que se encuentra conformada por los contactos efectuados por los componentes del núcleo social, los cuales se hallan acotados por el ordenamiento jurídico (relación de derecho) y gracias a esa sistematización se imponen derechos, se cumplen deberes jurídicos correlativos y se ven las partes afectadas por limitaciones<sup>203</sup>. De tal manera se observa que la academia identifica que durante la etapa previa al perfeccionamiento del contrato ya existe una relación que produce derechos y obligaciones no necesariamente de índole contractual.

De esta manera conforme a los argumentos antes expuestos, es importante reconocer que la etapa precontractual representa el periodo en el cual se desarrollan los primeros acercamientos y se intercambia información esencial con la finalidad de perfeccionar un contrato; además en dicha etapa pueden germinar una serie de actos heterogéneos que resultan ser instrumentales para el fin de dicho proceso. Varios de los autores citados concuerdan que en

---

<sup>202</sup> Monsalve Caballero, V. (2010) *op. cit.* p. 82, citando a Von Thur, A. (1934), “Tratado de las obligaciones”, tomo I (Madrid), pág. 142.

<sup>203</sup> Monsalve Caballero, V. (2010) *op. cit.* 81. Citando a BAGOLINI, L., “Notas acerca de la relación jurídica”, A.D.C., 1950, tomo I, págs, 7 y ss

dicho periodo ya existe un vínculo jurídico que genera ciertos deberes y obligaciones para las partes involucradas.

Ahora bien, otro principio vital en la etapa de negociaciones es la libertad contractual, en el cual las partes son libres de contratar y de dar su consentimiento en relación a negocios que representen un beneficio para estos. No obstante, dicho principio tiene sus limitantes. Para comprender sus limitantes será necesario indagar en el concepto de la libertad contractual.

### **3.1. La libertad contractual**

Es de vital importancia analizar el concepto de la libertad contractual a fin de poder entender la naturaleza de la responsabilidad en la etapa de formación del contrato, en virtud de que este principio contribuye a crear un “balance jurídico” con la finalidad de desarrollar una doctrina adecuada y eficaz en la práctica. Anticipadamente, se tiene la noción general que el principio pregona que las partes tienen la libertad de entrar en negociaciones y también puede retirarse de ellas sin responsabilidad alguna promoviendo el libre mercado entre las personas.

Dicho principio parte de los principios emanados por el liberalismo francés que fueron recogidos por los Código Napoleónico, fundamentado en el *laissez faire*, *laissez passer* y el *pacta sunt servanda*, por tanto, las obligaciones voluntariamente asumidas por las partes deben ser cumplidas hasta sus últimas consecuencias<sup>204</sup>.

En la concepción tradicional, la libertad contractual y el poder de autonomía tenían su fuente en la ley<sup>205</sup>. A partir de este argumento plantea Díez-Picazo la

---

<sup>204</sup> Castrillon Y Luna, V. (2008). La libertad contractual. *Revista de la Facultad de Derecho de México*, 58(250), 155-181. p. 165.

<sup>205</sup> Díez-Picazo y Ponce de León, L. (2004) “Contrato y Libertad Contractual” *Themis Revista de Derecho* 49, pp. 7-14, p. 12.

pregunta referente a si existe hoy en día un fundamento supra legal, más precisamente constitucional, de la libertad contractual. De esta manera, concluye que la libertad personal presenta un fuerte anclaje en la Constitución. En este sentido, el reconocimiento de la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la misma impone la referida libertad, porque solo se reconoce la dignidad de la persona si se permite autorregular su marco de interés<sup>206</sup> tal y como es reconocido por las teorías deónticas del derecho de contratos. Al mismo tiempo, se fundamenta en la libertad de mercado consagrada en múltiples constituciones impone un sistema de libertad contractual<sup>207</sup>.

El negocio jurídico aparece como la expresión técnica del reconocimiento de la autonomía privada como fuente creadora de efectos jurídicos. Por tanto el negocio jurídico constituye el medio fundamental de realización de la autonomía de la voluntad<sup>208</sup>. De esta manera, en el sistema de contratación civil, las manifestaciones más importantes de la autonomía de la voluntad son la libertad de contratar y la libertad contractual<sup>209</sup>.

Ahora bien, la denominada libertad de contratar, o libertad de conclusión, representa la facultad que tiene toda persona de celebrar o no un contrato en las condiciones que considere pertinente. Por su parte, la libertad contractual o libertad de configuración interna, es la facultad de determinar libremente los términos y condiciones de un contrato con fundamento en la libertad personal; no obstante, no es absoluta, si no que se limita al respeto de la otra parte<sup>210</sup>. En palabras de Díez-Picazo, la libertad contractual no puede ser omnimoda<sup>211</sup>,

---

<sup>206</sup> Díez-Picazo y Ponce de León, L. (2004) *op. cit.* p. 12

<sup>207</sup> *Idem.*

<sup>208</sup> Hernández Fraga, K. & Guerra Cosme, D. (2012) "El Principio de Autonomía de la Voluntad Contractual Civil. sus Límites y Limitaciones". REJIE: Revista Jurídica de Investigación e Innovación Educativa Núm.6, junio 2012, pp. 27-46, p. 28.

<sup>209</sup> Hernández Fraga, K. & Guerra Cosme, D. (2012) *op. cit.* p. 31.

<sup>210</sup> *Idem.*

<sup>211</sup> Díez-Picazo, L. (1996) *op. cit.* p. 128.



la misma siempre se encontrará con la limitante de que los pactos, cláusulas y condiciones negociadas por las partes "no sean contrarias a las leyes, a la moral ni al orden público"<sup>212</sup>.

En primer término, la limitación legislativa implica la prohibición de determinado tipo contractual efectuando de manera paralela un control constitucional de la norma. En cuanto a la moral, en si misma considerada un conjunto de convicciones de orden ético y social imperantes en un determinado momento histórico, con carácter general en la comunidad jurídica<sup>213</sup>, en tal sentido, quedan prohibidos los contratos inmorales; y la inmoralidad del contrato afecta a la causa del mismo y lo hace ineficaz o nulo<sup>214</sup>.

En cuanto a la limitación relacionada al orden público, es importante mencionar que conforme al 1255 del CCE, pertenecen a esta categoría las materias estrictamente situadas dentro del orden constitucional que no pueden quedar impedidas o menoscabadas por los pactos o contratos de los particulares, aunque en ellos intervenga el mismo sujeto afectado; materias tales como los derechos fundamentales y las libertades básicas del ser humano<sup>215</sup>. En este sentido, no sería viable una negociación de un contrato que limite la libre locomoción de particulares, por ejemplo. De igual manera, se incluirán los casos en los cuales existe un daño a la otra parte, resultando en un acto antijurídico.

Ahora bien, Castrillón y Luna expone que dicha libertad se manifiesta en la voluntad autónomamente expresada, que determina el establecimiento de las estipulaciones que las partes se otorgan de manera libre, pudiendo, en ciertos

---

<sup>212</sup> Díez-Picazo, L. (1996) *op. cit.* p. 128.

<sup>213</sup> *Idem.* p. 129.

<sup>214</sup> *Idem.*

<sup>215</sup> *Idem.* p. 130,

casos, hacer exclusión parcial o total de la norma jurídica, y son obligatorias para ellas desde el punto de vista jurídico<sup>216</sup>.

Es importante mencionar que la misma toma un carácter internacional<sup>217</sup> considerando en primer término, el comercio globalizado gracias a las nuevas tecnologías y la tipificación en la actualidad de diferentes delitos informáticos como novedosas modalidades de fraudes electrónicos; por otro lado, se debe considerar la normativa del *lex fori*<sup>218</sup> escogida por las partes.

Habiendo expuesto lo anterior, es importante mencionar que su reconocimiento es amplio en los estados de tradición civil<sup>219</sup>, y se encuentra consagrado en instrumentos de *soft law* tales como los Principios UNIDROIT<sup>220</sup>, los principios PECL<sup>221</sup>, o en la CISG<sup>222</sup> y los mismos explican la tendencia del derecho

---

<sup>216</sup> Castrillon Y Luna, V. (2008). *op. cit.* p. 155.

<sup>217</sup> Scotti, L.B. (2015) *op. cit.* p. 180.

<sup>218</sup> *Idem.* p. 181.

<sup>219</sup> Artículo 1255 CCE: Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público.

<sup>220</sup> ARTÍCULO 1.1 (Libertad de contratación) Las partes son libres para celebrar un contrato y para determinar su contenido.

<sup>221</sup> Article 1:102: Freedom of Contract (1) Parties are free to enter into a contract and to determine its contents, subject to the requirements of good faith and fair dealing, and the mandatory rules established by these Principles. (2) The parties may exclude the application of any of the Principles or derogate from or vary their effects, except as otherwise provided by these Principles. *Cfr.* Governatori, G., Idelberger, F., Milosevic, Z., Riveret, R., Sartor, G., & Xu, X. (2018). On legal contracts, imperative and declarative smart contracts, and blockchain systems. *Artificial Intelligence and Law*, 26(4), 377-409, p. 782. "Any legal entities are in principle free to form contracts with any content".

<sup>222</sup> Nota explicativa de la Secretaría de la CNUDMI acerca de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías Parte I. Ámbito de aplicación y disposiciones generales A. Ámbito de aplicación [...] 12. El principio básico de la autonomía contractual, en la compraventa internacional de mercancías, está reconocido por la disposición que permite que las partes excluyan la aplicación de la Convención o modifiquen los efectos de cualquiera de sus disposiciones. Esta exclusión tendrá lugar, por ejemplo, cuando las partes declaren aplicable a su contrato la ley de un Estado no contratante, o el derecho substantivo interno de un Estado contratante. La Convención dejará de ser aplicable siempre que una estipulación del contrato se aparte de lo dispuesto en la Convención. Accesible en:

moderno que pretende la uniformidad además que los mismos se inspiran en la idea de que es preferible facilitar la contratación<sup>223</sup>.

Habiendo expuesto y desglosado conceptualmente la libertad contractual y su fundamento en la autonomía de la persona, además de las diferentes limitantes existentes para su desarrollo, es pertinente comenzar a analizar los diferentes actos que se desarrollan a lo largo de la etapa precontractual.

### **3.2. Los Tratos Preliminares**

La emisión de la oferta precede un periodo de tanteos preliminares, en los que ambas partes o una de ellas hacen cálculos y valoran posibilidades, para señalar los eventuales términos en los que cabría o convendría concluir el contrato<sup>224</sup>. Tanto estos denominados tanteos preliminares como la oferta contractual se encuentran contenidos en la etapa precontractual.

La relación jurídica precontractual se halla integrada por un elemento objetivo y uno subjetivo. El elemento subjetivo lo constituyen el conjunto de actos, conversaciones, contactos etc., que forman la etapa *in contrahendo*. Mientras que el elemento objetivo viene siendo la buena fe *in contrahendo*, aquella que exige que las partes actúen de conformidad a la buena fe. Toda esta actividad o proceso que no es puramente fáctico, forma lo que en la técnica germánica se denomina como contrato social, el cual se instaura entre las partes durante la preparación del contenido del eventual negocio<sup>225</sup>. Al respecto, afirma Valés Duque que la totalidad de la doctrina española señala al contacto social como

---

<https://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/sales/cisg/V1057000-CISG-s.pdf> (Revisado en fecha 06/06/2020).

<sup>223</sup> Díez-Picazo y Ponce de León, L. (2004) *op. cit.* p. 13.

<sup>224</sup> Valés Duque (2012) *op. cit.* p. 56, citando a Albaladejo García, M. "Derecho Civil" Tomo II, Derecho de Obligaciones, 11ª Edición Barcelona, José María Bosch, 2002 p. 337.

<sup>225</sup> Monsalve Caballero, V. (2010) *op. cit.* p. 86.

característica fundamental de los tratos preliminares desencadenantes de una evidente relación social entre las partes contratantes.<sup>226</sup>

La referencia más antigua en cuanto a los tratos preliminares aparece en los escritos de la época de la república romana bajo el nombre de *tractus*. Cauder Salomon Augustus, delimitó los tratos preliminares como las proposiciones precedentes al acuerdo, con las cuales las partes, sin intención de obligarse, se comunicaban recíprocamente el propósito de contratar<sup>227</sup>.

De este concepto se observa que estos tratos no implicaban una obligación para las partes, no obstante, no queda claro cuál es su verdadero alcance. El maestro Díez-Picazo amplía su explicación al exponer que los tratos preliminares son “*los actos que los interesados y sus auxiliares llevan a cabo con el fin de elaborar, discutir y concertar el contrato*”<sup>228</sup>. Por otro lado Hilsenrad define los tratos preliminares como “*toda la serie de cuestiones que se derivan desde el momento que dos o más personas, se ponen en relación de contratar, son estudiadas bajo el concepto de negocios preparatorios jurídicos*”<sup>229</sup>. De tal manera que los denominados tratos preliminares, *tratatives* o *pourparlers*<sup>230</sup> en palabras de Alonso Pérez, constituyen la “materia prima” para facilitar la conclusión del negocio y la elaboración del contrato<sup>231</sup>.

Continúa exponiendo el español que estos tratos carecen de una visión integral y definitiva de la relación jurídica contractual que se debate y solo existen perspectivas incompletas, acuerdo, en todo caso, sobre aspectos parciales<sup>232</sup> y concluye que la fase previa es, ante todo, preparatoria, esencialmente

---

<sup>226</sup> Valés Duque (2012) *op. cit.* pp.58-59.

<sup>227</sup> Monsalve Caballero, V. (2010) *op. cit.* p. 82.

<sup>228</sup> Díez-Picazo, L. (1970) *op. cit.* p. 271.

<sup>229</sup> Monsalve Caballero, V. (2010) *op. cit.* p. 77.

<sup>230</sup> Borda, A. (2014) La buena fe en la etapa precontractual, 129 *Vniversitas*, 39-80 p. 59.

<sup>231</sup> Alonso Pérez, M. (1971) *op. cit.* p. 861.

<sup>232</sup> *Idem.* p. 860.

destinada a remover obstáculos, además, implica un debate en torno al contenido del posible contrato, y esto supone aproximación de puntos de vista entre los eventuales contratantes, inicialmente distantes y opuestos<sup>233</sup>.

Dichos actos se materializan con el inicio de las conversaciones o primeros acercamientos, hasta antes de la presentación de la oferta de contrato<sup>234</sup>, y por medio de los mismos, se busca alcanzar finalmente un acuerdo que satisfaga las exigencias de ambas partes, que en muchas ocasiones es solo factible cuando se ha renunciado recíprocamente a diferentes factores. Ante las modernas formas de contratación, es incluso muy común que en la actualidad se adelanten los acercamientos o negociaciones por internet, sin decir lo anterior, que pueden consagrar o albergar en principio verdaderas declaraciones de voluntad<sup>235</sup>.

Carreño Mendoza resume y señala que en cuanto a la delimitación temporal de la negociación precontractual, para un sector de la doctrina, existen dos etapas sucesivas e independientes, los tratos previos y la oferta posición defendida por Monsalve Caballero y la Corte Suprema colombiana que las distingue a partir de su finalidad<sup>236</sup>. Para la otra posición existen razones jurídicas y prácticas que recomiendan una visión integral de la etapa

---

<sup>233</sup> Alonso Perez, M. (1971) *op. cit.* 860

<sup>234</sup> Arbeláez García, A. D. (2014) Capítulo III. Naturaleza de la Responsabilidad Precontractual, Garcés Vásquez, P. A. (Ed.), EL CONSENTIMIENTO: Su formación y sus vicios: Institución Universitaria de Envigado p. 86. URL: <https://www.iue.edu.co/portal/documentos/fondo-editorial/ElConsentimiento-Suformacionyicio.pdf> (Revisado en fecha: 29/07/2020). En esta línea de ideas, Reyes Eloy enfatiza que una parte de la doctrina considera que los tratos preliminares preceden normalmente a la oferta y están dirigidos a conseguir la proposición de una oferta concreta, *Vid.* Reyes Eloy, J. “Los tratos preliminares: Una aproximación a la formación del contrato” *Revista de Ciencias Jurídicas PUCMM*, Vol. II No. 3 julio-septiembre 39-53, p. 42.

<sup>235</sup> Monsalve Caballero, V. (2010) *op. cit.* p. 84.

<sup>236</sup> Carreño Mendoza, S. C. (2015). La negociación precontractual: su delimitación en el iter contractual/precontractual. *Global Iure*, 3, pp. 79-91, p. 84, citando Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencias de 8 de marzo de 1995. MP. Pedro Lafont, exp. 4473 y 12 de agosto de 2002. MP. José Fernando Ramírez. exp. 6151.

precontractual, pues responde en mejor medida a la complejidad propia de toda negociación entendiéndola como un proceso dinámico<sup>237</sup>.

Por otro lado, Monsalve Caballero expone que existen dos tipos de actos constitutivos de los tratos. Por un lado, están aquellos tratos preparatorios de un contrato que posteriormente será celebrado y de otro, aquellos tratos que agotándose en sí mismos no conducen a la celebración de contrato alguno. Para el tratadista solo los primeros hacen parte de la primera fase de la vida de un contrato. Situación que se comparte en todo si se hace un análisis a lo antes dicho desde una posición estrictamente contractual, cuya valoración solo es posible realizar *a posteriori*<sup>238</sup>. Por tanto, finaliza exponiendo que:

*“aunque debe valorarse jurídicamente como un todo unitario, hace parte de una de las tres etapas estacionales del acuerdo jurídico (la formación, la generación, y la consumación supra indicadas), las cuales suponen que, con el inicio de la etapa de formación, nace toda una cadena denominada como el iter contractual”<sup>239</sup>.*

Otro sector de la academia, han diferenciado las tratativas preliminares y las tratativas preliminares avanzadas. En este sentido, las primeras son las que se desarrollan a partir de los deberes que surgen de la buena fe entre las partes como ser el deber de información, confidencialidad, custodia. Mientas que las avanzadas se hace referencia a la necesidad de no romper intempestivamente, y sin justificación alguna la negociación que por su desarrollo ha permitido crear en las partes una confianza cierta de que el negocio se formalizará, y su frustración generaría responsabilidad<sup>240</sup>.

---

<sup>237</sup> Carreño Mendoza, S. C. (2015). *op. cit.* p. 90 haciendo referencia a Monsalve Caballero (2010)

<sup>238</sup> Monsalve Caballero, V. (2010) *op. cit.* p. 83.

<sup>239</sup> *Idem.* p. 83.

<sup>240</sup> Borda, A. (2014) *op. cit.* p 60, citando a Stiglitz, R. (2010), Contratos civiles y comerciales. Parte general I, 134, 2a ed., Editorial La Ley, Buenos Aires.

Por tanto, podemos afirmar que los tratos preliminares son bastante heterogéneos en cuanto a la manera de realizar las negociaciones previas al perfeccionamiento del contrato. En esencia, estos tratos buscarán encaminar y construir los cimientos de la oferta futuro contrato por lo que la comunicación entre las partes será esencial durante este periodo, “generalmente”, sin crear obligaciones entre las partes por lo cual su carácter instrumental es latente en los conceptos desarrollados por la doctrina.

### **3.2.1. ¿Tienen efectos jurídicos los tratos preliminares?**

Habiendo expuesto lo anterior, reconociendo el carácter instrumental de los tratos preliminares para la construcción de la oferta contractual, es razonable analizar cuáles son sus efectos jurídicos, y si estos pueden generar responsabilidad.

Al respecto, durante décadas se ha defendido la tesis de que los tratos preliminares no tienen efectos jurídicos puesto que adolecen de una intencionalidad vinculante, afirmando entre otras razones, que las partes aquí no poseen el ánimo de contratar y por tanto no producen efectos al tratar de compelerlas a concluir el contrato<sup>241</sup>. Sin embargo, autores como el profesor Alonso Pérez, expresan que existe una relación jurídica entre las partes en la fase de tratos en el cual las negociaciones han llegado a un punto en donde nacen expectativas recíprocas en las partes, las cuales tienen su fundamento en la confianza determinada por la buena fe *in contrahendo*, que en todo momento debe inspirar estos tratos preparatorios en relación al futuro negocio”<sup>242</sup>.

---

<sup>241</sup> Monsalve Caballero, V. (2010) *op. cit.* p. 80.

<sup>242</sup> Alonso Perez, M. (1971) *op. cit.* p. 860.

De tal manera que cuando los tratos preliminares han sido llevados a cabo por una parte sin observancia del principio de buena fe, para después desistir de los mismos de manera injustificada daría *prima facie* fundamentos suficientes para considerar que existe responsabilidad precontractual<sup>243</sup>. En este sentido, se subraya la importancia y trascendencia de la buena fe en la etapa de formación del contrato.

En la jurisprudencia española, es importante citar la STS de 9 de marzo de 1998 [RJ 1998-2372] en el cual se negociaba un contrato colectivo en el sector aéreo. Los peticionarios manejaban la pretensión de que, a pesar del desacuerdo del texto final del convenio, que no se firmó, se habían obtenido acuerdos preliminares vinculantes. Dicha pretensión fue estimada por la Audiencia Nacional estimó la demanda y el Tribunal Supremo español anuló la misma <sup>244</sup>. Por otro lado, en la Sentencia 1091/1999 del Tribunal Supremo Español se hace referencia al origen alemán de la doctrina de los tratos preliminares y su acogida en el derecho español, y la define como el conjunto de actos y operaciones que las partes realizan con el fin de discutir y preparar un contrato<sup>245</sup>.

A partir de dicho antecedente jurisprudencial concluye Valés Duque que se afirman dos reglas generales: En primer lugar, el juez no puede integrar acuerdos con términos abiertos, por tanto, según la Sala, no podrán sustituir por sus propios criterios las conveniencias de las partes, y proceder a integrar el acuerdo incompleto. En segundo lugar, que los acuerdos parciales no son vinculantes para las partes cuando desde el inicio de la negociación existe una predeterminación sobre el conjunto de temas que deben componer el acuerdo

---

<sup>243</sup> Reyes Eloy, J (2014) *op. cit.* p. 49.

<sup>244</sup> Valés Duque (2012) *op. cit.* pp. 63-66.

<sup>245</sup> TS (Sala de lo Civil) Sentencia num. 1091/1999 de 16 de diciembre RJ\1999\8978 Cfr. AP de La Rioja (Sección 1ª) Sentencia num. 24/2020 de 24 enero JUR\2020\100948.



final, y algunos de los extremos no han de ser acordados<sup>246</sup>. De tal manera, se ratifica que los tratos preliminares que no tengan nada que ver con la negociación inicial no serán obligatorios para las partes

Recientemente, en la praxis judicial catalana, en sentencia de 29 de mayo 2020, la Audiencia Provincial de Barcelona hizo nueva referencia se manifestó sobre el alcance y efectos de los tratos preliminares en el *iter* contractual<sup>247</sup>. Describe estos como aquellos que llevan los interesados con el fin de elaborar, discutir y concertar un contrato; afirmando que las conversaciones, proyectos y minutas, no constituyen per se, ningún acto jurídico en *stricto sensu*, pues de ellos no derivan efectos jurídicos de manera inmediata. Detalla también que entre las partes no existe una verdadera relación jurídica, pero si una evidente relación social, que implica la obligación de las partes de comportarse conforme al principio de la buena fe, principio necesario que para cumplir con la lealtad en los tratos preliminares que exigen las convicciones éticas imperantes<sup>248</sup>.

Como se observa en dicha sentencia de adopta el concepto de “relación social” que vincula a las partes con el principio de buena que debe existir entre las partes al momento de realizar las negociaciones y los tratos preliminares, el cual puede desencadenar un daño a una de las partes cuando no es cumplido oportunamente.

---

<sup>246</sup> Valés Duque (2012) *op. cit.* pp. 64-65.

<sup>247</sup> Buades Feliú, J. (08 de junio 2020) Comentario de la sentencia de 29 de mayo de 2020 de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 19, sobre el alcance y efectos obligacionales de los tratos preparatorios o actos preliminares en el “iter” contractual, Bufete Buades Derecho Mercantil y Societario. Accesible en: <https://www.bufetebuades.com/comentario-de-la-sentencia-de-29-de-mayo-de-2020-de-la-audiencia-provincial-de-barcelona-seccion-19-sobre-el-alcance-y-efectos-obligacionales-de-los-tratos-preparatorios-o-actos-preliminares-e/> (revisado en fecha: 28/03/2021)

p. 1.

<sup>248</sup> Buades Feliú, J. (08 de junio 2020) *op. cit.* p. 1.

Consecuentemente, se cita la conclusión de Carreño Mendoza que existen razones jurídicas y prácticas que recomiendan una visión integral de la etapa precontractual, pues responde en mejor medida a la complejidad propia de toda la negociación<sup>249</sup> considerando que a causa de la relación social entre las partes, se dan ciertas obligaciones puntuales entre las partes que pueden generar responsabilidad con fundamento en el principio de buena fe.

### **3.2.2. Conclusiones referentes a los tratos preliminares.**

Conforme a todo lo expuesto se puede afirmar que los tratos preliminares son todos los actos realizados por las partes durante las negociaciones encaminadas precisamente a la formación del contrato. Dichos tratos son instrumentales en la construcción de la oferta contractual del oferente y en consonancia con lo expuesto por Carreño Mendoza, se reitera la posición unitaria del periodo de negociaciones mismo que incluye la presentación de la oferta contractual.

Si bien existe aún el debate si la ruptura de dichos tratos puede producir responsabilidad para la parte causante del rompimiento de las negociaciones en otros sistemas legales, es clara la posición mayoritaria en la doctrina en los países de derecho civil encaminada a la viabilidad del resarcimiento por medio de su vinculación con el principio de buena fe *in contrahendo*. De tal manera que más adelante en la obra se continuará desarrollando los argumentos en cuanto a la buena fe precontractual y sus elementos.

### **3.3. Oferta contractual, consentimiento y la sociedad de la información.**

---

<sup>249</sup> Carreño Mendoza, S. C. (2015). *op. cit.* p. 90

Como se ha reconocido anteriormente, la doctrina ha venido distinguiendo tres periodos de la vida del vínculo contractual: La generación, la perfección, y la consumación<sup>250</sup>. Monsalve Caballero detalla que con el inicio de la etapa de formación, nace la cadena llamada *iter* contractual<sup>251</sup>. En la etapa de generación del contrato, el negocio jurídico debe cumplir con los tres requisitos esenciales para que pueda existir el contrato en los países de derecho civil los cuales han sido ampliamente detallados por la doctrina: el consentimiento de los contratantes, un objeto cierto y la causa de la obligación que se establezca.

Ahora bien, será necesario hacer un par de apuntes relacionados a estos elementos del contrato y su interacción con los paradigmas del comercio electrónico. Preliminarmente, conforme al principio de equivalencia funcional desglosado en el acápite introductorio y los demás principios rectores del comercio electrónico expuestos anteriormente no existirían controversias en cuanto al mecanismo utilizado para su desarrollo y validez. No obstante, se harán algunas observaciones a continuación.

### **3.3.1. Objeto y causa en la contratación por medios electrónicos.**

Conforme al pensamiento Kantiano, a excepción de las personas independientes, todo puede ser objeto de un contrato adquirido. De igual manera, las acciones de otras personas también pueden adquirirse, o sea que se puede transferir contractualmente el uso de determinados poderes y esto da lugar a los derechos oponibles a otras personas propios del derecho contractual<sup>252</sup> el cual describe Hevia como un derecho *in personam* y amplía exponiendo que un particular puede hacer valer este derecho frente a una

---

<sup>250</sup>Monsalve Caballero, V. (2010), op. cit. p. 83.

<sup>251</sup> *Idem*.

<sup>252</sup> Hevia, M. (2014) op. cit. p. 330

persona y que a su vez se tiene una obligación correlativa de cumplir con su obligación<sup>253</sup>.

De igual manera, la profesora Scotti retoma la redacción del Código Civil argentino en su Art. 953, en el cual se expone que *el objeto debe ser determinado, físico y jurídicamente posible, además que no debe ser ilícito, ilegal, contrario a la moral y a las buenas costumbres*. Por lo cual y conforme al pensamiento de la profesora argentina, el objeto no variaría en cuanto a su naturaleza independiente de qué tipo de contrato se realice<sup>254</sup>.

Este mismo principio se adecua en relación a la causa, en donde la profesora gaucha, la define como la “razón de ser del acto, o la finalidad” del contrato y continúa exponiendo que la causa del contrato, es subjetiva, concreta y variable en cada negocio<sup>255</sup>. Por tanto, este punto en concreto no necesitaría un mayor análisis en virtud que la misma no se ve en la necesidad de modificar su naturaleza en relación a los actos jurídicos realizados por vía electrónica. No es así el caso del consentimiento de las partes involucradas, el cual será desarrollado en las siguientes líneas.

### **3.3.2. Presentación de interrogantes concernientes al consentimiento contractual en la red y su influencia en la determinación de la figura contractual.**

La globalización y la evolución de los medios de comunicación, han provocado cambios sustanciales a los principios relativos al otorgamiento del consentimiento de las partes. Conforme a la doctrina privativista, el consentimiento se define como una coincidencia, acuerdo, concurso, o

---

<sup>253</sup> Hevia, M. (2014) *op. cit.* p. 34

<sup>254</sup> Scotti, L. (2015). *Contratos Electrónicos: un estudio desde el derecho internacional privado argentino*. Eudeba. p. 83.

<sup>255</sup> *Idem.* p. 84.

conurrencia de dos o más manifestaciones de la voluntad para la producción de consecuencias jurídicas<sup>256</sup> sobre un punto de interés<sup>257</sup>. En este sentido, expone Rojas Amandi que:

*La manifestación de voluntad implica tanto una voluntad consciente, como una conducta observable de una persona capaz de dar a conocer a la contraparte su intención de que se produzcan consecuencias de derecho<sup>258</sup>.*

A partir de este argumento, concluye Rojas Amandi que existe un elemento subjetivo consistente en “*una voluntad consciente de producir consecuencias de Derecho*” y uno objetivo referente a “*una conducta observable que tiene por objeto expresar dicha voluntad*”. De esta manera, será un presupuesto de validez del consentimiento la coincidencia entre la voluntad y la conducta que sirve para expresarla<sup>259</sup>.

Por otro lado, como efecto del apogeo del comercio electrónico, el consentimiento exteriorizado por las partes no se otorga únicamente entre presentes, también se podrá realizar a través de la gran gama de instrumentos que la sociedad de la información ha presentado. En este orden de ideas, Hocsman esboza que en la contratación electrónica se pueden encontrar una

---

<sup>256</sup> Rojas Amandi, V. M. (2007). El perfeccionamiento del consentimiento en la contratación electrónica. *Revista de la Facultad de Derecho de México*, 58(249), 253-290, p. 255. En similar línea de ideas se manifiestan Castro Ayala, J.G. & Calonje Londoño, N.J. (2015) “Derecho de Obligaciones: Una aproximación a la praxis y a la constitucionalización” *Derecho Civil*, Universidad Católica de Colombia p. 126.

<sup>257</sup> Rojina Villegas, R. (1998) *Compendio de Derecho Civil: Teoría General de las Obligaciones* México D. F. Editorial Porrúa, Vigésima Primera Edición, p. 52. En la misma línea, define el consentimiento como: “*el acuerdo o concurso de voluntades que tiene por objeto la creación o transmisión de derechos y obligaciones. En los convenios, lato sensu, el consentimiento es el acuerdo o concurso de voluntades para crear, transmitir, modifica.' o extinguir obligaciones y derechos. Todo consentimiento, por tanto, implica la manifestación de dos o más voluntades, y su acuerdo sobre un punto de interés jurídico*”.

<sup>258</sup> Rojas Amandi, V. M. (2007). *op. cit.* p. 255.

<sup>259</sup> *Idem.*

serie de problemas en relación a la formación del consentimiento como ser *inter alia*: La necesidad de determinar que se entiende por oferta y diferenciarla de una mera invitación a ofertar, la determinación del momento y del lugar donde queda perfeccionado el consentimiento o la validez del consentimiento, es decir la inexistencia de vicios de nulidad<sup>260</sup> y a continuación, se presentarán algunas citas y observaciones referentes a estos aspectos.

De tal manera que, para lograr definir si existe un legítimo consentimiento en un contrato comercial o civil, debe hacerse referencia a la oferta contractual y aceptación. La doctrina desarrolla una gran variedad de elementos a tomar en consideración para que existan los mismos y serán exploradas a lo largo de la presente obra, sobre todo en el capítulo segundo.

### **3.3.3. Delimitación conceptual de la Oferta contractual**

Un punto importante a analizar en cuanto a esta etapa, es la relacionada a en que momento comienza y cuando se tiene por finalizada; esto puede presentar varias interpretaciones tomando en consideración su naturaleza compleja. En cuanto al momento en que se considera iniciada la etapa precontractual en principio no podría considerarse tan enredado. Como fue expuesto en el apartado anterior, los tratos o acciones preparatorias y por ende periodo de formación del contrato puede iniciarse con una primera muestra de interés o solicitud de información que conducen a la primera oferta o precisamente arrancar con una oferta que pasa a negociarse, por lo que en esencia en este instante se puede considerar ya se ha dado apertura a la etapa *in contrahendo*.

---

<sup>260</sup> Scotti, L. (2015). *op. cit.* p. 84. Citando a Hoczman, H. S. (2005). *Negocios en Internet: e-commerce, correo electrónico, firma digital*. Editorial Astrea.

Ahora bien, no es unánime la determinación del elemento de cierre de la fase precontractual. Expone Cuadrado Pérez que una interpretación más amplia permitiría extender la fase precontractual hasta la plena perfección del contrato, asumiendo, el diverso tratamiento que ha de darse a unos simples negocios en relación con una oferta irrevocable, o un cruce de contraofertas. Un análisis más estricto a los actos preparatorios podría detener su extensión hasta la emisión de la primera oferta a partir de la cual se abriría una segunda fase, también precontractual inevitablemente, de genuina formación sucesiva del contrato<sup>261</sup>.

Como se observa, la determinación de la oferta, representa un elemento importante para establecer la duración de la etapa precontractual, por tanto, será necesario hacer un espacio para discutir lo relacionado a lo que debemos comprender como oferta formal, en relación a las comunicaciones que pueden intercambiarse entre las posibles partes de un vínculo contractual.

Se puede definir la misma como *una declaración de voluntad a través de la cual una de las partes, llamada oferente propone la celebración de un contrato a otra u otras, conocidas como destinatarios, y que debe contener todos los elementos esenciales del contrato proyectado*<sup>262</sup>.

La Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías (CISG) en su artículo 14 hace mención de los requisitos necesarios para que una comunicación particular sea considerada como oferta formal y expone que:

---

<sup>261</sup> Cuadrado Pérez, C. (2003). "Oferta, Aceptación y Conclusión del Contrato". *Publicaciones del Real Colegio de España*. p. 37.

<sup>262</sup> *Vid.* Guillen Catalán, R. (2009), Oferta Contractual y Nuevas Tecnologías, Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías Editorial Aranzadi S. A.

*“La propuesta de celebrar un contrato dirigida a una o varias personas determinadas constituirá oferta si es suficientemente precisa e indica la intención del oferente de quedar obligado en caso de aceptación”.*

En cuanto a los instrumentos de *soft law* o *lex mercatoria*, los Principios UNIDROIT del año 2016, también hacen referencia a estos requisitos esenciales de la oferta<sup>263</sup> en la misma línea del art. 14 de la CV80. Además, la CISG continúa detallando en relación al objeto del contrato que, la propuesta será suficientemente precisa si indica las mercaderías y, expresa o tácitamente, señala la cantidad y el precio o prevé un medio para determinarlos.

De los argumentos antes expuestos, se observa que la primera característica es que es un acto unilateral. En otras palabras, es una proposición realizada por una de las partes al que se le denomina oferente y la persona a la cual va dirigida la comunicación es el destinatario. Además, debe incluir de manera expresa los tres elementos fundamentales para la existencia de un contrato en los países con sistema de derecho civil, y deberá manifestar expresamente la intención de vincularse en un vínculo contractual. Ahora bien, la CISG continúa exponiendo que:

*“Toda propuesta no dirigida a una o varias personas determinadas será considerada como una simple invitación a hacer ofertas, a menos que la persona que haga la propuesta indique claramente lo contrario”<sup>264</sup>.*

---

<sup>263</sup> ARTÍCULO 2.1.2 (Definición de la oferta) Una propuesta para celebrar un contrato constituye una oferta, si es suficientemente precisa e indica la intención del oferente de quedar obligado en caso de aceptación.

<sup>264</sup> Art. 14.2. CISG.



Al respecto, se enfatiza la importancia de definir con claridad el destinatario de la oferta contractual como parte de su contenido para que no sea considerada como publicidad o una invitación a contratar. De tal manera que, si falta alguno de los elementos antes descritos, la comunicación no será considerada como una oferta contractual.

El artículo 1262 del Código Civil español, dice: *El consentimiento se manifiesta por el concurso de la oferta y de la aceptación sobre la cosa y la causa que han de constituir el contrato.* Por tanto, de este artículo se podría deducir que la oferta contractual debería de contener todos los pormenores del objeto y la causa del futuro contrato. Lo anterior en relación al requisito esencial de validez de la oferta, consistente en que esta deberá ser suficientemente detallada<sup>265</sup>.

Conforme a los argumentos antes expuestos, se observa la diferencia entre los tratos preliminares con la oferta contractual, donde la segunda busca la formalización de un contrato, mientras que los primeros ayudan a las partes a formar sus propuestas. Por tanto, se ratifica el carácter instrumental de los tratos preliminares con respecto a la oferta contractual.

### **3.3.3.1. La oferta contractual electrónica**

En esta materia, se retoma la LMCE de la CNUDMI, la cual en su artículo 11, expone que cuando el mensaje electrónico (sea oferta o publicidad) es utilizado para la formación de un contrato, no se le puede negar su validez y obligatoriedad por el mero hecho de utilizarse dicho mensaje para ese

---

<sup>265</sup> Vid. Artículo 1553 CC hondureño, CC Federal Mexicano art. 1796, Art. 1009 CC de Costa Rica. Normativa desarrollada en la misma línea de la norma española.

propósito, dando alusión a los principios desarrollados en la parte introductoria de la presente tesis.

Además, en cuanto a estas interrogantes, la CISG proporciona una base para la regulación de la oferta y la aceptación en la red en su artículo 15, el cual expone que la oferta es efectiva cuando llega al receptor, y el artículo 18 (2) que pregona que:

*[...] la aceptación de la oferta surtirá efecto en el momento en que la indicación de asentimiento llegue al oferente. La aceptación no surtirá efecto si la indicación de asentimiento no llega al oferente dentro del plazo que éste haya fijado o, si no se ha fijado plazo, dentro de un plazo razonable, habida cuenta de las circunstancias de la transacción y, en particular, de la rapidez de los medios de comunicación empleados por el oferente [...]*<sup>266</sup>.

En este sentido, Feng Fei Wang en referencia al Consejo Asesor de la CISG menciona que una aceptación surtirá efecto cuando una indicación electrónica de consentimiento haya entrado en el servidor del oferente, siempre que el oferente haya consentido expresa o implícitamente en recibir comunicaciones electrónicas de ese tipo, en ese formato, y a esa dirección<sup>267</sup>.

Una vez hecho referencia a la interacción de la teoría de la oferta y aceptación ejercida mediante medios de comunicación desarrollados gracias al internet habrá que repasar de igual manera las diferentes técnicas aplicadas en la

---

<sup>266</sup> Vid. Pinochet Olave, R. (2004). La Formación del Consentimiento a Través de las Nuevas Tecnologías de la Información Parte I: La Oferta Electrónica. *Ius et praxis*, 10(2), 267-320. Accesible en: [https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?pid=S0718-00122004000200009&script=sci\\_arttext&tng=e](https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?pid=S0718-00122004000200009&script=sci_arttext&tng=e) (Revisado en fecha 30/03/2021).

<sup>267</sup> WANG, F. F. (2010). *Law of electronic commercial transactions: Contemporary issues in the EU, US and China*. New York: Routledge, p. 41.

práctica comercial a lo largo de lo que va del presente siglo. De tal manera, se efectuará un recuento de las mismas, como ser los *browse wrap agreements*.

### **3.3.3.2. Relación entre la oferta a distancia, la oferta electrónica y publicidad.**

Conforme a los argumentos antes expuestos, se evidencia la necesidad de realizar un análisis con mayor exhaustividad a fin de delimitar la actividad publicitaria desarrollada en la actividad comercial y una verdadera oferta contractual que cumpla los requisitos desarrollados por la teoría contractual plasmada en la normativa nacional, regional e instrumentos de *soft law*.

Al emitir un mensaje publicitario se da el primer contacto entre los sujetos involucrados y se crea una relación entre estos, sin embargo, no existe ningún tipo de obligación<sup>268</sup>. La finalidad de la actividad publicitaria comercial es fomentar, directa o indirectamente, la perfección de un contrato. Esta finalidad esencial la sitúa de lleno en el ámbito propio de la fase precontractual<sup>269</sup> como una *invitatio ad offerendum*, la cual indica que un mensaje publicitario es en esencia una invitación a ofertar<sup>270</sup>. De tal manera se puede inferir que la actividad publicitaria se desarrolla paralelamente con los tratos preliminares.

Chissick & Kelman, desde un punto de vista del *common law* británico, exponen que puede haber problemas con la publicidad en la red ya que se puede crear un contrato unilateral donde solo una parte se encuentra obligada

---

<sup>268</sup> Rodríguez, G. S. (2012). Riesgos del consumidor electrónico en las prácticas publicitarias. *Revista de derecho: División de Ciencias Jurídicas de la Universidad del Norte*, (37), 254-282, p. 262.

<sup>269</sup> *Idem*. p. 263.

<sup>270</sup> *Idem*. p. 263 citando a Díez-Picasso (1993) Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Introducción a la Teoría del contrato. Madrid: Civitas p. 288.

y citan el caso *Carlill v. Carbolic Smoke Ball Co. Ltd*<sup>271</sup> concluyendo que los contratos unilaterales pueden ser conflictivos ya que la publicidad puede crear una obligación para el emisor<sup>272</sup>.

Continúan exponiendo Chissick & Kelman en relación a la oferta contractual basándose en los argumentos desarrollados en el caso de la *Smoke Ball* que el ofertante expresa su intención para entrar en un contrato basado en términos y condiciones específicas, y en el caso de que la otra parte acepte, el acuerdo será vinculante para ambos. Dicha oferta podrá hacerse por cualquier medio, ya sea análogo o digital<sup>273</sup>; consecuentemente, la perfección del contrato se dará en el supuesto que existe una invitación a negociar, la respuesta a esta comunicación es una oferta y el vendedor acepte la misma<sup>274</sup>.

De esta manera, sin perjuicio de las particularidades desarrolladas en el *common law* inglés, las principales diferencias entre la publicidad y una oferta contractual refieren a que la primera no es una declaración unilateral de voluntad con intención de obligarse, si no que es un acto persuasivo. Además, la finalidad de la publicidad es comunicar un mensaje con la intención de que un potencial consumidor busque la oferta<sup>275</sup>.

---

<sup>271</sup> English Court of Appeal *Carlill v. Carbolic Smoke Ball Co. Ltd* [1982]. Decido por Lord Lindley, Lord Bowen y Lord Smith. En dicho caso se decidió que un anuncio publicitario conteniendo una clausula referente a un premio constituía una oferta unilateral vinculante que podía ser aceptada por cualquiera que cumpliera con la cláusula referente al premio. Accesible en: <http://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/1892/1.pdf> (Revisado en fecha 07/06/2020).

<sup>272</sup> Chissick, M., & Kelman, A. (2002). "*E-commerce law and practice*". London: (3rd edition) Sweet & Maxwell, p. 72 párr. 3.12

<sup>273</sup> Chissick, M., & Kelman, A. (2002) *op. cit.* p. 81, párr. 3.29.

<sup>274</sup> *Idem.* p. 83, párr. 3.34.

<sup>275</sup> Rodríguez, G. S. (2012). *op. cit.* p. 263.

En otro orden de ideas, la oferta a distancia es importante recordar el concepto de contrato a distancia propuesto en la Directiva 2011/83/UE<sup>276</sup>: “todo contrato entre un proveedor y un consumidor sobre bienes o servicios celebrado en el marco de un sistema de ventas o de prestación de servicios a distancia organizado por el proveedor que, para dicho contrato, utiliza exclusivamente una o más técnicas de comunicación a distancia hasta la celebración del contrato, incluida la celebración del propio contrato”. De lo anterior se observa que lo que define la oferta a distancia, es el medio de comunicación del que se valen las partes para presentar la oferta y la aceptación, o sea una comunicación indirecta en la relación de consumo.

Ahora bien, ¿Cuáles pueden ser esos métodos o técnicas que ayudan a la comunicación a distancia? En la Directiva de contratación a distancia antes mencionada encontramos en su artículo 2 párrafo 7 la define como toda técnica de la comunicación que permita la celebración de un contrato sin la presencia fija simultánea de las partes contratantes, como ser el correo electrónico o las páginas de internet que tienen finalidades de comercio como ser Alibaba.com o Amazon.com.

Por tanto, no debería de existir diferencia entre oferta a distancia y oferta electrónica por el medio en el que se desarrollan, considerando que los principales medios de comunicación en la actualidad se desenvuelven en la red, su diferencia principal radica en las partes que intervienen, ya que los contratos a distancia son exclusivos del derecho de consumo.

### **3.3.3.3. El Consentimiento otorgado por medios electrónicos**

---

<sup>276</sup> Art. 2.7 Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores.

Conforme a la teoría clásica del contrato, el consentimiento supone la concurrencia de la oferta y de la aceptación de la misma<sup>277</sup>. Nieto Melgarejo, sugiere que el acuerdo de voluntades de las partes han de recaer sobre el objeto y la causa que han de constituir el contrato. Ahora bien, en relación con los contratos celebrados por medios electrónicos, las partes pueden manifestar su voluntad de contratar de la manera que consideren más conveniente para ellas, en virtud del principio de libertad de forma que rige el derecho privado<sup>278</sup>. De esta manera Nieto Melgarejo adopta el concepto de Mateu De Ros siguiente:

*El consentimiento electrónico constituye, en sí mismo, una modalidad especial de declaración de la voluntad negocial, cuya validez no está supeditada a un contrato escrito previo o posterior, [...]. En consecuencia, cualquier contrato para el que el ordenamiento jurídico no exija forma escrita, así como también aquellos contratos para los que la ley pide forma documental privada, son susceptibles de ser celebrados electrónicamente<sup>279</sup>.*

De tal manera, que en la mayoría de casos, en consonancia con los principios de equivalencia funcional y neutralidad tecnológica, es válido el acto de expresión de voluntad realizada a través de la orden ya sea un “enter” o un “click”<sup>280</sup>. En tal sentido, a continuación, se explorarán algunos medios para

---

<sup>277</sup> Nieto Melgarejo, P. (2016). El comercio electrónico y la contratación electrónica: Bases del mercado virtual. Revista *Foro Jurídico* (No. 15). Pontificia Universidad Católica del Perú, pp. 54-76, p. 70.

<sup>278</sup> *Idem*.

<sup>279</sup> *Idem*. p. 70 y 71, citando a Mateo de Ros, R. “El consentimiento y el proceso de contratación electrónica”, en: Mateu De Ros, Rafael y Cendoya Méndez De Vigo, Juan Manuel (Coords) ... Derecho de Internet, contratación electrónica y firma digital, Aranzadi, Pamplona, 2000, p. 29. p. 31.

<sup>280</sup> *Idem*. p. 71

exteriorizar el consentimiento utilizado en su mayoría en relaciones contractuales en la red.

#### **3.3.3.4. Tipos de acuerdos de consentimiento en internet en contratos B2C.**

Una de las practicas más comunes en el comercio electrónico sobre todo en las relaciones B2C son las “Condiciones del Servicio” de cualquier página que ofrezca un bien o servicio en la red las cuales facilitan el reconocimiento del consentimiento del consumidor sobre el contrato electrónico en el que estará vinculado. Estas condiciones deberán detallar de manera clara y de fácil comprensión para cualquier persona la información precontractual además de informar al usuario las condiciones de la recolección y uso de datos. Manifiesta Fernández Flores *“que aceptar o no estas normas tiene importantes consecuencias, ya que regularán desde los derechos de los consumidores (desistimiento, devolución, cargos por uso de tarjeta, reclamaciones, etc.) a la ley y el fuero aplicable y, por supuesto, el régimen de responsabilidad de las partes”*<sup>281</sup>.

En la práctica comercial existen dos tipos de acuerdos. El primero es el *Click Wrap Agreement* y representa el modelo de contratación por el cual las condiciones y términos de un sitio web deben ser aceptados expresamente con anterioridad a completar una transacción y el consumidor de un sitio web mediante alguna forma de acción positiva, expresa su consentimiento a los términos y condiciones. Esta manifestación por lo general se hace dando *click* en un *check box* junto a una declaración que el usuario ha leído y acepta los términos y condiciones<sup>282</sup>.

---

<sup>281</sup> Fernandez Flores, R. (2015). La ejecución de los contratos click-wrap y browse-wrap en Derecho español. *Revista Jurídica “Economist & Jurist”* Vol. 23, Nº. 187, 82-87, p.82.

<sup>282</sup> Fernandez Flores, R. (2015) *op. cit.* p. 83.

En cuanto al caso de los contratos click wrap, existen pocas dudas en cuanto a la vinculación que crean entre las partes y la ejecutabilidad de los acuerdos. Tras la modificación de la Ley 34/2002 (LSSICE) de 11 de julio, se modificaron los artículos 1.262 del Código Civil y 54 del Código de Comercio, en los cuales se determina que “*hay consentimiento desde que se manifiesta la aceptación*”<sup>283</sup>, y es precisamente el acto de hacer *click* el que supone la manifestación necesaria y suficiente del consentimiento a un contrato de adhesión con condiciones generales. En este sentido, Hedley también expone que los problemas potencialmente difíciles en cuanto a la identificación de ofertas y la distinción de las invitaciones a tratar simplemente no surgen cuando se aplica este mecanismo y queda poca duda de su validez en la jurisprudencia estadounidense, británica y de Irlanda<sup>284</sup>.

Por otro lado, los *browse wrap agreements (BWA)*, ponen a disposición del usuario los términos de uso de la web, siendo la aceptación fruto de un acto presunto que normalmente consiste en el mero uso, o en el hecho de navegar por el sitio web, sin ser necesario ulterior acto de manifestación de una u otra voluntad<sup>285</sup>. Los términos y condiciones son colgados en el sitio web, típicamente accesible vía un hiperenlace que aparece en varias páginas.

En cuanto al consentimiento en la red, la jurisprudencia norteamericana ha tratado los diferentes conflictos que pueden surgir en esta materia. En la Sentencia del caso *Caspi v. Microsoft Corporation*<sup>286</sup>, se alegaba un fraude por

---

<sup>283</sup> Fernandez Flores, R. (2015) *op. cit.* p. 83.

<sup>284</sup> Hedley, S. (2006). “*The Law of Electronic Commerce and the Internet in the UK and Ireland*”. London: Cavendish Publishing Ltd, p. 248.

<sup>285</sup> Fernandez Flores, R. (2015) *op. cit.* p. 83.

<sup>286</sup> *Caspi vs Microsoft Corporation, Superior Court of New Jersey, Appellate Division*. Accesible en: <http://caselaw.findlaw.com/nj-superior-court-appellate-division/1438670.html> (Revisado en fecha 007/06/2020).



parte de Microsoft, y manifestó el Tribunal que “*si una cláusula de selección es clara en su significado y ha sido presentada a las partes de manera directa, ninguna política o principios de fraude de consumidor han sido violados*”<sup>287</sup>. Además, se afirma que el “click” en el botón “I Accept” confirma la voluntad de las partes y obliga de facto al usuario a la contraprestación prometida<sup>288</sup>.

Por otro lado, la Corte de Apelaciones del Noveno Circuito de Estados Unidos de América, sostuvo en su Sentencia de 18 de agosto de 2014 en el asunto *Nguyen v. Barnes & Noble*<sup>289</sup> Inc. que un usuario de una web no presta su consentimiento vía un BWA cuando la web falla en proporcionarle suficiente advertencia sobre la existencia de unos términos de uso que contiene una cláusula de arbitraje obligatorio, más aún cuando dichos términos se encuentran accesibles vía un hipervínculo localizado al final de la web y sin distinción o posibilidad para el usuario de conocer las consecuencias del mero uso de la página web. La argumentación del Tribunal se basa en el concepto de “*constructive notice*” respecto a la existencia y contenido de los términos contractuales<sup>290</sup>.

De lo anterior, se puede concluir que la opinión jurisprudencial mayoritaria en el país norteamericano ha venido negando el valor vinculante a la simple “puesta a disposición” de los términos del contrato sin ulterior actividad, y se ha optado por medidas mucho más vinculantes a fin de obtener una verdadera

---

<sup>287</sup> Cita en inglés de la sentencia: *If a forum selection clause is clear in its purport and has been presented to the party to be bound in a fair and forthright fashion, no consumer fraud policies or principles have been violated.*

<sup>288</sup> Fernandez Flores, R. (2015) *op. cit.* p. 83.

<sup>289</sup> *Nguyen v Barnes & Noble, Inc.* (D.C. No. 8:12-cv-0812-JST) [United States Court of Appeals for the Ninth Circuit](https://www.uscourts.gov/datastore/opinions/2014/08/18/12-56628.pdf) Accesible en: <http://cdn.ca9.uscourts.gov/datastore/opinions/2014/08/18/12-56628.pdf> (Consultado en fecha 05/01/2021).

<sup>290</sup> Fernandez Flores, R. (2015) *op. cit.* p. 84.

vinculación del usuario en la red a fin de evitar futuras controversias relacionadas con cualquier contrato perfeccionado en internet.

Por otro lado, y con referencia a la jurisprudencia en la materia, Hedly expone que “*está surgiendo una línea clara en la legislación estadounidense: los términos obligan si la persona que navega por el sitio conocía los términos o debería haber conocido razonablemente de ellos [...]*”<sup>291</sup>. No obstante, también hace referencia a lo expuesto por el Judge Hupp en el caso *Ticketmaster Corp v. Tickets.com Inc.*<sup>292</sup>, caso en el cual surge una controversia por las BWA<sup>293</sup>:

“Por razones que se refieran a la conveniencia de presentar pruebas claras e inequívocas de consentimiento sobre las condiciones para el enjuiciamiento de tales cuestiones, el tribunal preferiría una regla que requiera un consentimiento inequívoco a las condiciones proporcionadas fácilmente por la necesidad de hacer clic en un icono que dice “Estoy de acuerdo” o el equivalente. Tal regla proporcionaría certeza en la prueba y dejaría claro que el usuario había llamado a su atención las condiciones que él o ella aceptó al utilizar el sitio web ... Sin embargo, la ley no se ha desarrollado de esta manera”.<sup>294</sup>

De esta manera, enfatiza su posición que considera las *click-wrap agreements* como las más adecuadas en cuanto a la contratación en la red, gracias a las facilidades que da en cuanto a la certeza del consentimiento del usuario o consumidor. Sin contar que para que las BWA sean válidas tienen que contar

---

<sup>291</sup> Hedley, S. (2006) *op. cit.* p. 250.

<sup>292</sup> United States District Court for the Central District of California “Ticketmaster Corp., et al. v. Tickets.Com, Inc.” march 7, 2003. Accesible en: <https://h2o.law.harvard.edu/cases/4518> (Revisado en fecha 07/06/2020).

<sup>293</sup> Hedley, S. (2006) *op. cit.* p. 250.

<sup>294</sup> *Idem.*

con el denominado *constructive notice* que construyeron los jueces norteamericanos.

### **3.4. El precontrato**

-

El precontrato es otra de las figuras importantes a describir que se pueden desarrollar durante la etapa precontractual y hay que diferenciarla de los tratos preliminares y demás figuras que se desarrollan en esta fase del *íter* contractual. En primer término, Díez-Picazo y Ponce de León, manifiesta que tradicionalmente los contratos preparatorios se limitaban a la figura del precontrato<sup>295</sup>.

En el Proyecto de Código Civil Español de 1851 se constata que el concepto normativo español de precontrato se aproxima, hasta su práctica identificación, con el modelo francés del precepto 1.589 del *Code Français*<sup>296</sup>. Según dicho modelo, la promesa de venta se equipará a la compraventa. Aunque para ello, tanto el precepto francés como el español exigen la intención efectiva de las partes de obligarse. En consecuencia, parece que ambos artículos no se refieren a promesas unilaterales, ni al concepto de precontrato<sup>297</sup>.

En años recientes, se encuentra una interesante posición en cuanto a su concepto en la jurisprudencia española y muchas de sus resoluciones en materia de precontratos ha sido fundamentada en el art. 1451 referente a la promesa de venta, y la misma expone que: “*La promesa de vender o comprar,*

---

<sup>295</sup> Marin Narros, H. D. (2012) *Estudio de los principales acuerdos precontractuales con modelos en inglés y español*. J.M. Bosch Editor, pág. 38. citando a Díez-Picazo y Ponce de León, I., Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial, vol. 1º, 6ª ed., Civitas, Madrid, 2007, pág. 392.

<sup>296</sup> *Idem*. p. 42 citando el Code Civil 1995-1996, Litec, Paris, 1995, págs. 878 y 879.

<sup>297</sup> Marin Narros, H. D. (2012) *op. cit.*, p. 42

*habiendo conformidad en la cosa y en el precio, dará derecho a los contratantes para reclamar recíprocamente el cumplimiento del contrato*<sup>298</sup>.

De tal manera, que en la jurisprudencia española se ha expuesto que el precontrato “*es el proyecto de contrato en el sentido de que las partes, por el momento, no quieren o no pueden celebrar los contratos definitivos y se comprometen a hacer efectiva su conclusión en tiempo futuro*”<sup>299</sup>. El precontrato se considera, en sí mismo, un auténtico contrato que tiene por objeto celebrar otro en el futuro, conteniendo el proyecto o ley de bases del siguiente<sup>300</sup>. Por tanto, el precontrato ya contendría los elementos del contrato definitivo, pero cuya perfección es aplazada por las partes. La relación jurídica obligacional nace en el precontrato y en un momento posterior se pone en vigor el contrato preparado<sup>301</sup>.

En esta misma línea de pensamiento están redactados los artículos 2243 y 2244 del Código Civil mexicano conforme al pensamiento de Borja Martínez<sup>302</sup>. Dicho profesor expone que la utilidad práctica que encierra la promesa de contrato, consiste en que es un medio jurídico para asegurar la celebración de un contrato futuro<sup>303</sup>.

Por otro lado, Bosh Capdevila considera que en cuanto a la relación entre el contrato y el precontrato se presentan varias interrogantes, y presenta dos teorías: la que considera que el precontrato es diferente al contrato definitivo, de manera que este no existirá hasta que no se preste un nuevo

---

<sup>298</sup> STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) Sentencia núm. 621/2014 de 6 noviembre. RJ 2014\5682.

<sup>299</sup> STS RJ\2008\34, Sentencia num. 60/2008 (Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) 30 de enero de 2008).

<sup>300</sup> STS 19 de Julio de 1994 Caso José Almagro Nosete (Tribunal Supremo Español - Sala Primera, de lo Civil 19 de julio de 1994).

<sup>301</sup> STS RJ\2008\34 *op. cit.*

<sup>302</sup> Borja Martínez, M. (2009). "El Contrato Preparatorio". *Revista de Derecho Notarial Mexicano*, Numero 122, p 41-76, p. 48.

<sup>303</sup> *Idem.* p. 50.

consentimiento, y la segunda consiste en que la manifestación del consentimiento necesario para la existencia del contrato definitivo ya se encuentra en el precontrato y no falta reiterarlo la cual llama “Tesis de la identidad entre precontrato y contrato definitivo”<sup>304</sup>.

La primera teoría es considerada como “clásica” en esta materia, y en cuanto a la misma Bosch Capdevila plantea la interrogante de ¿Por qué no se celebra de una sola vez el contrato? Mientras que la llamada teoría de la identidad plantea que, “el consentimiento prestado al otorgar el precontrato hace innecesario un nuevo consentimiento para construir el contrato definitivo”<sup>305</sup>. Concluye el autor catalán que:

*“La primera teoría encajaría especialmente en sistemas en que se exija forma específica para la validez de un contrato y se permita que el precontrato no esté sujeto a los mismos requisitos formales que el contrato definitivo, y en los que se admita que el juez pueda prestar el consentimiento contractual ante la negativa de una de las partes. En cuanto a la segunda teoría es, en nuestra opinión, dogmáticamente más atractiva y posiblemente más operativa, en tanto no requiere una reiteración en la prestación del consentimiento contractual, si bien presenta los inconvenientes derivados de su difícil construcción técnica, que obligarían al legislador a pronunciarse sobre las muchas cuestiones dudosas que puedan plantearse”<sup>306</sup>.*

De esta manera, el planteamiento de Bosh Capdevila que caracteriza que el precontrato ya contiene el consentimiento para el contrato definitivo pareciera

---

<sup>304</sup> Bosch Capdevila, E. (2006). Precontrato y Opcion. En J. Adame Goddard, *Derecho civil y culturas y sistemas juridicos comparados (No. 34 (37) (078.7) 346)*. e-libro, Corp. (págs. 3-24). México D.F.: Primera Edición Instituto de Investigaciones Jurídicas, p. 5

<sup>305</sup> *Idem.* p. 9.

<sup>306</sup> *Idem.* p. 12.

afirmar que al encontrarse las partes con un precontrato ya no se encuentran las mismas en la etapa de tratativas. Añade Vinaixa Miquel que el precontrato es concebido como el acuerdo de voluntades entre dos partes por el que una sola o los dos prometen celebrar un contrato futuro cuyos principales extremos ya han dejado previstos, total o parcialmente; por tanto, el precontrato en definitiva, representa la culminación de las negociaciones o tratos preliminares<sup>307</sup>.

Ahora bien, en cuanto a indemnizaciones por daños y perjuicios la jurisprudencia española considera que estos no siempre estarán vinculados al incumplimiento de un precontrato, puesto que, también, cabe en casos excepcionales que se atribuya a la ruptura de tratos preliminares al contrato, pero en cualquiera de los casos, exigen una adecuada probanza y una determinación exacta del sujeto responsable del incumplimiento<sup>308</sup>.

En conclusión, el precontrato representa una etapa posterior al de los tratos preliminares y la oferta contractual, mismos que en esencia ayudan a formar el documento que podría llamarse en cualquier caso en concreto como tal, siendo su caracterización principal que su formalización será en un futuro inmediato y dependiendo del tipo de contrato, podrá considerarse el mismo como formalizado por completo, en la misma línea de lo expuesto por Bosch Capdevila.

---

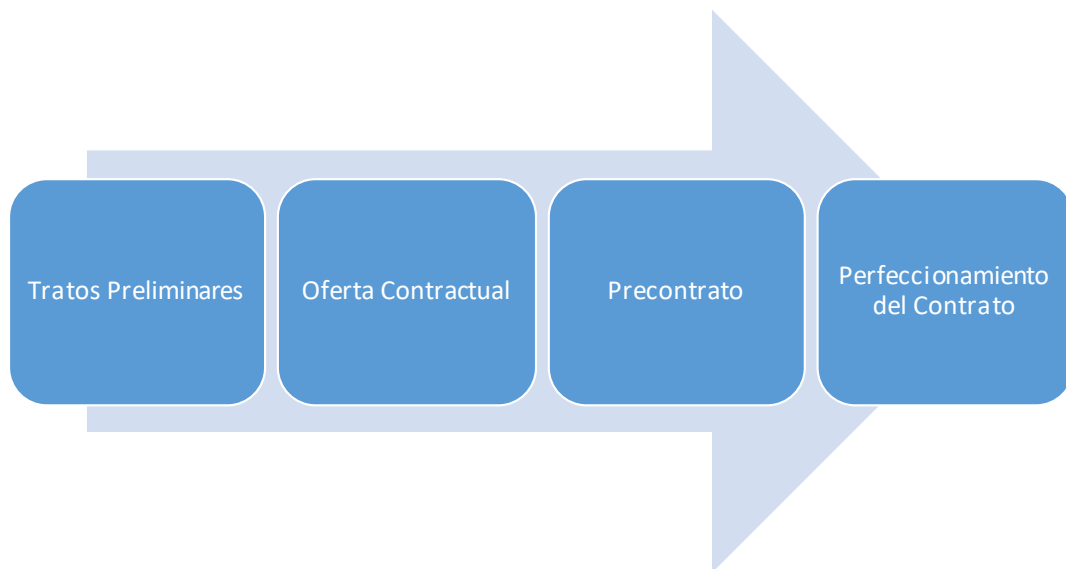
<sup>307</sup> Vinaixa Miquel, M (2002) *op. cit.* p. 986, 987.

<sup>308</sup> STS 19 de Julio de 1994 Caso José Almagro Nosete *supra*.

### **3.5. Conclusión**

Principales actos que se desarrollan en la etapa precontractual:

Figura 4.



309

Ha quedado evidenciado la heterogeneidad de la etapa precontractual, su naturaleza jurídica, y finalidad. Como se observa en el gráfico, se pretende exponer que la etapa precontractual comprende una gran cantidad de actos realizados por particulares pretendiendo formalizar un vínculo contractual.

En primer término, se encuentran los tratos preliminares en los cuales se encuentran los primeros acercamientos entre los futuros contratantes, los cuales tienen la finalidad de sentar los cimientos para la formulación de una oferta contractual. Dicha oferta contractual es una comunicación unilateral mediante la cual el emisor expresa su intención de perfeccionar un contrato.

---

<sup>309</sup> original

Dependiendo del caso en concreto y su complejidad, se podrá contemplar un precontrato tal como una promesa de venta. Todo este proceso conlleva a las partes al perfeccionamiento del contrato en caso de no surgir una controversia con anterioridad.

La extensión de dicha etapa se delimita desde el momento que comienzan las primeras comunicaciones constitutivas de tratativas previas, y culmina propiamente al conocerse el consentimiento de las partes a someterse en un vínculo contractual. En función de las comunicaciones electrónicas y la pregunta de cómo dar a conocer el consentimiento por medios electrónicos, ha sido ampliamente analizado por los académicos de las nuevas tecnologías que la neutralidad tecnológica y la equivalencia funcional se mantienen vigentes ya que muchos de los actos que surgen en la etapa precontractual se podrán realizar por medios electrónicos, ya sea vía correo electrónico, CWA, BWA o por medio de servicios de videoconferencia como lo son *Google Meet*, o *Zoom* en la actualidad. Estos medios son aplicables tanto en las relaciones B2B y B2C con sus correspondientes particularidades en relación a las partes intervinientes.

De igual manera en el *iter* contractual coexisten dos principios que regularán todos los tratos desarrollados en dicha etapa. Uno que permite el libre desenvolvimiento del hombre para hacer negocios conforme al pensamiento de las teorías deónticas del contrato, la autonomía de la voluntad o libertad contractual. Por otro lado, encontramos la buena fe precontractual, misma que limitará el accionar de las partes a fin de que eviten perjuicios en contra de ellos en la etapa de negociaciones. En lo que va de la presente tesis se ha discutido mucho en relación a libertad contractual, no obstante, ha sido poco lo discutido en relación al principio de buena fe durante las negociaciones contractuales y su naturaleza jurídica.



En tal sentido el próximo capítulo se encuentra dedicado al análisis y estudio de dicho principio las consideraciones relativas a modalidades comerciales desarrolladas en años recientes a nivel mundial siempre tomando en cuenta el contexto actual en el cual el mundo ha sido afectado sustancialmente en su diario vivir a causa del Covid-19.

## IV. La Buena Fe precontractual

Un aporte fundamental del derecho romano a la teoría del contrato y del derecho privado ha sido la buena fe como categoría de justicia bajo la *obligatio ex bona fide* u obligación de actuar de buena fe<sup>310</sup>. En este sentido, la *bona fides negotiae* obligaba no solo en la ejecución del contrato, sino a todas aquellas prestaciones accesorias que las circunstancias que rodean el negocio en cada momento pongan de manifiesto, con independencia de que hayan o no sido pactadas expresamente<sup>311</sup>. A partir de Justiniano, la buena fe deja de ser un modo de juzgar en determinadas acciones y se convierte en una regla de derecho material prescriptiva de la conducta de los particulares<sup>312</sup>.

Continúa exponiendo Giraldo Bustamante que la buena fe como instrumento por excelencia de la justicia privada contractual representa una manifestación de igualdad entre las partes. A partir de este principio se desarrolla una serie de deberes que deberán seguirse en la etapa *in contrahendo*, tales como *inter alia*, el deber de información, lealtad, *venire contra factum proprium*<sup>313</sup>.

A lo largo del presente capítulo se desglosarán los elementos más importantes de dicho principio en el *iter* contractual y se hará referencia a cuál ha sido su influencia en diferentes sistemas legales, los cuales históricamente han creado cierto antagonismo teórico en cuanto a la existencia de un principio general de buena fe entre las partes negociantes. Consecuentemente, se detallarán las

---

<sup>310</sup> Trakman, L. E., Sharma, K. (2014) The Binding Force of Agreements to Negotiate in Good Faith, The Cambridge Law Journal, November 2014, Vol. 73, No. 3, pp. 598-628, p. 607.

<sup>311</sup> Giraldo Bustamante (2017) “La justicia en el derecho privado contractual: una realidad en construcción” Revista de Derecho Privado, núm. 57, enero-junio, pp. 1-32 p. 16.

<sup>312</sup> *Idem.* p. 18

<sup>313</sup> *Idem.* p. 17, 18.

bases para argumentar que la estrecha relación de la buena fe y la responsabilidad precontractual.

#### **4.1. Debate relacionado a la Buena Fe y la Libertad contractual**

Como fue expuesto en capítulos anteriores, la etapa precontractual es regida por el principio de libertad contractual, principio fundamental en el derecho privado<sup>314</sup> el cual tal también cuenta con protección constitucional en Estados de tradición civil como ser el Reino de España<sup>315</sup> y Colombia<sup>316</sup>. Además, este principio representa “la voluntad autónomamente expresada, que determina el establecimiento de las estipulaciones que las partes se otorgan de manera libre”<sup>317</sup> y busca tutelar los intereses en las distintas fases del negocio jurídico<sup>318</sup>. Por tanto, la regla general sería que las partes pueden romper las negociaciones si lo consideran pertinente a sus intereses particulares sin incurrir en responsabilidad.

---

<sup>314</sup> Vid. García Rubio, M.P., Otero Crespo, M. (2010) *op. cit.* p. 23.

<sup>315</sup> Constitución del Reino de España Aprobada por las Cortes en sesiones plenarias del Congreso de los Diputados y del Senado celebradas el 31 de octubre de 1978 Ratificada por el pueblo español en referéndum de 6 de diciembre de 1978 Sancionada por S. M. el Rey ante Las Cortes el 27 de diciembre de 1978. Artículo 38. Se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación.

<sup>316</sup> Vid. Constitución Política de Colombia 1991 Artículo 333. La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley. La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades. La empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones. El Estado fortalecerá las organizaciones solidarias y estimulará el desarrollo empresarial. El Estado, por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional. La ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación.

<sup>317</sup> Castrillón & Luna (2008) *op. cit.* 155.

<sup>318</sup> García Rubio, M.P., Otero Crespo, M. (2010) *op. cit.* 24.

Ahora bien, este principio no es absoluto, al menos en la mayoría de la normativa interna de Estados de Europa continental y Latinoamérica<sup>319</sup>. Esto es en virtud que el principio de buena fe entra en juego y resulta que dicha libertad de las partes de negociar puede representar una contradicción a la supuesta buena fe entre las partes contratantes<sup>320</sup>. Consecuentemente, la buena fe rige durante toda la vida del vínculo jurídico contractual y en la jurisprudencia española ha sido ampliamente referenciado<sup>321</sup>.

Ahora bien, tampoco debe confundirse la interacción de ambos principios, Trakman & Sharma lo describen de manera acertada el hecho de que “un acuerdo de negociar de buena fe tampoco es un acuerdo para concluir un acuerdo posterior, sino que es un acuerdo de llevar una serie de pasos bajo un principio de buena fe, donde ninguna parte garantiza que un acuerdo posterior sea producido”<sup>322</sup>. Esto se podría traducir que una negociación en sintonía con la libertad contractual y la buena fe sería tomada con seriedad y pretendiendo concluir con el negocio pretendido por las partes, sin perjuicio de que por razones objetivas no pueda concluirse el vínculo contractual.

#### **4.2. Buena fe “in contrahendo”**

Si bien en el apartado introductorio, se hizo una breve mención a la buena fe como principio rector del comercio electrónico y del derecho contractual en general, será en estas líneas que se analizará en mayor detalle este principio esencial del Derecho Privado. El mismo en términos generales pregona que,

---

<sup>319</sup> García Rubio, M.P., Otero Crespo, M. (2010) *op. cit.* p. 24.

<sup>320</sup> Vinaixa Miquel, M. (2002). La calificación de la responsabilidad precontractual en el marco del Convenio de Bruselas de 1968 (STJCE de 17 de septiembre de 2002, As. TJUE C-334/00, Fonderie Officine Meccaniche Tacconi Spa c. Heinrich Wagner Sinto Maschinenfabrik GmbH). *Revista de derecho comunitario europeo*, (13), pp. 977-997, p. 980.

<sup>321</sup> García Rubio, M.P., Otero Crespo, M. (2010) *op. cit.* p. 24. Referenciando los casos TS 31.10.2001 (RJ 2001\9639), que cita la de STS, 1ª, 26.2.1994 (RJ 1994\1198).

<sup>322</sup> Trakman, L. E., Sharma, K. (2014) *op.cit.* p. 621.

en cualquier negocio jurídico, debe existir la disposición de las partes de negociar de manera honesta y sin ningún tipo de engaño o confusión provocada a una de las partes que puede repercutir en la parte afectada de manera negativa como ser por los daños y perjuicios que eventualmente se puedan tener. De esta manera, Godreau expresa que la buena fe no es un fin en sí mismo, sino un medio para encauzar la protección de determinados valores e intereses sociales.<sup>323</sup>

Por otro lado, Monsalve Caballero considera que la buena fe es un modelo o paradigma de conducta de “ejecución continuada”, desde la etapa desde las tratativas hasta la extinción de un vínculo. Además menciona que es esta característica de la buena fe junto al concepto de la confianza las que inspiran, guían, y acompañan, la conducta de las partes en los tratos preliminares<sup>324</sup>.

De igual manera, Hernández Gil de manera muy apropiada añade que la buena fe constituye una vía de comunicación del derecho con la moral social, lo cual subraya su predominante connotación ética, sin que ello suponga una desviación del derecho, si no la canalización del mismo hacia sus metas más puras<sup>325</sup>. Por lo cual, en un contrato de compraventa, por ejemplo, el accionar de las partes deberá ajustarse a un régimen moral que busque cumplir el beneficio recíproco que tendría el vínculo contractual<sup>326</sup>.

Por otro lado, Borda a fin de definir en mayor medida la buena fe en la etapa precontractual en Estados de tradición civil, menciona las llamadas buena fe objetiva y buena fe subjetiva<sup>327</sup>. La subjetiva tiene un doble campo de acción:

---

<sup>323</sup> Monsalve Caballero, V. (2010) *op. cit.* p. 118, citando a Godreau, M.J, “Lealtad y buena fe contractual”, *R.C.D.I.*, 1992, núm. 609, p. 296.

<sup>324</sup> *Idem.* p. 119.

<sup>325</sup> *Idem.* p. 146 citando a HERNÁNDEZ GIL, A., “Reflexiones sobre una concepción ética y unitaria de la Buena fe” (Real Academia de Jurisprudencia y legislación, Madrid, 1979), pág. 12.

<sup>326</sup> *Idem.* p. 119.

<sup>327</sup> Borda, A. (2014), “La buena fe en la etapa precontractual”, 129 *Vniversitas*, 39-80, p. 43.

en primer lugar, consiste en creer que no se está dañado un interés ajeno tutelado por el derecho o en ignorar que se estaba provocando tal daño. En segundo lugar se basa en la creencia o el error de una persona, que genera un beneficio indebido en otro quien se relaciona (un pago indebido)<sup>328</sup>. Ahora bien, la buena fe objetiva, es descrita como la confianza que tiene un particular en que una declaración surtirá en un caso concreto los mismos efectos que ordinaria y normalmente ha producido en casos iguales<sup>329</sup>.

En otras palabras, es la exigencia de que las partes obren con honestidad, lealtad, transparencia y cooperación<sup>330</sup>. En este sentido, conforme al pensamiento de Borda en el caso de la responsabilidad precontractual, el deber de obrar de buena fe se expande a la etapa precontractual. Por consiguiente, Cualquier violación a este principio de buena fe (en especial la objetiva), ya sea por romper las negociaciones en curso de manera abusiva, arbitraria o irrazonable, producirá responsabilidad para la parte causante<sup>331</sup>.

Por tanto, se habla de buena fe *in contrahendo* cuando se hace referencia a aquel criterio de reciprocidad, que debe ser observado mutuamente en las relaciones entre los sujetos del mismo grado, en el periodo *in contrahendo* y cuyas condiciones nos permiten afirmar que tienen una igual dignidad moral. Con esta reciprocidad se manifiesta la solidaridad que liga a uno y a otro de los participantes en una relación de contacto social a comportarse con fidelidad en el cumplimiento de la expectativa ajena aun independientemente de la

---

<sup>328</sup> Borda, A. (2014) *op. cit.* p. 43

<sup>329</sup> *Idem.*

<sup>330</sup> *Idem.* p. 44 citando a Marcos de Almeida Villaça-Azevedo, La buena fe objetiva y los deberes de ella derivados, en Tratado de la buena fe en el derecho, tomo II: doctrina extranjera y jurisprudencia, 129-154, 131, 3.4, Marcos M. Córdoba, Dir. Editorial La Ley, Buenos Aires (2004).

<sup>331</sup> *Idem.* p. 49.

palabra que haya sido dada, o del acuerdo que se haya concluido, asumiendo entonces un significado de regla de comportamiento fundamental<sup>332</sup>.

#### **4.3. La introducción controvertida de la *buena fe contractual* al derecho anglosajón.**

El *common law*, o derecho común se conoce también como derecho consuetudinario, no documentado, fundado en la tradición<sup>333</sup>, y asociado a principios de libertad económica<sup>334</sup> por oposición al derecho escrito, que tuvo su auge con la codificación en Francia y el resto de las grandes potencias de Europa continental el país que primero se nos viene a la cabeza al hablar del derecho común es Reino Unido, además de las diferentes naciones que han sido colonia británica como lo es India, Bangladesh, y Nigeria.

Por otro lado, solo en el continente americano dicho sistema domina en varios Estados. En primer término, se encuentra Estados Unidos, con su *common law anglo-americano*<sup>335</sup>; en el cual el sistema tradicional de Inglaterra ha sido alterado en razón de circunstancias históricas políticas, sociales y económicas. Además, se cuenta parte de Canadá, y otras colonias inglesas del Caribe, Centro y Sud América, como ser inter alia, Bermuda, Jamaica y Belice<sup>336</sup>.

Ambos sistemas tanto el civil como el anglosajón, tienen diferencias sustanciales y continuación, se procederá a analizar un elemento que crea controversia en materia de derecho comercial considerando que las posiciones

---

<sup>332</sup> Monsalve Caballero, V. (2010) *op. cit.* p. 130.

<sup>333</sup> Couture, E. J. (1948). El porvenir de la codificación del *common law* en el continente americano. *Revista Jurídica de la Universidad de Puerto Rico*, 18(1), 1-21, p. 2.

<sup>334</sup> Mahoney, P. G. (2001). The common law and economic growth: Hayek might be right. *The Journal of Legal Studies*, 30(2), 503-525, p. 10.

<sup>335</sup> Couture, E. J. (1948) *op. cit.*, p. 2.

<sup>336</sup> *Idem.*

en ambos sistemas son totalmente contradictorias. En este sentido, se procede a estudiar el debate de la buena fe y las diferentes posiciones existentes en cuanto a su validez en las negociaciones.

#### **4.3.1. Posición tradicional del *common law* inglés en relación a la buena fe.**

Es ampliamente reconocido que el sistema inglés, toma una posición diferente relacionada la buena fe. Apuestan más por la aplicación de doctrinas específicas buscando garantizar el *fair dealing* además del *contractual freedom* y así evitar el uso de cualquier principio relacionado a la denominada buena fe contractual<sup>337</sup>, por tanto, no ha adoptado la noción de la culpa *in contrahendo*<sup>338</sup>. Además que el derecho inglés tiene una extensa ley referente a la responsabilidad civil (*torts*) en la cual se protege la pérdida económica resarciendo los mismos daños a los cuales esta responsabilidad hace referencia<sup>339</sup>.

Sir Hughes Parry, en su obra de 1959 *The sanctity of contracts* pregona que en los tribunales británicos se expuso que “[...] que cuando una parte está bajo una obligación moral, o es responsable en conciencia y equidad de pagar, esta

---

<sup>337</sup> Brownsword, N., Hird, N., Howells. G. (Eds) (1999) *Good Faith in Contract, Concept and Cases*, Dartmouth Publishing Company Ltd, London, p. 1.

<sup>338</sup> Spagnolo, L. (2007) *Opening Pandora's Box: Good Faith and Precontractual Liability in the CISG* Temple International & Comparative Law Journal, Vol. 21, No. 2, 2007 Monash University Faculty of Law Legal Studies Research Paper No. 2007/37, pp. 261-310, p. 268. Accesible en: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1350088](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1350088) (Revisado en fecha 07/08/2020). Common law traditionally takes an aleatory view-parties generally enter negotiations at their own risk and bear any consequent losses.

<sup>339</sup> Bridge, M. (2019) “Limits on Contractual Freedom”, *The Chinese Journal of Comparative Law*, Volume 7, Issue 3, December 2019, Pages 387–412, p. 394. Menciona dicho autor que, sin perjuicio de lo expuesto, hay casos excepcionales en los que se podría identificar contratos colaterales (Vid. *Warlow v Harrison* (1859) 1 E&E 309 (semble); Cfr *Harris v Nickerson* (1873) LR 8 QB 286) pero la doctrina de la retribución recíproca de las partes (consideration) precluye la responsabilidad ya que una oferta sin el detalle de la contraprestación puede ser revocada, aunque el emisor haya prometido mantener la misma (*Offord v Davies* (1862) 12 CBNS 748).



*obligación moral es una consideración suficiente para su ejecución*<sup>340</sup>. Posición reforzada en casos como “*Hawkes vs Sanders*” o “*Dutton vs Poole*”<sup>341</sup>. No obstante, esta posición fue desestimada en la sentencia de “*Eastwood v. Kenyon*”<sup>342</sup> en donde Lord Denman expuso lo siguiente en relación a la buena fe:

*“La doctrina aniquilaría la necesidad de cualquier consideración en absoluto, en tanto que el mero acto de dar una promesa crea una obligación moral de realizarla. La aplicación de esas promesas por ley, aunque conviniera plausiblemente con el deseo de llevar a cabo todos los compromisos de conciencia, podría tener consecuencias perjudiciales para la sociedad; una de las cuales sería la frecuente preferencia de los compromisos voluntarios de reclamar deudas justas”*<sup>343</sup>.

De esta manera y conforme a los argumentos antes expuestos, tradicionalmente las *High Courts* inglesas a falta de un contrato, se han negado a reconocer los efectos jurídicos de la buena fe *in contrahendo*, consecuentemente la denominada la responsabilidad precontractual.

Es importante recordar que el concepto de la buena fe, con el que se pretende fundamentar la responsabilidad precontractual en otros Estados del continente europeo, sin importar la naturaleza que se le atribuyera, vino a ocasionar una

---

<sup>340</sup> Sir Hughes Parry, D. (1959). *Sanctity of Contracts in English Law*. Londres: Stevens & Sons Limited. p. 11.

<sup>341</sup> *Vid.* Jno. Houston Merrill. (1884). Contracts for the Benefit of Third Persons. *American Law Register*, 1-11, p. 2. Accesible en: [https://scholarship.law.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3108&context=penn\\_law\\_review#:~:text=In%20Dutton%20v.,her%20father%20for%20her%20benefit](https://scholarship.law.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3108&context=penn_law_review#:~:text=In%20Dutton%20v.,her%20father%20for%20her%20benefit). (Consultado en fecha: 11/06/2020).

<sup>342</sup> *Vid.* *Eastwood v. Kenyon* 11 Ad. & E. 438, 113 Eng. Rep. 482 Decided January 16th, 1840. Accesible en: <https://h2o.law.harvard.edu/cases/2440> (Revisado en fecha: 11/06/2020).

<sup>343</sup> Hughes Parry, D. (1959). *Sanctity of Contracts in English Law*. Londres: Stevens & Sons Limited. p. 11.

crisis en la perspectiva tradicional, ya que las necesidades que presentaban los mercados en dichos países requerían urgentemente una nueva jurisprudencia que satisficiera las constantes necesidades de los grandes comerciantes. A su vez que se protegiera a los ciudadanos comunes. En principio, limitar la proclamada libertad contractual, era algo impensable. Con el transcurso del tiempo se construyó lo que hoy día se conoce como la *sanctity of contract*<sup>344</sup> en el derecho anglosajón, equivalente a la *pacta sunt servanda*<sup>345</sup>.

#### **4.3.2. ¿Flexibilización del hermetismo inglés?**

Sin perjuicio de lo antes expuesto, es de hacer mención que desde los años 80, casos como *Banque Financiere*<sup>346</sup> del Justice Steyn y el caso *Interfoto Picture Library*<sup>347</sup> de sir Thomas Bingham, además de las Directivas de la Unión Europea relativas a Agentes Comerciales, Cláusulas Abusivas en Contratos con Consumidores, causaron que el concepto de buena fe fuese cada vez más familiarizado en el ambiente judicial británico<sup>348</sup>.

---

<sup>344</sup> Zimmermann, R. (1996). *The law of obligations: Roman Foundations of the civilian Tradition*. Oxford: Oxford University Press, p. 90 y ss. Vid. The Sanctity of Contracts in English Law. The Hamlyn Lectures, Tenth Series

<sup>345</sup> Vid. Ridwan, F.H., Agustina, R. & Rizal, J. (2018) Does sanctity of contract exist in oil and gas contracts in Indonesia? Pp. 55- 62 Harkrisnowo, H. *et. al.* (Eds.) "Law and Justice in a Globalized World" Routledge, Taylor and Francis Group, London, p.58

<sup>346</sup> *Banque Financière de la Cité v. Parc (Battersea) Limited and Others* [1998] UKHL 7 16 del 26 de febrero de 1998. Accesible en: <https://publications.parliament.uk/pa/ld199798/ldjudgmt/jd980226/banq01.htm> (Revisado en fecha 12/06/2020).

<sup>347</sup> *Interfoto Picture Library Ltd v Stiletto Visual Programmes Ltd* [1987] EWCA Civ 6, [1989] QB 433.

<sup>348</sup> Brownsword, N., Hird, N., Howells. G. (Eds) (1999) *op. cit.*, p. 14. Vid. "As far as good faith is concerned, the literature in the common law world has now become voluminous" Bridge, M. (2019) "Limits on Contractual Freedom", *The Chinese Journal of Comparative Law*, Volume 7, Issue 3, December 2019, Pages 387–412, p. 388.

Por otra parte, entre los notorios jueces del Reino Unido, el Lord Justice Leggatt ha sido uno de los promotores de la buena fe en el derecho contractual inglés, sin embargo, la misma no ha tenido mayor influencia<sup>349</sup>. Para los fines de la presente obra, será importante dar un vistazo a su razonamiento en el sistema legal inglés, mismo que históricamente ha sido percibido como hermético. En este sentido, en el reciente caso *Yam Seng Pte Ltd v International Trade Corp Ltd*<sup>350</sup> en relación con un contrato de distribución de fragancias, el juez invocó un principio de buena fe en la ejecución del contrato identificando dos términos implícitos en el mismo<sup>351</sup>. Uno de esos términos implícitos consistía en que el distribuidor no debía proporcionar al proveedor información falsa a sabiendas en la que el proveedor tendría una relación de confianza.

En este sentido, el Lord Leggatt consideró que el término debía estudiarlo en concordancia con la metodología establecida de la ley inglesa para la determinación de la existencia de términos implícitos<sup>352</sup>, basándose en una presunta intención de las partes.<sup>353</sup> En este sentido, resume Bridge que el juez

---

<sup>349</sup> Bridge, M. (2019) *op. cit.* 397.

<sup>350</sup> *Yam Seng Pte Ltd v International Trade Corp Ltd*, [2013] EWHC 111 (QB), [2013] 1 CLC 662.

<sup>351</sup> Bridge, M. (2019) *op. cit.* 397. Cfr. Monsalve Caballero, V. (2008) Consideraciones actuales sobre la obligación precontractual de información, una perspectiva europea, *Vniversitas*, Vol. 117, julio-diciembre, pp. 115-152, p. 126 Quien también hace referencia a las obligaciones implícitas (*implied obligation*) que se da entre las partes en el common law, cuyo fundamento es la promesa de respeto de la confidencialidad dada al otro”.

<sup>352</sup> En el derecho común inglés existen dos categorías de términos implícitos, los primeros son “de hecho” (*implied by fact*) y los determinados por la ley (*implied by law*). Collins, H. (2014). *Implied terms: the foundation in good faith and fair dealing. Current Legal Problems*, The London School of Economics and Political Science 67(1), 297-331, p. 299. Accesible en: [http://eprints.lse.ac.uk/101641/1/Collins\\_Implicated\\_Terms\\_Final.pdf](http://eprints.lse.ac.uk/101641/1/Collins_Implicated_Terms_Final.pdf) (Consultado en fecha 01/04/2021).

<sup>353</sup> Bridge, M. (2019) *op. cit.* p. 397 citando el caso *Yam Seng Pte Ltd v International Trade Corp Ltd* [2013] EWHC 111 (QB), para 131, [2013] 1 Lloyd’s Rep 526.

estimó un deber de actuación de buena fe bajo el examen del derecho inglés para los términos contractuales implícitos<sup>354</sup>.

Añade Collins que las aseveraciones que Leggat J introdujo en el derecho inglés mostraron conformidad con los términos de los Principios PECL, sobre todo en el art. 6:102<sup>355</sup> referente a los términos implícitos en el cual se hace referencia a la buena fe. No obstante su tesis afirma que la práctica judicial referente a términos implícitos en el derecho inglés no ha sido comprendida de manera apropiada y es pobremente representado por la división tripartita de las fuentes de estos términos en los PECL<sup>356</sup>.

Posteriormente, en el caso *Neyahan v Kent*<sup>357</sup> Leggat continua el análisis de la buena fe en el *common law* inglés y menciona lo que él denomina “contratos relacionales” (relational contracts). El caso habla de una *joint-venture* relacionada a la industria hotelera y un servicio turístico en línea en donde se había desarrollado un acuerdo marco como parte de una reestructuración corporativa<sup>358</sup>. En el cumplimiento de dicho acuerdo se alegó una violación a un requisito de buena fe y se llegó a la conclusión que el deber de buena fe, bajo un contexto de confianza en un “contrato relacional” no requeriría que una

---

<sup>354</sup> Bridge, M. (2019) *op. cit.* p. 397. Vid. En la misma línea de ideas, exponen Stone & Devenney que en el caso *Yam Seng Pte v International Trade Corp*, Leggat J. intentó hacer un análisis del rol de la buena fe en el derecho contractual del *common law*, independientemente de las Directivas comunitarias. Su punto de vista era que la obligación de actuar "de buena fe" en relación con el cumplimiento de un contrato podía basarse en términos implícitos que las partes tenían la intención de incluir en su contrato. El alcance exacto de la obligación dependerá del contexto. Stone, R., & Devenney, J. (2017). *"The Modern Law of Contract"*. New York: Routledge, Twelfth edition p. 25.

<sup>355</sup> PECL Article 6:102: Implied Terms: In addition to the express terms, a contract may contain implied terms which stem from(a) the intention of the parties, (b) the nature and purpose of the contract, and (c) good faith and fair dealing.

<sup>356</sup> Collins, H. (2014) *op. cit.* p. 299.

<sup>357</sup> High Court of Justice Queen's Bench Division Commercial Court *Sheikh Tahnoon Bin Saeed Bin Shak hboot Al Nehayan v. Ioannis Kent* [2018] EWHC. Accesible en: <https://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Comm/2018/333.html> (Revisado por última vez en fecha: 13/06/2020).

<sup>358</sup> Bridge, M. (2019) *op. cit.* p. 398

de las partes sacrifique su interés personal. Este deber debe ser considerado en el presente contrato como parte de eficacia empresarial o *business efficacy*<sup>359</sup>.

Por otro lado, Devenny & Stone exponen que el juez británico Lord Denning pretendió incluir dicho principio en el caso *Lloyds Bank Ltd v. Bundy*<sup>360</sup>, no obstante, fue rechazada plenamente en el caso *Walford v. Miles*<sup>361</sup> basándose en la regla del derecho británico de que los “acuerdos a acordar” no son ejecutables<sup>362</sup>. En este sentido, Cordero-Moss expone en referencia al caso *Walford vs Miles*<sup>363</sup> que un recurso parcial contra esta conducta está representado por la doctrina de la restitución; sin embargo, la restitución tiene por objeto recuperar un beneficio obtenido por la parte que se alejó de las negociaciones, no a la compensación de las pérdidas sufridas por la otra parte<sup>364</sup>. Zimmermann & Whittaker mencionan en cuanto a la denominada “restitutionary recovery” o recuperación restitutoria, que los ingleses consideran inapropiado permitir un resarcimiento de esta naturaleza<sup>365</sup>.

Más allá de la etapa precontractual, otras versiones de la buena fe podrían presentarse; como ser en contratos de seguros, contratos laborales, contratos con relaciones fiduciarias como ser acuerdos de asociación<sup>366</sup>. Por otro lado,

---

<sup>359</sup> Bridge, M. (2019) *op. cit.* p. 398

<sup>360</sup> *Lloyds Bank Ltd v. Herbert James Bundy* [1974] EWCA 8 Accesible en: <https://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/1974/8.html> (Revisado en: 13/06/2020).

<sup>361</sup> *Walford v Miles*, WL 895094 [1992]. Cfr. *Courtney & Fairbairn Ltd. v Tolaini Bros (Hotels) Ltd.* [1975] 1 All ER 453 en donde se expone que no se pueden ejecutar acuerdos para negociar.

<sup>362</sup> Stone, R., & Devenney, J. (2017) *op. cit.* p. 24.

<sup>363</sup> Cfr. *Regalian Properties v. London Dockland Development Corp* [1995] 1 All ER1005.

<sup>364</sup> Cordero-Moss, G. (2014). *International commercial contracts: Applicable sources and enforceability*. Cambridge University Press, p. 100,101.

<sup>365</sup> Zimmermann, R., & Whittaker, S. e. (2000). *“Good faith in European Contract Law”*. Cambridge, UK: Cambridge University Press, p. 257.

<sup>366</sup> Bridge, M. (2019) *op. cit.* p. 395.

existe la buena fe en casos donde exista un contrato con cláusulas de confidencialidad<sup>367</sup>. De igual manera, si una obligación contractual requiere de manera expresa que una parte actúe de buena fe, una corte inglesa podría darle validez en ciertas circunstancias<sup>368</sup>.

#### **4.3.3. Apuntes finales referentes a la buena fe precontractual en el *common law* inglés.**

Posterior al análisis jurisprudencial, Bridge concluye que en el *common law* inglés, la buena fe no es aceptada como un estándar impuesto por operación de la ley o como un principio general. En este sentido, no hay necesidad de implementar un principio de buena fe. No obstante, dicha obligación puede surgir en casos particulares como un término implícito por los hechos del caso, basándose en la intensión expresa de las partes<sup>369</sup>.

En igual sentido, es importante citar la conclusión de Lord Bingham en el caso *Interfoto Picture Library Ltd.* referente a supuestos de la buena fe en las negociaciones en el *common law* inglés, y expone que *la ley inglesa característicamente no se ha comprometido con tal principio primordial, pero ha desarrollado soluciones parciales en respuesta a problemas de esta naturaleza*<sup>370</sup>.

---

<sup>367</sup> Bridge, M. (2019) *op. cit.* p. 395.

<sup>368</sup> *Idem.* cita algunos casos como ser, *Health & Case Management Ltd v The Physiotherapy Network Ltd.* [2018], paras. 107 ss, en donde hubo un uso negligente de información confidencial; *Vid. Berkeley Community Villages Ltd v Pullen* [2007] EWHC 1330 (Ch), paras 95-97 (acuerdo para desarrollo de tierras requiriendo a las partes Buena fe); *CPC Group Ltd v Qatari Diar Real Estate Investment Co.* [2010] EWHC 1535 (Ch), para 246.

<sup>369</sup> *Idem.* p. 412.

<sup>370</sup> Collins, H. (2014) *op. cit.* p. 299, citando el argumento de Lord Bingham en el caso *Interfoto Picture Library Ltd v Stiletto Visual Programmes Ltd* [1989] QB 433, 439 (CA).

Sin perjuicio de lo antes expuesto, el concepto de buena fe se ha incluido de manera expresa en ciertos apartados del derecho anglosajón británico bajo la influencia de las Directivas de la UE en materia de consumo. Dentro de estas, se encuentra la regulación de los contratos de consumo de 1999,<sup>371</sup> y en su nota explicativa se expone que la previsión de un requerimiento de buena fe responde al desbalance entre las partes intervinientes en la relación de consumo<sup>372</sup>. A pesar de dicha regulación, concluyen Stone & Devenney que se mantiene alto el grado de escepticismo en relación al mismo<sup>373</sup>.

En referencia al contexto del Brexit y el referéndum realizado en 2016 en Reino Unido, exponen Stone & Devenney que, en una posible salida de Gran Bretaña de la Unión Europea (misma que ya se consumó a finales de enero 2020)<sup>374</sup>, ya no serían vinculantes las diferentes Directivas provenientes del legislador europeo. No obstante, consideran que en materia de derecho de consumo, la influencia de la UE seguiría latente por medio del derecho de consumo, aun consumándose el Brexit<sup>375</sup>. De esta manera, será interesante el desenvolvimiento de Reino Unido en su periodo post Brexit y las diferentes

---

<sup>371</sup> Vid. UK Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations SI 1999/2083. Section 5(1) *contractual term which has not been individually negotiated shall be regarded as unfair if, contrary to the requirement of good faith, it causes a significant imbalance in the parties' rights and obligations arising under the contract, to the detriment of the consumer*. Accesible en: [https://www.legislation.gov.uk/uksi/1999/2083/pdfs/uksi\\_19992083\\_en.pdf](https://www.legislation.gov.uk/uksi/1999/2083/pdfs/uksi_19992083_en.pdf) (Revisado en fecha: 01/04/2021).

<sup>372</sup> UK Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations SI 1999/2083 Explanatory Note, párr. 3 *The Regulations provide that an unfair term is one which has not been individually negotiated and which, contrary to the requirement of good faith, causes a significant imbalance in the parties' rights and obligations under the contract to the detriment of the consumer (regulation 5)*.

<sup>373</sup> Stone, R., & Devenney, J. (2017). *"The Modern Law of Contract"*. New York: Routledge, Twelfth edition, p. 25.

<sup>374</sup> Mueller, B. (31 enero 2020) ¿Qué es el Brexit? Y ¿Qué va a pasar ahora? Una guía con lo básico del brexit, el atribulado plan de Gran Bretaña para abandonar la Unión Europea. The New York Times. Accesible en: <https://www.nytimes.com/es/2020/01/31/espanol/mundo/que-significa-brexit.html> (consultado en fecha: 01/04/2021).

<sup>375</sup> Stone, R., & Devenney, J. (2017) *op. cit.* p. 28.



políticas económicas que implementará Reino Unido a fin de mantenerse como uno de las potencias económicas y políticas más importantes del mundo.

Ahora bien, la otra gran nación con sistema de derecho común es Estados Unidos de América, y tampoco hay que olvidar a naciones como Australia y Canadá. Será importante hacer un par de apuntes en cuanto a su posición en este debate y el mismo se realizará a continuación.

#### **4.3.4. *Good Faith* en el resto de países anglosajones.**

La potencia norteamericana de Estados Unidos ha tomado una posición diferente a la inglesa, y Bridge menciona que la codificación siempre impulsará la formulación de amplios principios<sup>376</sup>. En el “American Restatement (Second) of Contracts”, el principio de buena fe (*good faith & fair dealing*) fue adoptada de manera expresa en su sección 205<sup>377</sup>, y se hace mención del mismo en Código Comercial Uniforme en su art. 1-203<sup>378</sup>. Además, afirma Collins que el deber de actuar conforme al principio de buena no puede ser obviado por las partes<sup>379</sup>.

Cabe mencionar que Trakman & Sharma señalan que el American Restatement no define el deber de buena fe contractual; el UCC la define como

---

<sup>376</sup> Bridge, M. (2019) *op. cit.* p. 388.

<sup>377</sup> *Vid.* Trakman, L. E., Sharma, K. (2014) *op. cit.* p. 606.

<sup>378</sup> Collins, H. (2014) *op. cit.* p. 330. UCC Section 1—203. *Obligation of good faith Every contract or duty within this subtitle imposes an obligation of good faith in its performance or enforcement.* Accesible en: <https://www.govinfo.gov/content/pkg/STATUTE-77/pdf/STATUTE-77-Pg630.pdf> (consultado en fecha 1/04/2021).

<sup>379</sup> *Idem.* p. 330. UCC Section 1—102(3): *The effect of provisions of this subtitle may be varied by agreement, except as otherwise provided in this subtitle and except that the obligations of good faith, diligence, reasonableness and care prescribed by this subtitle may not be disclaimed by agreement but the parties may by agreement determine the standards by which the performance of such obligations is to be measured if such standards are not manifestly unreasonable.*



“el cumplimiento de estándares comerciales razonables y trato justo”<sup>380</sup> , sin embargo, no provee una guía clara sobre los límites de dicho principio en relación a las transacciones comerciales<sup>381</sup> . Concluyen su análisis de la norma estadounidense afirmando que dicho principio aplica más en la ejecución de un contrato ya perfeccionado y que no siempre existirá un acuerdo para negociar de buena fe<sup>382</sup> .

En este sentido, otros Estados como ser Australia, también han tomado una posición encaminada a su reconocimiento<sup>383</sup> . En el caso australiano, la buena fe ha sido descrita como un término implícito por la norma como ser en los casos *Hughes Aircraft Systems International v. Airservices Australia* y en el caso *Burger King Corporation v. Hungry Jack`s Pty Ltd*<sup>384</sup> .

En el caso canadiense, hay que resaltar la particularidad que en su sistema legal existe tanto la influencia anglosajona como francesa<sup>385</sup> , de tal manera que en la Corte Suprema de la nación de la hoja de maple evidencia esta característica en su jurisprudencia, en donde se usa bastante el derecho comparado en su razonamiento<sup>386</sup> .

En cuanto a la exigencia de negociaciones bajo el principio de buena fe y daños causados en el proceso de formación del contrato, Giliker afirma que la Corte

---

<sup>380</sup> Trakman, L. E., Sharma, K. (2014) *op. cit.* p. 606 citando el UCC Section 1-201(b)(20).

<sup>381</sup> *Idem.*

<sup>382</sup> *Idem.*

<sup>383</sup> Ramírez Necochea, M. (2006). La buena fe en los contratos internacionales. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, 1(6) pp. 785-792, p. 788.

<sup>384</sup> Collins, H. (2014) *op. cit.* p. 330, citando los casos: *Hughes Aircraft Systems International v. Airservices Australia*, (1997) 146 A.L.R. 1; *Burger King Corporation v Hungry Jack`s Pty Ltd* [2001] NSWCA 187, (2001) 69 NSWLR 558, 569.

<sup>385</sup> Giliker, P. (2003). A role for tort in pre-contractual negotiations? An examination of English, French, and Canadian law. *The International and Comparative Law Quarterly*, Cambridge University Press, 52(4), 969-993, p. 985.

<sup>386</sup> *Idem.* p. 985, citando la sentencia *Canadian National Railway Co v Norsk Pacific Steamship Co* [1992] 91 DLR (4th) 289.

canadiense “se mostró renuente a extender la negligencia a la regulación de las negociaciones comerciales” además el tribunal canadiense mencionó que ya estaban reguladas otras figuras que atendieran situaciones similares como ser la influencia indebida (*undue influence*), coacción económica (*economic duress*), o el error (*misrepresentation*)<sup>387</sup>; de esta manera se toma una posición más en sintonía con la desarrollada por la jurisprudencia inglesa a pesar de la influencia del derecho civil existente en dicho sistema legal.

Conforme a lo antes expuesto, es evidente la diversidad de posiciones y soluciones que se han planteado en los diferentes Estados de tradición anglosajona en materia de la buena fe precontractual. Lo importante de este análisis es observar la complejidad latente aún en la actualidad en relación con el principio de buena fe y la etapa de negociaciones en el íter contractual y que la unificación de criterios continuará siendo un reto a considerar para este objetivo.

#### **4.4. Conclusiones finales en relación a la buena fe**

El principio de la buena fe en el derecho contractual ha sido ampliamente desarrollado en España, convenciones, instrumentos de *soft law* y en cierta medida, en gran parte de Latinoamérica. El mismo cuenta convive con la libertad contractual que permite a las personas entrar y salir de negociaciones libremente. El principio de buena fe crea las limitantes de la libertad contractual

---

<sup>387</sup> Giliker, P. (2003) *op. cit.* p. 987, haciendo referencia a los casos *Martel Building Ltd v Canada párr. 70*. Sentencia accesible en: <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/1825/index.do> (consultado en fecha: 02/04/2020) y *LAC Minerals Ltd v Corona Resource Ltd (1989) 61 DLR (4th) 14*.

que en caso de que se desarrolle una actuación contraria a dicho principio, existiría una posible causal de responsabilidad dependiendo del caso concreto.

Sin perjuicio de lo anterior, no todos los sistemas legales comparte la apertura que otorgan los Estados de sistema civil a este principio. La diferencia primordial entre el sistema anglosajón y el derecho civil en relación a la buena fe y su reconocimiento como principio regulador de la etapa precontractual.

Resulta que el *common law* no exige una obligación de buena fe en las negociaciones previas. En la jurisprudencia de los tribunales ingleses, se han planteado diversas soluciones con respecto a supuestos actos antijurídicos desarrollados durante las negociaciones que han sido consideradas como más adecuadas que un principio general de buena fe en detrimento de la libertad contractual que pretende proteger el juez británico.

En otros Estados regidos por el derecho anglosajón han tomado posiciones similares como lo es Canadá. No obstante, la principal variante existe en el mundo anglo, es la posición de Estados Unidos de Norteamérica, quienes efectivamente reconocen un principio general de buena fe contractual conforme a lo desarrollado en el Código Uniforme Comercial de la potencia norteamericana.

Habiendo expuesto lo anterior, dicho principio representa una pieza fundamental para el Estudio del íter contractual en todas sus etapas a pesar del continuo debate existente al respecto en relación con otros sistemas jurídicos diferentes al derecho civil que domina el mundo hispano parlante. De tal manera que su estudio continúa siendo relevante en la sociedad del siglo XXI.

Seguidamente, en las siguientes líneas se detallará la naturaleza y fundamentos teóricos de los diferentes deberes precontractuales que se

**NUEVOS RETOS DE LA CULPA IN CONTRAHENDO, LA FASE PRECONTRACTUAL EN LA CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA Y SU REGULACIÓN.**

---

derivan de los fundamentos de la buena fe *in contrahendo* que deben ser implementados en la práctica comercial B2B y B2C en la actual economía digital dominada por las tecnologías de la información.

## **V. Deberes Precontractuales**

### **5.1. La buena fe como fuente de deberes precontractuales.**

Como fue estudiado en el capítulo anterior, la buena fe aplicable a la etapa precontractual o *in contrahendo* ha de entenderse como un criterio objetivo de valoración de la conducta de quienes están inmersos en la etapa preparatoria de un contrato conjugado con el elemento de la reciprocidad que debe existir en el vínculo contractual.

Como tal, resulta ser que también la buena fe y su interacción con la libertad contractual<sup>388</sup> son fuente de creación de determinados deberes de conducta exigibles en cada caso de acuerdo con la naturaleza de la relación jurídica y con la finalidad perseguida por las partes a través de ella<sup>389</sup> además buscan crear un balance entre ambos principios cuya violación repercutirán en las partes y generará responsabilidad en la parte causante<sup>390</sup>. De esta manera, el contenido y extensión de estos deberes de conducta no pueden ser establecidos *a priori* y son meras manifestaciones de una regla general desarrollada por la doctrina y la jurisprudencia<sup>391</sup>.

Por otro lado, las facilidades otorgadas por las nuevas tecnologías simplifican los procesos de información y por tanto la toma de decisiones, operándose en tiempo real y de forma deslocalizada, desapareciendo muchas veces las largas negociaciones lo cual conlleva a una revalorización de la confianza y la buena

---

<sup>388</sup>García Rubio, M.P., Otero Crespo, M. (2010) *op. cit.* p. 25

<sup>389</sup>Valés Duque, P. (2012), *op. cit.* p. 114

<sup>390</sup>García Rubio, M.P., Otero Crespo, M. (2010) *op. cit.* p. 25

<sup>391</sup>Valés Duque, P. (2012), *op. cit.* p. 115

fe como el centro del ordenamiento privado y en especial de la materia contractual<sup>392</sup>.

En tal sentido, entre los deberes de conducta que impone la buena fe, conforme al pensamiento de Valés Duque se pueden clasificar en<sup>393</sup>:

- Deberes precontractuales: Estos relativos a cuando el contrato todavía no se ha celebrado y a las prestaciones que van a ser objeto del mismo.
- Deberes contractuales: siendo estos relativos a los derechos y obligaciones asumidos por cada una de las partes del contrato.

Los deberes contractuales no tienen mucha complicación para su identificación en el sentido que las mismas ya se encuentran detalladas en el cuerpo del contrato, al contrario de las precontractuales, las cuales no siempre se encuentran identificados de manera expresa.

En este sentido, y analizando cuales son los deberes precontractuales que se presentan en la práctica comercial, hay que mencionar que autores como Cabanillas Sánchez han identificado algunos de los deberes precontractuales más comunes, como ser el deber de información, deber de lealtad además del denominado deber de protección<sup>394</sup>. Si bien estas pueden ser consideradas los principales deberes desarrollados por la doctrina y la jurisprudencia no significa que sean los únicos que puedan existir, de tal manera que es importante estar

---

<sup>392</sup> Monsalve Caballero, V. (2008). *La buena fe como fundamento de los deberes precontractuales de conducta: una doctrina europea en construcción*. Revista de Derecho Universidad del Norte, No. 30, 30-74, p. 32. Accesible en:

[http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0121-86972008000200003&lng=en&tlng=es](http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0121-86972008000200003&lng=en&tlng=es) (Revisado en fecha 24/06/2020).

<sup>393</sup> Valés Duque, P. (2012), *op. cit.* p. 115

<sup>394</sup> *Idem.* p. 116, citando a Cabanillas Sanchez, A. (1995) El Ambito de la Responsabilidad Precontractual o culpa *in contrahendo*, RCDI, n. 628, mayo-junio 1995, p. 750.

en constante estudio de jurisprudencia en la materia la cual puede detallar algunos deberes aplicables a diferentes casos en concreto<sup>395</sup>.

La característica principal entre todos los deberes precontractuales, es que tienen su fundamento en la vulneración del principio de la buena fe, por tal razón una parte de la academia llama como deberes colaterales o deberes secundarios<sup>396</sup>. A continuación, se procederá a estudiar los deberes precontractuales, su naturaleza y fundamento jurídico.

## **5.2. Deberes precontractuales de conducta.**

En todo momento del *iter* contractual, las parte que intervienen en sus diferentes etapas están obligadas a conducirse con aquella diligencia y consideración de protección de intereses mutuos<sup>397</sup>. De igual manera, la doctrina moderna sustenta los deberes precontractuales en la relación que nace entre las partes con el fin de preparar el contenido del futuro contrato<sup>398</sup>. Este razonamiento ha sido regulado varias disposiciones en materia civil de Estados europeos como en el art. 1337 del *Codice Civile* italiano, o el parágrafo del BGB alemán 311.2 y también ha sido uno de los puntos importantes desarrollados en los diferentes movimientos de armonización y unificación del derecho privado en la UE<sup>399</sup>.

Los denominados deberes secundarios de conducta tienen su nacimiento en la doctrina y en diferentes países europeos, se ha reconocido su existencia y vinculación por vía jurisprudencial. De igual manera, su inclusión legal ha sido

---

<sup>395</sup> Valés Duque, P. (2012), *op. cit.* p. 116.

<sup>396</sup> Borda, A. (2014) *op. cit.* pág. 51. Dicho autor cita a Nicolau, N.L, Hernández, M., Ariza, A & Frustagli, S.A., (2009) Fundamentos de derecho contractual, I, 248, Editorial La Ley, Buenos Aires.

<sup>397</sup> Monsalve Caballero, V. (2008) *op. cit.* p. 41.

<sup>398</sup> *Idem.* p. 42.

<sup>399</sup> *Idem.* p. 42 y 43.

reconocida en las normas de consumo e instrumentos de soft law referentes a la contratación internacional en la UE<sup>400</sup>. A continuación, se buscará hacer referencia a los deberes precontractuales tanto entre las relaciones entre comerciantes como supuestos de contratos de consumo desde la óptica del derecho civil que domina en gran parte de Europa y Latinoamérica.

### **5.2.1. Deber de protección**

Este deber en particular surge gracias a la jurisprudencia alemana. El *landmark case* en esta materia es la sentencia del *Reichsgericht* en el caso *Linoleum o Linoleumrollenfall* de 1911<sup>401</sup>. El caso implicaba una disputa entre el dueño de un almacén y una clienta a causa de un accidente causado por una alfombra de linóleo. El Tribunal Alemán señaló que existía una relación jurídica preparatoria a la compra de la alfombra la cual crea un deber de cuidado recíproco con respecto a la salud (integridad física) y a la propiedad de las partes cuyo incumplimiento sería un supuesto de responsabilidad precontractual<sup>402</sup>. En caso en mención, dicha relación jurídica preparatoria tenía su origen en la solicitud de que se procediera a la muestra de las mercancías (la alfombra) y se fundamentó en el artículo 278 del BGB<sup>403</sup>.

En casos parecidos al de la alfombra de linóleo, en la jurisprudencia española no se hace referencia a la culpa *in contrahendo* (CIC), y se clasifica dicha

---

<sup>400</sup> Monsalve Caballero, V. (2008) *op. cit.* p. 70.

<sup>401</sup> Oviedo Albán, J. (2008) *op. cit.* 99, *Cfr.* García Rubio, M.P., Otero Crespo, M. (2010) *op. cit.* p. 26. *Vid.* RGZ 78, 239 VI. Civil Senate (VI 240/11) *Linoleumrollen*, resumen en inglés accesible en el portal de la Universidad de Texas en Austin School of Law (Actualizado por última vez: 2005): <https://law.utexas.edu/transnational/foreign-law-translations/german/case.php?id=807> (Revisado en fecha 22/06/2020). *Cfr.* Pantaleón Prieto (2011) *op. cit.* p. 903.

<sup>402</sup> García Rubio, M.P., Otero Crespo, M. (2010) *op. cit.* p. 26

<sup>403</sup> Oviedo Albán, J. (2008) *op. cit.* p. 100, *Cfr.* Pantaleón Prieto *op. cit.* p. 903. En la actualidad se encuentra regulado actualmente dentro del párrafo 2 y 3 del 311 BGB.



responsabilidad exclusivamente como extracontractual con fundamento al artículo 1902 del Código Civil Español (CCEs)<sup>404</sup>.

Bajo esta línea de ideas, estos supuestos se busca proteger bienes jurídicos totalmente ajenos al contrato que se busca perfeccionar por lo que García Rubio & Otero Crespo excluyen su incardinación en sede precontractual no es la más ajustada, además esta clasificación deriva de las deficiencias históricas del Derecho alemán en materia de responsabilidad civil por daños extracontractuales.<sup>405</sup> En esta línea de ideas, también expone Pantaleón Prieto que dicho deber es parte del “núcleo duro” del ámbito propio de la responsabilidad extracontractual, haciendo referencia a los accidentes con daños en las personas o a las cosas<sup>406</sup>.

Bajo esta lógica, el *supra* mencionado RRII en su Considerando 30<sup>407</sup> hace la aclaración de que, en el supuesto de lesiones personales en el curso de las negociaciones de un contrato, se aplicará lo detallado en el art. 4<sup>408</sup> de dicho

---

<sup>404</sup> García Rubio, M.P. & Otero Crespo, M. (2010) *op. cit.* p. 27. Haciendo referencia a los casos STS del 31 de marzo de 2003 (RJ2003/2839), una clienta de un comercio resbaló en el suelo que estaba mojado. *Vid.* STS de 22 de febrero de 2007 (RJ 2007\1520), STS de 30 de mayo de 2007 (RJ 2007\4338), los cuales hacen referencia a daños causados por accidentes de clientes en locales comerciales. *Vid.* CCE Artículo 1902. El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado.

<sup>405</sup> García Rubio, M.P. & Otero Crespo, M. (2010) *op. cit.* p. 27

<sup>406</sup> Pantaleón Prieto *op. cit.* p. 903.

<sup>407</sup> Considerando (30) RRII [...]. *El artículo 12 cubre únicamente las obligaciones extracontractuales con vínculo directo con los tratos previos a la celebración de un contrato. Esto quiere decir que, si durante las negociaciones de un contrato una persona sufriera una lesión personal, se aplicaría el artículo 4 o cualquier otra disposición pertinente del Reglamento. Cfr. Pantaleón Prieto op. cit. p. 903.*

<sup>408</sup> RRII: *Hechos Dañosos Artículo 4: 1. Salvo disposición en contrario del presente Reglamento, la ley aplicable a una obligación extracontractual que se derive de un hecho dañoso es la del país donde se produce el daño, independientemente del país donde se haya producido el hecho generador del daño y cualesquiera que sean el país o los países en que se producen las consecuencias indirectas del hecho en cuestión. 2. No obstante, cuando la persona cuya responsabilidad se alega y la persona perjudicada tengan su residencia habitual en el mismo país en el momento en que se produzca el daño, se aplicará la ley de dicho país. 3. Si del conjunto de*

reglamento, pero nunca lo referente a la responsabilidad precontractual desarrollada en el artículo 12 del mismo.<sup>409</sup>

Siempre en relación con el argumento de García Rubio & Otero Crespo, expone Oviedo Albán en referencia a la CISG que dicho principio es reconocido en el artículo 77<sup>410</sup> de la misma en el que se consagra la mitigación de daños. El mismo se refiere a eventos del incumplimiento del contrato, no obstante, puede sostenerse que este es uno de los principios en los que se basa la CISG. Por tanto, fundamentándose en el artículo 7<sup>411</sup>, mismo que hace referencia a los principios generales que rigen dicha convención, se sostiene que también existe la obligación de mitigar los posibles daños derivados del incumplimiento de la buena fe aplicable a la etapa precontractual<sup>412</sup>.

En cuanto a la naturaleza del deber de protección alemán como causal de responsabilidad precontractual, es necesario hacer la aclaración que, si bien dicha responsabilidad, como se explicará más adelante, también es de

---

*circunstancias se desprende que el hecho dañoso 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. Un vínculo manifiestamente más estrecho con otro país podría estar basado en una relación preexistente entre las partes, como por ejemplo un contrato, que esté estrechamente vinculada con el hecho dañoso en cuestión.*

<sup>409</sup> García Rubio, M.P. & Otero Crespo, M. (2010) *op. cit.* p. 28.

<sup>410</sup> CISG Artículo 77 La parte que invoque el incumplimiento del contrato deberá adoptar las medidas que sean razonables, atendidas las circunstancias, para reducir la pérdida, incluido el lucro cesante, resultante del incumplimiento. Si no adopta tales medidas, la otra parte podrá pedir que se reduzca la indemnización de los daños y perjuicios en la cuantía en que debía haberse reducido la pérdida.

<sup>411</sup> CISG Artículo 7 1) En la interpretación de la presente Convención se tendrán en cuenta su carácter internacional y la necesidad de promover la uniformidad en su aplicación y de asegurar la observancia de la buena fe en el comercio internacional. 2) Las cuestiones relativas a las materias que se rigen por la presente Convención que no estén expresamente resueltas en ella se dirimirán de conformidad con los principios generales en los que se basa la presente Convención o, a falta de tales principios, de conformidad con la ley aplicable en virtud de las normas de derecho internacional privado.

<sup>412</sup> Oviedo Albán, J. (2008) *op. cit.* p. 100-101.

naturaleza extracontractual, los bienes jurídicos a proteger son completamente diferentes con respecto a la doctrina del Linóleo. El deber de protección presentado por la doctrina alemana responde a la protección de la integridad física de las personas involucradas, mientras que las causales de CIC responden a actos en detrimento del patrimonio e intereses comerciales de las partes involucradas. Por tanto, este deber se tendría que considerar por excluido de los deberes secundarios derivados de la buena fe *in contrahendo* planteada en la etapa de formación contractual.

### **5.2.2. Deber de Lealtad**

Dicho deber en términos generales supone que las partes deben tener y mantener un comportamiento correcto y leal en el curso de los tratos<sup>413</sup>, de tal manera que engloba la sustancia de la buena fe precontractual de tal manera que ambos conceptos (buena fe y lealtad) van siempre de la mano<sup>414</sup>. En esta línea de ideas, expone Neme Villarreal que *la lealtad expresa el propósito de la buena fe y comporta un mandato de conducta diáfana y transparente que tenga en cuenta los intereses de la otra parte*<sup>415</sup>.

Dicho deber exige mirar más al espíritu que a la letra y exige adicionalmente un comportamiento de colaboración entre las partes contratantes para la realización de un fin perseguido con un vínculo contractual<sup>416</sup>. De igual manera, en cuanto a este deber no basta con actuar conforme a derecho, por

---

<sup>413</sup> García Rubio, M.P. & Otero Crespo, M. (2010) *op. cit.* p. 31.

<sup>414</sup> *Vid.* UPIC Art. 1.7 (*Buena fe y lealtad negocial*).

<sup>415</sup> Carreño Mendoza, S. (2019). "La ruptura de la negociación: La potestad de retiro y los motivos que acompañan su ejercicio en el derecho privado". 36 *Rev. Derecho Privado*, 233-255, p. 237, citando a Neme Villareal (2010) "La buena fe en el derecho romano. La extensión del deber de actuar conforme a buena fe en materia contractual" Bogotá, Universidad Externado de Colombia, p. 258.

<sup>416</sup> Giraldo Bustamante (2017) *op. cit.* p. 19.

descontado, se prohíben los comportamientos maliciosos y las segundas intenciones<sup>417</sup>; añade Carreño Mendoza que en ocasiones también se precisa de comportamientos activos o pasivos que promuevan la satisfacción de los intereses de la contraparte<sup>418</sup>. En tal sentido, el deber de lealtad es considerado por Monsalve Caballero como el principio nuclear del derecho de las obligaciones contractuales<sup>419</sup> y esto lo fundamenta en la literatura legal germánica misma que hace referencia a la siguiente ecuación: Relación Precontractual = relación de confianza<sup>420</sup>.

Otra perspectiva interesante es la desarrollada en la academia colombiana<sup>421</sup>, en donde se detalla la finalidad de este deber como la creación de un ambiente propicio para el desenvolvimiento del comercio internacional, que permita una generación de riqueza, una ágil circulación de las mercancías y un cumplimiento puntual y serio de los compromisos adquiridos.

### **5.2.3. Deber De Confidencialidad**

La fase de negociaciones es un proceso de intercambio y verificación de información entre las partes con objeto de aproximar sus posturas, confirmar su interés, definir el ámbito de posible acuerdo y anticipar los riesgos<sup>422</sup>. En esta línea de ideas, en la contratación tanto civil como mercantil, la información

---

<sup>417</sup> Monsalve Caballero (2010) *op. cit.* p. 114. Vid. Monsalve Caballero, V. (2008). *op. cit.* p. 41

<sup>418</sup> Carreño Mendoza, S. (2019) *op. cit.* p. 235.

<sup>419</sup> Monsalve Caballero, V. (2008). *op. cit.* p. 41

<sup>420</sup> *Idem.* p. 42, citando a Stoll, F. (1935) *Die lehre von den leistungsstor-ungen*, Tubingen, p. 26, Eichler, K. (1950) *Rie rechtslehre vom vertrauen*, Tubingen, p. 11ss entre otros.

<sup>421</sup> Oviedo Albán, J., Urbina Galiano, L., Posada Nuñez, L. (1999) "La Formación del Contrato en los Principios de Unidroit para los contratos comerciales internacionales (comparación con las normas colombianas)" *Revista Vniversitas* No. 96 de la Pontifica Universidad Javeriana (Junio de 1999) 2.1.6.1 Accesible en: <https://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/oviedoalban1.html#b> (Consultado en fecha 16/08/2020).

<sup>422</sup> Rodríguez De Las Heras Ballell (2015) *op. cit.* pág. 1813.

que se intercambie durante las negociaciones no siempre será pública para terceros que podrían entorpecer cualquier negociación que esté en proceso. Por otro lado, en el contexto de la economía digital, gran parte de la información a compartir es personal susceptible de protección particular conforme al RGDP como ser correos electrónicos, direcciones, números telefónicos, etc. resguardando la intimidad de las partes<sup>423</sup>

En este sentido, en este proceso, se valoran todos los elementos concernientes a la procedencia o no del negocio, compraventa, etc. por las partes involucradas, y si la información que sea necesaria para el proceso llega a ser exteriorizada puede tener efectos negativos para las partes que pueden implicar un daño que muy difícilmente se pueda reparar. Como se observa, el deber de confidencialidad es de vital importancia en la etapa precontractual considerando que hermetiza y protege los intereses de las partes.

Oviedo Albán afirma que dicho deber *consiste en guardar reserva de toda información bien sea personal o con relevancia patrimonial que con ocasión a los tratos previos se haya conocido del otro*<sup>424</sup>. Por otro lado Rodríguez De Las Heras expone que el objeto del deber de confidencialidad es *el resguardo de la información reservada que con este carácter reciba de la otra en el curso de las negociaciones* y partir de esta descripción, extrae tres criterios de

---

<sup>423</sup> Vid. Monsalve Caballero, V. (2008). *op. cit.* p. 53. Cabe mencionar que dicho autor hace referencia al art. 18.1 de la constitución española.

<sup>424</sup> Oviedo Albán, J (2008) *op. cit.* p. 98. Hace referencia a la ley 256 sobre competencia desleal colombiana donde en su art. 16 expone: “Se considera desleal la divulgación o explotación, sin autorización de su titular, de secretos industriales o de cualquiera otra clase de secretos empresariales a los que se haya tenido acceso legítimamente, pero con deber de reserva, o ilegítimamente, a consecuencia de algunas de las conductas previstas en el inciso siguiente o en el artículo 18 de esta ley”.

delimitación del ámbito objetivo: el carácter de la información, su procedencia y el momento temporal<sup>425</sup>.

Primero, presenta un carácter reservado de la información; de tal manera que será reservada la información que sea calificada como tal por quien la comunica sin importar su naturaleza<sup>426</sup>. Además, dicha manifestación podrá ser expresa o tácita si la naturaleza del contrato, las circunstancias o de los usos o prácticas previas podría inferirse su carácter confidencial<sup>427</sup>; quedando la carga de la prueba sobre la naturaleza reservada de la información recaería en la parte emisora<sup>428</sup>.

Es por ello que se ha buscado solucionar esta problemática por medio de los llamados acuerdos de confidencialidad o NDA (*Non-Disclosure Agreements*) ya sea a través de acuerdos independientes o como cláusulas de confidencialidad. Estos representan el acuerdo preliminar más frecuentes en la fase precontractual y de celebración más urgente y temprana. En estos se determina la información sujeta a reserva, se establecen los lineamientos del deber de confidencialidad y se establecen sus consecuencias en caso de incumplimiento, generalmente a través cláusulas penales<sup>429</sup>.

---

<sup>425</sup> Rodríguez De Las Heras Ballell (2015) *op. cit.* p. 1814 y 1815.

<sup>426</sup> *Idem.* p. 1815.

<sup>427</sup> *Idem.* p. 1815 citando a Vogenauer, S.; Kleinheisterkamp, J. (Eds) (2009), *Commentary on the Unidroit Principles on International Commercial Contracts (PICC)*, Oxford University Press, Oxford, pp. 307-309. En esta línea de ideas se expresan Díez-Picazo, Roca Trías y Morales "No se trata de un deber de confidencialidad general, sino el que resultare así de forma expresa o bien de forma tácita atendidas las circunstancias del caso concreto" Díez - Picazo, Luis; Roca Trías, E.; Morales A.M., *Los principios del derecho europeo de contratos*, Civitas, Madrid, 2002, pág. 199. Citado por Oviedo Albán (2008) *op. cit.* p. 99.

<sup>428</sup> Rodríguez De Las Heras Ballell (2015) *op. cit.* p. 1815.

<sup>429</sup> *Idem.* p. 1818.

En cuanto al segundo criterio, el carácter de reserva también dependerá de quien emite la información; de tal manera que en caso de que la misma sea enviada por un tercero fuera de las negociaciones, no existiría el carácter en mención. Por tanto, la información debe ser enviada por la contraparte en las negociaciones<sup>430</sup>. En cuanto al momento temporal, hay dos criterios particulares, uno temporal referente a la etapa precontractual y uno contextual referente a las negociaciones. De tal manera que la información se debe proporcionar en el curso de las negociaciones y que se refiera a estas<sup>431</sup>.

Ahora bien, en cuanto a la regulación de la confidencialidad durante las negociaciones, es importante hacer referencia a los diferentes instrumentos de *soft law* existentes<sup>432</sup>. Entre ellos se puede mencionar los PECL; en dicho instrumento se regula la confidencialidad de las negociaciones en el art. 2:302<sup>433</sup>. Por otro lado, los Principios UNIDROIT, hacen referencia expresa al deber de confidencialidad y los mismos hacen hincapié en lo antes expuesto en cuanto a que el emisor debe aclarar la naturaleza confidencial de la información proporcionada<sup>434</sup> en sintonía con los criterios detallados por Rodríguez de las Heras.

---

<sup>430</sup> Rodríguez De Las Heras Ballell (2015) *op. cit.* p. 1815

<sup>431</sup> *Idem.* p. 1816

<sup>432</sup> *Vid.* Pantaleón Prieto, F. (2011) *op. cit.* p. 915, en donde hace referencia a UPIC, PECL, DCFR.

<sup>433</sup> Artículo 2:302 PECL: *Infracción de la confidencialidad Si una parte proporciona información confidencial en el curso de las negociaciones, la otra parte tiene el deber de no divulgar esa información o utilizarla para sus propios fines, ya sea que se celebre o no un contrato posteriormente. [...]*

<sup>434</sup> UNIDROIT UPICC 2016, Art. 2.1.16 (Deber de confidencialidad) *Si una de las partes proporciona información como confidencial durante el curso de las negociaciones, la otra tiene el deber de no revelarla ni utilizarla injustificadamente en provecho propio, independientemente de que con posterioridad se perfeccione o no el contrato. Cuando fuere apropiado, la responsabilidad derivada del incumplimiento de esta obligación podrá incluir una compensación basada en el beneficio recibido por la otra parte.*



Entre otros instrumentos referentes en la materia, como el anteproyecto de la Academia Pavia, hace referencia al “deber de reserva” en el mismo sentido de los textos citados en su artículo 8<sup>435</sup> y la infracción de confidencialidad en el DCFR<sup>436</sup>.

Un caso común desarrollado por Cartwright & Hesselink ratifican la importancia de este deber, sobre todo en los supuestos de información confidencial de diseños entregadas durante las negociaciones<sup>437</sup> y precisan que la imposición de responsabilidad durante las negociaciones por este supuesto es “virtualmente unánime” y mencionan que países como *inter alia*, Austria, Dinamarca, Finlandia, Suecia Alemania, y España cuentan con provisiones legislativas que cubren este supuesto, directa o indirectamente<sup>438</sup>

En la práctica comercial la confidencialidad siempre será un elemento a tomar en consideración dependiendo de las circunstancias del objeto y contexto de las negociaciones, y como se expuso anteriormente, el rol del emisor es de trascendencia para que la información compartida durante la etapa

---

<sup>435</sup> PAVIA Art. 8: “1. Las partes tienen el deber de hacer un uso reservado de las informaciones obtenidas confidencialmente en el transcurso de las tratativas. 2. La parte que no respeta este deber está obligada a reparar el daño sufrido por la otra y, si además obtuvo una ventaja indebida de la información confidencial, debe indemnizar a la otra parte en la medida de su propio enriquecimiento”. Texto del artículo tomado de Borda, A. (2014) *op. cit.* pág. 53.

<sup>436</sup> DCFR Artículo II.-3:302: Infracción de la confidencialidad (1) Si una parte proporciona información confidencial en el curso de las negociaciones, la otra parte tiene el deber de no revelar esa información ni utilizarla para sus propios fines, se haya posteriormente celebrado un contrato, o no. (2) En este artículo «información confidencial» significa información que, por su naturaleza o por las circunstancias en que fue obtenida, la parte que recibe la información sabe o puede razonablemente esperarse que sepa que es confidencial de la otra parte. (3) La parte que razonablemente prevea una infracción del deber podrá obtener una orden judicial que la prohíba. (4) La parte que haya infringido el deber será responsable de cualquier perjuicio causado a la otra parte por la infracción y podrá ser condenada a transferir a la otra parte cualquier beneficio obtenido mediante el incumplimiento.

<sup>437</sup> Cartwright, J. & Hesselink, M. (2009), *op. cit.* p. 336.

<sup>438</sup> *Idem.* p. 337.



precontractual sea considerada como tal, ya sea de manera tácita si se dan las condiciones para que se pueda acreditar o de manera expresa.

#### **5.2.4. El deber de información precontractual**

En términos generales, el deber de información pregona que las partes no pueden esconder datos que puedan ser determinantes y que puedan influir la celebración de un contrato<sup>439</sup>. De igual manera, el oferente está en la obligación de poner a disposición del destinatario de una posible oferta el conocimiento adecuado, claro y preciso sobre hechos relativos al contrato que se pretende celebrar<sup>440</sup> manteniendo su fundamento en la buena fe entre las partes durante todo el íter contractual<sup>441</sup>.

Si bien este deber es importante en las relaciones contractuales entre comerciantes, el mismo es uno de los pilares del derecho de consumo por la importancia que tiene en las relaciones B2C y la eliminación de la asimetría informativa que se puede desarrollar en la materia<sup>442</sup>. En este sentido, dicho deber busca garantizar que el consumidor obtenga toda la información necesaria para poder tomar una decisión en relación a bienes y servicios.

Múltiples Directivas de la UE introducen el deber de información con el objetivo de incrementar la protección del consumidor y permitiéndole tomar una

---

<sup>439</sup> Giraldo Bustamante (2017) op. cit. p. 18.

<sup>440</sup> Borda, A. (2014) op. cit. pág. 51.

<sup>441</sup> Tamani, C. (2019). La buena fe y los deberes de información precontractual. A propósito de la Casación N 2731-2018-Lima Revista *Dialogo con la Jurisprudencia* N° 253, octubre 2019 pp. 59-74 p. 62.

<sup>442</sup> Bajo esta misma línea se expresa Nordhausen, A, (2005) Chapter 6. "Information Requirements in the E-Commerce Directive and the Proposed Directive on Unfair Commercial Practices", Howells, G., Janssen and Schulze (Eds) *Information Rights and Obligations: A Challenge for Party Autonomy*, Ashgate, pág. 94.

decisión debidamente informada sin interferir en lo posible en su libertad de decisión y el libre mercado<sup>443</sup>.

Conforme a este deber, el empresario está obligado a facilitar al consumidor una información legalmente determinada antes de perfeccionar el contrato, a fin de que el consumidor este totalmente enterado de las condiciones del contrato de consumo a suscribir. Saavedra Muñoz considera que el desarrollo que ha tenido la obligación de información está orientado a que el consumidor exprese su consentimiento de forma libre y responsable, de tal manera que la persona más adecuada para definir la información que requiere el consumidor para cumplir tal fin es el empresario<sup>444</sup>.

Dicho concepto ha sido estudiado por varios grupos de trabajo especializados en la materia como en la Academia de Iusprivatistas Europeos con sede en Pavia<sup>445</sup>. En el artículo 7 de los Principios Pavia<sup>446</sup>, se colige que *“en el curso de los tratos preliminares cada parte tiene el deber de informar a la otra sobre todas y cada una de las circunstancias de hecho y de derecho, que conoce o debe conocer y que permitieran a la otra adquirir conciencia de la validez del*

---

<sup>443</sup> Nordhausen, A, (2005) *op. cit.* pág. 102.

<sup>444</sup> Saavedra Muñoz, C. (2012) Deber de Información al Consumidor Financiero: Caso de los Deudores de Créditos Hipotecarios en la Crisis del 2008, *El. Rev. E-Mercatoria*, 11, 146-178, p. 146.

<sup>445</sup> Vattier Fuenzalida, C. (2008). El Derecho europeo de contratos y el anteproyecto de Pavia . *Anuario de Derecho Civil Núm. LXI-4, Octubre* , pp. 1842-1865, p. 1845.

<sup>446</sup> Art. 7. Deber de información 1. *En el curso de las negociaciones, cada una de las partes tiene el deber de informar a la otra sobre toda circunstancia de hecho y de derecho de la que tenga o deba tener conocimiento y que permita a la otra darse cuenta de la validez del contrato y del interés en concluirlo. 2. En caso de omisión de información o de declaración falsa o reticente, si el contrato no ha sido concluido o queda afectado de nulidad, la parte que ha obrado en contra de la buena fe responde ante la otra en la medida prevista en el párrafo cuarto del artículo 6. Si el contrato ha sido concluido, queda obligada a restituir la suma recibida o a satisfacer la indemnización que el juez estime conforme a la equidad, salvo el derecho de la otra parte de impugnar el contrato por error.*

*contrato y del interés en su celebración*<sup>447</sup>. En su libro segundo sobre la compraventa también se hace referencia a las obligaciones del vendedor en una venta al público en general<sup>448</sup>.

En el art. 188 párrafo 2 se colige que el vendedor tiene la obligación de indicar de manera clara, el precio y de recurrir a una presentación correcta en el eventual mensaje publicitario, tanto más si este es comparativo para no inducir al error al cliente y en su párrafo cuarto se reitera que la información debe ser expresada de modo claro, visible y fácilmente comprensible. Se detalla en mayor medida las informaciones contextuales en su artículo 189 que se refieren a productos confeccionados, encajonados o embotellados acompañados de etiquetas, estampados ilustrativos o instrucciones para su uso.

De igual manera, otros instrumentos han desarrollado este principio como ser en los DCFR<sup>449</sup>, y en este instrumento hay un apartado al que se hace referencia,

---

<sup>447</sup> Vid. García Cantarero, G. (2010). *"Estudios sobre el Proyecto de Código Europeo de Contratos de la Academia Pavia"*. Madrid: Editorial Reus S.A. p. 102.

<sup>448</sup> Vattier Fuenzalida, C. (2008) *op. cit.* p. 1846.

<sup>449</sup> DCFR Arts. II.-3:101, Artículo II.-3:102 II.-3:102: Deberes específicos de las empresas frente a los consumidores (1) En la comercialización de bienes u otros activos o en la prestación de servicios por parte de una empresa a un consumidor, la empresa tiene el deber de no facilitar en ningún caso información falsa o engañosa. Se considerará «información engañosa» aquella que falsea u omite hechos relevantes que un consumidor medio esperaría recibir para tomar una decisión informada o adoptar las medidas necesarias para celebrar un contrato. A la hora de determinar qué información esperaría recibir un consumidor medio, es necesario tener en cuenta todas las circunstancias y las limitaciones del medio de comunicación empleado. (2) En los casos en los que una empresa emplee una comunicación comercial que dé la impresión a los consumidores que incluye toda la información necesaria para adoptar una decisión informada sobre la celebración de un contrato, la empresa tiene el deber de asegurarse de que la comunicación contiene realmente toda la información relevante. En caso de que no resulte evidente por el contexto de la comunicación comercial, la información que se debe facilitar incluirá: (a) las principales características de los bienes, otros activos o los servicios, la identidad de la empresa y su domicilio social, si procede, el precio y los derechos de desistimiento existentes; (b) la información relativa al modo de pago, envío, funcionamiento y solución de reclamaciones, en caso de que variara respecto a los requisitos de la diligencia profesional; y (c) el idioma en que se realizarán las comunicaciones entre las partes tras la celebración del contrato, si es distinto al de

en relación al deber de revelar información sobre bienes y servicios. En el mismo, se detalla la regla general en cuanto a este deber referente a la obligación general de los empresarios de revelar toda la información relevante que pueda esperar el consumidor razonablemente considerando estándares de calidad y cumplimiento. Lo importante de este art., es que en su numeral dos se presenta el criterio esencial para determinar si la información es “relevante” o no; y la misma sería en el supuesto que conforme a las condiciones de la negociación, el no proporcionar la información represente un alejamiento de las buenas prácticas comerciales<sup>450</sup>.

Esta situación en particular muestra que la igualdad y la autonomía de la voluntad, principios aceptados en la teoría general del contrato, no siempre se materializan en la realidad económica en esta materia<sup>451</sup>; provocando un fenómeno denominado por los economistas información asimétrica<sup>452</sup>. Fenómeno entendido como la ventaja injusta que siempre tendrá el comerciante en las relaciones de consumo.

#### **5.2.4.1. Regulación del deber de información a nivel europeo.**

Dicho deber tiene una regulación amplia en diferentes cuerpos normativos nacionales e instrumentos de *soft law* como ser los UPICC. En algunos casos,

---

la comunicación comercial. (3) El deber de proporcionar información en virtud del presente Artículo no se considerará satisfecho a menos que toda la información que se debe facilitar se encuentre en el mismo idioma. II-3:109: Remedies for breach of information duties.

<sup>450</sup> Artículo II.-3:101 DCFR: *Deber de revelar información sobre bienes, otros activos y servicios* [...] (2) *Para valorar qué información puede la otra parte esperar razonablemente que le sea relevada, el criterio que se aplicará, cuando la otra parte sea un empresario, será el de si el no proporcionar la información se apartaría de las buenas prácticas comerciales.*

<sup>451</sup> Saavedra Muñoz, C. (2012) *op. cit.* p. 155-156 citando a Arias Barrera, L.C. (2008), “Derecho del consumidor y su aplicación en el sector financiero”, *Revist@ e-Mercatoria*, vol. 7, n.º 1. Bogotá, Universidad Externado de Colombia.

<sup>452</sup> *Idem.* p. 156 citando a Talero Almansa, A. Información Asimétrica en Mercados Financieros, Bogotá, Universidad de los Andes, Documentos CEDE, 1995, p. 1

dicho deber tiene protección constitucional, y tal es el caso del Estado de Colombia, donde en su carta magna se detalla en el art. 78 que “*la ley regulará el control de calidad de bienes y servicios ofrecidos y prestados a la comunidad, así como la información que debe suministrarse al público en su comercialización*”<sup>453</sup>.

En cuanto a las relaciones comerciales en la red, la Directiva 2000/31/CE de Comercio Electrónico, presenta en su artículo 5 un principio de “información general exigida” en el cual se colige que el prestador de servicios en línea permita a los destinatarios del servicio y a las autoridades competentes acceder con facilidad y de forma directa y permanentes a los datos pertinentes para el negocio jurídico<sup>454</sup>. Por otro lado, en su artículo 10 exterioriza un deber de información precontractual aplicable tanto a relaciones B2C como B2B, no obstante, en relaciones B2B, este deber puede ser obviado dependiendo del caso concreto<sup>455</sup>, y no está de más reiterar que en las relaciones de consumo, la información proporcionada debe ser apropiada, efectiva y accesible al consumidor<sup>456</sup>.

---

<sup>453</sup> Saavedra Muñoz, C. (2012) *op. cit.* p. 156

<sup>454</sup> Entre los datos exigidos por dicho artículo se encuentran los siguientes: Nombre del prestador, dirección geográfica donde está establecido el prestador de servicio, datos de contacto que permita una comunicación directa con el destinatario como ser el correo electrónico, entre otros. Art. 5 Directiva 2000/31/CE

<sup>455</sup> Nordhausen, A, (2005) *op. cit.* p. 104, Vid. Art. 10 Información exigida: [...] en el Derecho Comunitario, los Estados miembros garantizarán, excepto cuando las partes que no son consumidores así lo acuerden, que el prestador de servicios facilite al menos la siguiente información de manera clara, comprensible e inequívoca y antes de que el destinatario del servicio efectúe un pedido: a. los diferentes pasos técnicos que deben darse para celebrar el contrato; b. Si el prestador de servicios va a registrar o no el contrato celebrado, y este va a ser accesible, c. los medios técnicos para identificar y corregir los errores de introducción de datos antes de efectuar el pedido, d. las lenguas ofrecidas para la celebración del contrato.

<sup>456</sup> Art 11.2 Directiva 2000/31/CE de Comercio Electrónico.

De igual manera la Directiva 2011/83/UE sobre derechos de los consumidores<sup>457</sup> en sus considerando 9 afirma que el contenido de dicha instrumento establece normas relativas a la información que es preciso facilitar en los contratos a distancia, fuera del establecimiento entre otros; y en su considerando 34 se determina que *“el comerciante debe proporcionar al consumidor información clara y comprensible antes de que el consumidor se vea vinculado por un contrato a distancia o fuera del establecimiento, por un contrato distinto a estos o por una oferta contractual correspondiente”*. Además, en su Capítulo II, Art. 5 se detallan en mayor medida los requisitos de la información que se debe proporcionar en contratos B2C.

En la actual ley española de protección al consumidor<sup>458</sup>, se efectuó un reforzamiento de dicho deber a través de la ampliación de los requisitos de información precontractual exigibles en los contratos con consumidores conforme a los lineamientos presentados en el artículo 97, y en su apartado 5, se exterioriza que toda esta información precontractual proporcionada al consumidor pasará a formar parte integrante del contrato celebrado y no se

---

<sup>457</sup> Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2011 sobre los derechos de los consumidores, por la que se modifican la Directiva 93/13/CEE del Consejo y la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan la Directiva 85/577/CEE del Consejo y la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo. Accesible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32011L0083&from=ES> (Revisado en fecha 26/06/2020). En dicha Directiva se armoniza la jurisprudencia comunitaria interpretando la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores sobre todo la STJUE de 14 de junio 2012 C-618 Banco Español de Crédito. Vid. Reyes López, M. J. (2015). La reforma introducida en el TRLGDCU por Ley 3/2014 sobre el derecho de desistimiento e información, Actualidad Jurídica Iberoamericana, núm. 2, febrero 2015, pp. 253-292, p. 256.

<sup>458</sup> Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias. Accesible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2007-20555> (Revisado en fecha 26/06/2020).

alterará a menos que las partes dispongan expresamente lo contrario<sup>459</sup>. En este acápite lo que se pretende evitar es el engaño al consumidor dándole información falsa en relación al contrato de consumo a pactar y así evitar controversias posteriores.

Además, en el artículo 90 de la Ley 3/2014 española se presenta un apartado relacionado exclusivamente a los contenidos digitales, mismo que expresa que se deberá informar sobre la funcionalidad de los contenidos digitales, incluidos las medidas técnicas de protección aplicables, e igualmente, hay que informar sobre toda interoperabilidad relevante del contenido digital con los aparatos y programas conocidos por el empresario o que quepa esperar razonablemente que éste pueda conocer.

Retomando la Directiva 83/2011 en su considerando número 19 se introduce un elemento a considerar al momento de referirse a consumo de bienes digitales y está dentro del ámbito de la información precontractual. La misma se refiere a la *funcionalidad*. La cual se define como *las posibles maneras de utilizar el contenido digital*<sup>460</sup>. Aporta Cámara Lapuente a este apartado de la Directiva que *esta noción puede abarcar numerosas informaciones sobre los requisitos técnicos para el uso, los permitidos o restringidos por la naturaleza de las cosas, tanto por efecto legal o por imposición o pacto contractual*<sup>461</sup>.

---

<sup>459</sup> Real Decreto Legislativo Artículo 97. Información precontractual de los contratos a distancia y los contratos celebrados fuera del establecimiento mercantil. [...] 5. *La información a que se refiere el apartado 1 formará parte integrante del contrato a distancia o celebrado fuera del establecimiento y no se alterará a menos que las partes dispongan expresamente lo contrario. Corresponderá al empresario probar el correcto cumplimiento de sus deberes informativos y, en su caso, el pacto expreso del contenido de la información facilitada antes de la celebración del contrato.* [...].

<sup>460</sup> Cfr. Art. 60.2.i). Ley 3/2014

<sup>461</sup> Cámara Lapuente, S. (2014). La nueva Protección del Consumidor de Contenidos Digitales tras la ley 3/2014 de 27 de marzo. Centro de Estudios de Consumo (CESCO) Revista de Derecho de Consumo No. 11/2014, Universidad Castilla de la Mancha octubre 2014, pp. 79-167, p. 118.



Por lo cual se entiende que en relación a estos contenidos y por su naturaleza siempre podrá haber características especiales con respecto a su uso, las cuales tienen que ser informadas oportunamente al consumidor. Se puede ejemplificar retomando el caso de la descarga de un videojuego en línea, supuesto en el cual se le informa al consumidor que tiene ciertas limitantes en relación al bien en cuanto a su reproducción o copia privada en otras consolas. Limitante amparada en los principios de la propiedad intelectual, las cuales protegen los intereses comerciales de los desarrolladores de video juegos.

Por otro lado, la normativa denomina las medidas mencionadas relacionadas con la protección de derechos de autor como *Medidas Técnicas de Protección*<sup>462</sup>. En relación a estas medidas, dentro de la normativa comunitaria se encuentra la Directiva 2001/29/CE sobre los derechos de autor en la sociedad de la información.<sup>463</sup> Dentro de otras medidas utilizadas por estas medidas técnicas se encuentra la limitación del uso de la prestación digital, el número de usos, así como impedir la reproducción en ciertos aparatos o en un número concreto de dispositivos<sup>464</sup> como se expuso en el ejemplo de los videojuegos o en los servicios de *streaming*.

En cuanto a la responsabilidad por violación a este deber precontractual, los Principios Pavia en su Art. 7 párr. 2 dos causales de responsabilidad, siendo estas la omisión de información y dar declaraciones falsas, o evasivas. En este sentido, se expone que, si el contrato no se ha celebrado o está viciado de

---

<sup>462</sup> Cámara Lapuente, S. (2014) *op. cit.* p. 118.

<sup>463</sup> Artículos 160 a 162 introducidos por la Ley 23/2006, de 7 de Julio, por la que se modifica el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual aprobada por el RD legislativo 1/1996, de 12 de abril, con objeto de transponer dicha Directiva.

<sup>464</sup> Cámara Lapuente, S. (2014) *op. cit.* p. 120.



nulidad, la parte que ha faltado a la buena fe responderá frente a la otra en la medida prevista en el artículo 6, apartado 4 de los principios.

Por citar otros cuerpos normativos, en la ley hondureña se regula este tema en la Ley de Protección al Consumidor (LPCChn)<sup>465</sup> a través del Art 19 numeral 2 en principio como una obligación del proveedor o comerciante y la desarrolla en artículo 22 definiéndola como *“la obligación del proveedor de suministrar, en idioma español, información, oportuna, clara, veraz, adecuada y suficiente sobre las características esenciales de los bienes y servicios que provee y las condiciones de su comercialización”*.

Por otro lado, el Estatuto del consumidor, define el derecho a recibir información del consumidor en condiciones similares a las detalladas en la norma hondureña<sup>466</sup>; mientras que en la Ley Federal mexicana se presenta el deber de información como un principio básico en las relaciones de consumo<sup>467</sup> y otros países de la región han tomado posiciones parecidas como ser en Brasil Argentina y Chile<sup>468</sup> y concluye se coincide con la posición de Sanz

---

<sup>465</sup> Decreto 24-2008 Ley de Protección al consumidor de Honduras. Accesible en: <https://www.tsc.gob.hn/web/leyes/Ley%20de%20Protecci%C3%B3n%20al%20Consumidor.pdf> (Consultado en fecha 05/04/2021).

<sup>466</sup> Ley 1480 de 2011 Estatuto del Consumidor Art. 1.3. Derecho a recibir información: *Obtener información completa, veraz, transparente, oportuna, verificable, comprensible, precisa e idónea respecto de los productos que se ofrezcan o se pongan en circulación, así como sobre los riesgos que puedan derivarse de su consumo o utilización, los mecanismos de protección de sus derechos y las formas de ejercerlos.* Accesible en: <https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/es/co/co103es.pdf> (Consultado en fecha: 05/04/2020).

<sup>467</sup> Ley Federal de Protección al Consumidor de México Artículo 1: [...] *Son principios básicos en las relaciones de consumo: [...] III. La información adecuada y clara sobre los diferentes productos y servicios, con especificación correcta de cantidad, características, composición, calidad y precio, así como sobre los riesgos que representen [...]* Accesible en: [https://www.profeco.gob.mx/juridico/pdf/l\\_fpc\\_ultimo\\_CamDip.pdf](https://www.profeco.gob.mx/juridico/pdf/l_fpc_ultimo_CamDip.pdf) (Consultado en fecha 05/04/2021).

<sup>468</sup> *Vid.* Sanz Salguero, F. J. (2020). Estado de la cuestión del deber general precontractual de información y la protección al consumidor en América Latina, con énfasis en el caso chileno. *CES Derecho*, 11(1), 157-176. (Sanz Salguero, 2020)

Salguero quien afirma que existe un consenso en la región sobre la importancia de este deber precontractual, particularmente en las relaciones de consumo<sup>469</sup>.

#### **5.2.4.2. Deber de información y el Desistimiento**

La regulación del desistimiento en la norma europea es parte del deber de información y la misma tuvo una reforma sustancial con la Directiva 83/2011 referente a contenidos digitales. Este derecho es un remedio que tiene el consumidor cuando no se cumplen con los diferentes requerimientos en relación al deber de informar por parte del empresario y el mismo puede ser ejercido en la etapa de tratativas como posterior al perfeccionamiento del contrato<sup>470</sup>.

La ley 1/2007 para la defensa de los consumidores, define el desistimiento como *la facultad del consumidor y usuario de dejar sin efecto el contrato celebrado, notificándose así a la otra parte contratante en el plazo establecido para el ejercicio de ese derecho, sin necesidad de justificar su decisión y sin penalización de ninguna clase*<sup>471</sup> y paralelo a éste, también

---

<sup>469</sup> Sanz Salguero, F. J. (2020) *op. cit.* p.

<sup>470</sup> Vid. DCFR II.-3:109: Remedios en caso de incumplimiento del deber de información (1) En caso de que una empresa, en virtud de lo estipulado en el Artículo 3:103 (Deber de información en un contrato en el que el consumidor se encuentra en una situación de clara desventaja) del Libro II, tenga el deber de informar a un consumidor, antes de que se celebre un contrato, de que este último tiene derecho a desistir de él, el plazo de desistimiento no comenzará hasta que el consumidor reciba esta información. A pesar de esto, el derecho de desistimiento caducará transcurrido un año de la celebración del contrato. (2) En caso de que una empresa incumpla alguna de las obligaciones impuestas por los Artículos anteriores de la presente Sección y el contrato haya sido celebrado, la empresa deberá cumplir las obligaciones derivadas de un hipotético contrato conforme a las expectativas razonables de la otra parte, consecuencia de la falta o la inexactitud de la información. Ante el incumplimiento de estas obligaciones se podrá recurrir a los remedios contemplados en el Capítulo 3 del Libro III. (3) Independientemente de que el contrato se celebre o no, una empresa será responsable de los daños que le haya ocasionado a la otra parte por incumplir los deberes que le imponen los Artículos anteriores de la presente Sección. [...].

<sup>471</sup> TRLGDCU Art. 68.1.

encontramos un concepto igual en la ley La Ley 16/2011 de contratos de crédito español<sup>472</sup>.

La concesión de este beneficio al consumidor, pretende ampliar la protección del consumidor en aras de equiparar a las partes en las relaciones de consumo<sup>473</sup>. De tal manera que al otorgar la información precontractual por parte del comerciante hacia el consumidor, se deben incluir las condiciones, el plazo y los procedimientos para ejercer el derecho en mención, así como el modelo de formulario de desistimiento al consumidor<sup>474</sup>.

Manifiesta Vázquez-Pastor que el desistimiento tiene 3 características esenciales. En primer lugar, se trata de un derecho unilateral, pues se confiere únicamente al consumidor, que podrá ejercerlo frente al empresario, en ningún caso a la inversa. De igual manera su ejercicio es discrecional; no requiere la concurrencia de justa causa. Ello no significa, que sea ilimitado, pues como el ejercicio de todo derecho, el desistimiento deberá ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe, teniendo en cuenta además que la ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo. Por último, no puede dar lugar a penalización alguna<sup>475</sup>. En este sentido, el mismo artículo 68.1 y el 102.2 de la norma española, añaden que serán nulas de pleno de derecho las

---

<sup>472</sup> La Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo (BOE núm. 151, de 25-06-2011), transpone al ordenamiento español la Directiva 2008/48/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2008, relativa a los contratos de crédito al consumo

<sup>473</sup> Vázquez-Pastor Jiménez, L. (2014). Principales Novedades Que Introduce La Ley 3/2014, De 27 De marzo, En El Régimen Jurídico De Los Contratos Celebrados Fuera Del Establecimiento (Duties of Efficiency and Freedom to Act). *El Régimen Jurídico De Los Contratos Celebrados Fuera Del Establecimiento (Duties of Efficiency and Freedom to Act) (October 23, 2014). Revista InDret, 4/2014, p..22.*

<sup>474</sup> Art. 97 Ley 3/2014.

<sup>475</sup> Vázquez-Pastor Jiménez, L. (2014) *op. cit.* p. 21

cláusulas que impongan al consumidor una penalización por el ejercicio de su derecho de desistimiento<sup>476</sup>.

Por último, es importante mencionar que la Ley 3/2014 española en su artículo 105 se encuentra lo relativo a la omisión sobre la instrucción en relación al desistimiento en un contrato. La misma manifiesta que si el empresario no ha facilitado al consumidor y usuario la información sobre el derecho de desistimiento *relativa a las condiciones, el plazo y los procedimientos para ejercer ese derecho, así como el modelo de formulario de desistimiento*<sup>477</sup>; el periodo de desistimiento finalizará doce meses después de la fecha de expiración del periodo de desistimiento inicial,. Si el empresario ha facilitado al consumidor y usuario la información relativa al desistimiento, el plazo de mismo expirará a los 14 días naturales de la fecha en que el consumidor y usuario reciba la información.

### **5.3. Conclusión en relación a los deberes precontractuales.**

En el presente capítulo se hizo una presentación de los principales deberes precontractuales que tienen su fundamento en la buena fe *in contrahendo* explicado en el capítulo IV a los cuales también se les denomina deberes secundarios por el principio del cual se derivan.

Inicialmente se hizo referencia al deber de protección el cual es incluido como uno de los deberes propios del *iter* contractual conforme a la doctrina alemana, no obstante, esta, como bien fue detallado en el presente capítulo refería a particularidades de la norma en ese momento en el país germano. De tal

---

<sup>476</sup> Vázquez-Pastor Jiménez, L. (2014) *op. cit.* p. 21

<sup>477</sup> Artículo 97.1 literal i de la ley 3/2014 ya integrada en la ley 1/1997 de la defensa de los Consumidores.

manera que al estudiarse en mayor detalle el principio, el mismo correspondía a la protección de la integridad física de la persona, hechos de naturaleza ajena a la formación de un vínculo contractual. Siempre se encuentra vinculado a la responsabilidad extracontractual pero su fundamento es diferente a la buena fe *in contrahendo*.

Posteriormente se ha hecho referencia el deber de lealtad mismo que engloba en su naturaleza muchos de los elementos de la buena fe y particularmente la buena fe *in contrahendo* con el cual se pretende propiciar un ambiente idóneo para las negociaciones. En cuanto al deber de confidencialidad, la información tendrá dicho carácter cuando sea enunciado como tal por una de las partes involucradas en las negociaciones, por tanto, no siempre procederá en todos los casos.

Se estudió en gran medida el deber de información en varios cuerpos normativos, los cuales evidencian la importancia de que las partes mantengan un canal de comunicación idóneo, considerando que muchas de las causales de responsabilidad surgirán por información errónea o por falta de la misma. De igual manera ha quedado evidenciada la trascendencia del deber de información en el derecho de consumo a través de su amplia regulación a nivel europeo. Se hace hincapié en el hecho que, dependiendo de la modalidad tecnológica, se podrá variar el tipo de información a requerir a las partes, ya sea un contrato electrónico o cuando se hace referencia a contratos con elementos de auto ejecución como lo son los *smart contracts*, mismos que serán analizados en un capítulo posterior.

Una vez enunciados y estudiados los principales deberes precontractuales, en las siguientes líneas se procederá a hacer un estudio teleológico de la responsabilidad precontractual, sus fundamentos jurídicos su evolución y

***NUEVOS RETOS DE LA CULPA IN CONTRAHENDO, LA FASE PRECONTRACTUAL EN LA CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA Y SU REGULACIÓN.***

---

como han regulado esta figura diferentes Estados de Europa continental, y América Latina teniendo como punto de partida el pensamiento de los juristas del siglo XIX a partir de la doctrina presentada por Ihering.

## **VI. Naturaleza de la Responsabilidad precontractual**

### **6.1. Argumentos relativos a la imposición de responsabilidad en la etapa precontractual**

En el capítulo II se plantearon los elementos esenciales de la etapa precontractual, y en ella se estudió que las negociaciones tienen una relevancia considerable y la misma debe ser regulado de manera adecuada a fin de proteger a las partes a lo largo de la etapa precontractual sin importar los medios por el cual las partes ejerciten el negocio jurídico. De igual manera ya se ha realizado un estudio en detalle de la buena fe contractual y los diferentes deberes que derivan de la buena fe contractual que existe entre las partes conforme a la doctrina de los Estados de derecho civil. En el presente capítulo se estudiarán las consecuencias derivadas de actos desarrollados durante la etapa de negociaciones.

Cartwright & Hesselink describen que existen varias posiciones en relación a la relevancia de las negociaciones. La primera posición se refiere a que las negociaciones están diseñadas como un proceso que lleva a una relación protegida jurídicamente, como lo es el contrato, de esta manera el momento significativo es el perfeccionamiento del contrato en sí. Por ende, las negociaciones no tienen relevancia jurídica. Si bien, las negociaciones son en esencia preparatorias y no tienen por si solas, relevancia legal, esto no significa que una de las partes intervinientes no pueda cometer algún acto antijurídico en dicho periodo que perjudique a la otra parte que tenga consecuencias legales.<sup>478</sup>

---

<sup>478</sup> Cartwright, J. & Hesselink, M. (Eds.) (2009) *op. cit.* p. 450.

Por otro lado, está la posición en la que a pesar de que el contrato en si no está perfeccionado, el hecho de que las partes han comenzado a negociar los posiciona en una relación que amerita protección jurídica<sup>479</sup>. Las negociaciones no son un contrato, entonces la protección no será la misma al vínculo contractual<sup>480</sup>.

Ambas posiciones doctrinales ya han sido exploradas en el capítulo referente a la buena fe precontractual, donde se exploró la posición antagónica inglesa en cuanto a este principio. Ahora bien, sin perjuicio de estas posiciones contradictorias desarrolladas en diferentes sistemas jurídicos, estos reconocen que debe encontrarse un balance en el análisis de la etapa precontractual<sup>481</sup>. Una parte debe ser libre de decidir si quiere o no formalizar un contrato (autonomía de la voluntad, libertad contractual o *freedom of contract*), pero este debe tomar en consideración la posición y las condiciones de la otra parte durante las negociaciones.<sup>482</sup> De tal manera que los diferentes sistemas jurídicos en el mundo han encontrado soluciones heterogéneas para supuestos en los que surjan este tipo de controversias.

Ahora bien, la posición civilista de la responsabilidad precontractual tomará protagonismo en el presente capítulo, partiendo del concepto de culpa *in contrahendo* que surge del pensamiento del alemán Rudolf Von Ihering bajo la premisa de la responsabilidad surgida de la ruptura injustificada de las negociaciones previas a la perfección del contrato. Valez Duque, expone que la responsabilidad precontractual puede surgir en la etapa precontractual de diferentes maneras y puede ser entendida como<sup>483</sup>:

---

<sup>479</sup> Cartwright, J. & Hesselink, M. (Eds.) (2009) *op. cit.* p. 451.

<sup>480</sup> *Idem.*

<sup>481</sup> *Idem.* p. 452.

<sup>482</sup> *Idem.* p. 452, 453.

<sup>483</sup> Valez Duque, P. (2012) *op. cit.* p. 22.



- a) La falta de diligencia en la fase *in contrahendo* por una de las partes;
- b) La existencia de una conducta antijurídica consistente en el incumplimiento de determinados deberes de comportamiento en la preparación del contrato;
- c) La existencia de una obligación de indemnizar por los daños causados en esta etapa de preparación, es decir, de responsabilidad a cargo de una de las partes.

De tal manera, si una de las partes no informa debidamente a la otra parte (el deber de información al cual ya se ha hecho referencia), o un abandono abusivo de las negociaciones, entre otras violaciones al principio de buena fe durante la etapa precontractual puede conllevar a una responsabilidad precontractual<sup>484</sup>

La doctrina moderna del derecho civil ha reconocido que el orden jurídico debe tutelar la interacción que tienen las partes durante la etapa de formación del vínculo contractual y en mayor medida, identificar los casos en los cuales una de las partes se ve afectada por la actuación de su contraparte durante las negociaciones. En este orden de ideas, será necesario repasar la posición de los académicos del siglo XIX y cuáles fueron los fundamentos principales para la creación y evolución de la culpa *in contrahendo* y de esa manera, entender en mayor medida la posición de los académicos antes citados en cuanto al concepto y naturaleza del fenómeno en mención.

---

<sup>484</sup> Rodríguez de las Heras Ballell, T. (2010) Introduction to Spanish Private Law, Facing the Social and Economic Challenges, Routledge, Abingdon, Reino Unido, p. 254.

## **6.2. EVOLUCIÓN DE LA DOCTRINA DE LA CULPA IN CONTRAHENDO.**

La Culpa *in Contrahendo* (CIC) tiene un vínculo esencial con el principio *neminem laedere* perteneciente a los *tria iuris praecepta* (*honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere*) desarrollados en el derecho romano<sup>485</sup>. Conforme al pensamiento de Jiménez Cano, dicho principio ordena que *no hagamos en el comercio de la vida cosa alguna que cause daño o perjuicio a otra persona, cualquiera que ella sea, en sus bienes, en su reputación o en su cuerpo, "sive in bonis, sive in fama, sive in corpore", de modo que este concepto excluye toda violencia, toda malicia, todo fraude y, generalmente, todo lo que se opone a la buena fe*<sup>486</sup>.

Entrando ya en materia, la responsabilidad precontractual parte principalmente de los cimientos contruidos por los estudiosos alemanes en la Europa del siglo XIX, siendo su mayor exponente el jurista Rudolf Von Ihering, a quien se le acredita su creación. Los planteamientos de este jurista alemán y su doctrina de la culpa *in contrahendo* representaron una novedad para los civilistas del último tercio del siglo XIX<sup>487</sup>.

De igual manera se buscará ampliar los argumentos referentes a la buena fe y su conexión con la CIC y los diferentes mecanismos que plantea la práctica

---

<sup>485</sup> Jiménez Cano, R. M. (2000). Sobre los principios generales del derecho. Especial consideración en derecho español. Revista Telemática de Filosofía del Derecho, nº 3, 1999/2000, pp. 1-18, p. 2

<sup>486</sup> *Idem*.

<sup>487</sup> Monsalve Caballero, V. (2010), *op. cit.* p. 28,29.

judicial inglesa en situaciones que en Estados de corte civil produciría una responsabilidad precontractual<sup>488</sup>.

### **6.2.1.1. Estudios anteriores a la Doctrina Alemana.**

Si bien la doctrina Iherinista es en esencia el primer reconocimiento de la responsabilidad precontractual, no se puede obviar que también se dieron intentos previos de definir con claridad el tipo de responsabilidad que puede existir en el periodo de tratativas. En este sentido, autores como Hugo Grocio, o Pufendorf<sup>489</sup> también presentaron su posición en cuanto a la etapa precontractual y la promesa bajo la bandera del derecho natural, las cuales se analizarán a continuación.

#### **6.2.1.1.1. Hugo Grotius (1625) y Samuel von Pufendorf (1672) la promesa como acto unilateral de compromiso.**

A Hugo Grotius se le considera el fundador de la escuela moderna del derecho natural<sup>490</sup>. Dicha escuela defendió la idea de un Derecho universal, inmutable, común a todas épocas y países, y tuvo sus efectos fueron visibles tanto en el derecho privado como en el derecho público<sup>491</sup>. En su notoria obra *De iure belli*

---

<sup>488</sup> Kessler, F., & Fine, E. (1964). "Culpa in contrahendo", Bargaining in good faith, and freedom of contract: a comparative study. *Harvard Law Review, Boston, vol. 77, núm. 3*, pp. 401-449, p. 406,407,437.

<sup>489</sup> Vid. Salgado Ramírez, C. (2012). Consideraciones históricas Acerca de la responsabilidad precontractual antes de Rudolf von Jhering; Aproximación doctrinal. *Rev. Derecho Privado, 22*, 277-298.

<sup>490</sup> Feenstra, R. (1975). Grocio y el derecho privado europeo. *Anuario de historia del derecho español*, (45), 605-622. Traducción por Barrero, A.M. p. 606. Por otro lado, la teoría clásica del derecho natural es presentada por el pensamiento de Platón y su desarrollo de la dialéctica. De esta manera detalla que Por naturaleza los deseos, ya sean inteligentes o primariamente emocionales, necesitan ser gobernados y moderados por los estándares de la razón, Finnis, J (2004), "Natural Law: The Classical Tradition", en Coleman J., Shapiro, S. (eds.), *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*, New York, Oxford University Press. p. 1-61, p. 3

<sup>491</sup> *Idem*. p. 606.

*ac pacis* publicado en París en 1625<sup>492</sup>, el jurista dedica en el libro II, a dos de los principios que para él provienen del derecho natural. El primero es el deber de reparar los daños causados "con culpa" y otro es el deber de cumplimiento de lo pactado<sup>493</sup>. De esta manera se detalla una de las nociones fundamentales del derecho natural Grociano referente a la obligación del hombre a atenerse a sus promesas.<sup>494</sup>

Plantea Salgado Ramírez que en la sistemática de Grotius, ha de entenderse que promesa y contrato son especies de "pacto", solo que éste, al tratar especialmente de la promesa, la reduce en sentido estricto al campo de la liberalidad, o sea que considera que la promesa termina siendo un acto unilateral de compromiso sin esperar una acción por la otra parte<sup>495</sup>.

En esta línea de ideas, bajo la línea de estudio Grociana, se distinguen entre promesas perfectas e imperfectas, según el criterio de la dirección de la voluntad; de manera que cuando una persona manifiesta una voluntad, y no un simple deseo o propósito de dar o hacer algo a otro, queda obligada por su manifestación, exteriorizando una promesa perfecta<sup>496</sup>. En el capítulo XI del libro II, se refiere a las promesas y en la sección VI hace referencia a qué

---

<sup>492</sup> Feenstra, R. (1975) *op. cit.* p. 607,610 En la obra *De iure Belli ac Pacis*, obra que escribió estando exiliado en París hasta 1631, hay un apartado crítico en el que frecuentemente figuran referencias a los autores de la escuela escolástica española. *Cfr.* Finnis, J (2004), *op. cit.* p. 688.

<sup>493</sup> Salgado Ramírez, C. (2012) *op. cit.* p. 283

<sup>494</sup> *Idem.* p. 619.

<sup>495</sup> Salgado Ramírez, C. (2012) *op. cit.* p. 283-284.

<sup>496</sup> Herrera Bravo, R. & Salazar Revuelta, M. (2019) La Teoría del Consentimiento Contractual y su Proyección en la Tradición Romanística y en la Codificación Europea: Un Análisis Histórico-Comparativo. Villar, A. M., González, A. C., & Pérez-Gómez, S. C. (Eds.). *Homenaje al Profesor Armando Torrent*. Midac, SL. pp. 445-475, p. 461. Vid. Guzmán Brito, A.. (2000). Para la Historia de la Formación de la Teoría General de Acto o Negocio Jurídico y del Contrato, III: Los Orígenes Históricos de la Teoría General del Contrato. *Revista de estudios histórico-jurídicos*, (22), 45-60. Accesible en: [https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?pid=S0716-54552004002600007&script=sci\\_arttext&lng=pt](https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?pid=S0716-54552004002600007&script=sci_arttext&lng=pt) (Revisado en fecha 28/06/2020).

puede estar obligado naturalmente quien incurra en error en un "pacto", cuestión que el mismo pensador calificó como bastante confusa<sup>497</sup>.

A partir de su análisis Salgado Ramírez desarrolla la presente conclusión: “*La promesa es válida solo bajo la condición de que el supuesto bajo el cual el promitente la realiza resulte cierto*”, además expone que “*si el promitente fue negligente al explorar la cosa o al expresar su intención, y por ello se genere un daño a la otra parte, está obligado a resarcir, no en razón de la promesa, sino en razón del daño que causó por su culpa [...]*”<sup>498</sup>.

De esta manera, se desarrolla una primera noción de responsabilidad surgida de un acto antijurídico causado por el incumplimiento de una promesa bajo el pensamiento del *ius naturalismo* grociano, quien concluye que la obligación de resarcimiento es el daño causado con culpa, de tal manera que Grotius hace referencia a una responsabilidad “extra pactual” o fuera de la órbita del pacto<sup>499</sup>.

Continuando el estudio de la promesa como acto jurídico, el jurista alemán Samuel Von Pufendorf en el año de 1672 en su obra “*De jure naturae et gentium libri octo*”<sup>500</sup>, presenta un apartado dedicado al error en las promesas bajo la doctrina de *pactis et promissis*<sup>501</sup>. En ella, el germano plantea que hay una distinción entre las consecuencias del error en la promesa y la consecuencia del error en los pactos, por lo cual, afirma Salgado Ramírez que es innegable la influencia grociana en el estudio de Pufendorf<sup>502</sup>, y plantea que

---

<sup>497</sup> Salgado Ramírez, C. (2012) *op. cit.* p. 285.

<sup>498</sup> *Idem.*

<sup>499</sup> *Idem.*

<sup>500</sup> *Vid.* Rodríguez-Puerto, M. (1998). El utilitarismo tímido de Samuel Pufendorf, *Persona y derecho: Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos* No. 39 pp. 287-338 p. 312. *Cfr.* Salgado Ramírez, C. (2012) *op. cit.* p. 286

<sup>501</sup> Guzmán Brito, A. (2000) *supra*

<sup>502</sup> Salgado Ramírez, C. (2012) *op. cit.* p. 286.

si el promitente fue negligente al examinar la cosa sobre la que ha fundado su consentimiento, está obligado a reparar, si algún daño sufre el otro a causa de la promesa infructífera<sup>503</sup>.

Continúa exponiendo en su obra que los deberes que los hombres se adeudan recíprocamente son de dos tipos. Los primeros siendo los deberes simples o naturales<sup>504</sup>, mismos que surgen de la naturaleza, sin importar la intervención humana, en estos se desarrollan, para Pufendorf, el deber de no perjudicar a nadie, de donde surge el deber de reparar el daño ocasionado con negligencia con ocasión de una promesa nula, y las expectativas creadas por estas; y el deber de mantener la palabra dada<sup>505</sup>, dicha obligación es en conciencia y expone Rodríguez-Puerto que se caracterizan por su falta de efectividad<sup>506</sup>.

Mientras que los segundos son los deberes condicionales o civiles<sup>507</sup>, los cuales dependen de la intervención humana por necesidad de la vida civil y su libre desenvolvimiento<sup>508</sup>. Rodríguez Puerto añade que las obligaciones civiles, aparecen tras la creación de la sociedad civil y es exigible ante órganos jurisdiccionales específicos<sup>509</sup>. Partiendo de estas premisas concluye que las obligaciones naturales no solo están presentes en el “estado de naturaleza” pues también existen en el status civil manteniendo su relevancia, pues las

---

<sup>503</sup> Salgado Ramírez, C. (2012) *op. cit.* p. 287.

<sup>504</sup> Rodríguez-Puerto, M. (1998) *op. cit.* p. 312.

<sup>505</sup> Salgado Ramírez, C. (2012) *op. cit.* p. 287. *Cfr.* Rodríguez-Puerto, M. (1998) *op. cit.* p. 312 Rodríguez Puerto antagoniza esta posición y expone que las obligaciones naturales se caracterizan por su falta de efectividad, obliga en conciencia, pero no puede ser exigida en caso de incumplimiento.

<sup>506</sup> Rodríguez-Puerto, M. (1998) *op. cit.* p.312.

<sup>507</sup> *Idem.*

<sup>508</sup> Salgado Ramírez, C. (2012) *op. cit.* p. 287

<sup>509</sup> Rodríguez-Puerto, M. (1998) *op. cit.* p.312.

leyes civiles no pueden contravenir lo dispuesto por las leyes naturales, mismas que son generadoras de obligaciones.<sup>510</sup>

Por tanto, conforme al estudio de las promesas bajo el pensamiento grociano, se puede incurrir en responsabilidad en los casos en que, al momento de exteriorizar la promesa, el promitente es negligente al no prever que el objeto de la misma no es realizable, es ilícito o está fuera del comercio de los hombres<sup>511</sup>. De esta manera, Grocio y Pufendorf plantearon el esquema general de una doctrina de los *pacta y promissa* que quedó sustancialmente trazado<sup>512</sup>.

**6.2.1.1.2. Robert Joseph Pothier (1762) maneras de dar el consentimiento durante la etapa precontractual, la regla de equidad entre las partes durante las negociaciones.**

El francés Robert Joseph Pothier, estudió la etapa precontractual fundamentalmente en su "*Traité du Contrat de Vente*" obra publicada en 1762. Su estudio es bastante amplio, centrándose en el contrato de compraventa y con él, las doctrinas desarrolladas por Pufendorf y Grocio se liberaron del filosofismo iusnaturalista en las figuras del derecho romano<sup>513</sup>. En ella expone que el consentimiento que dan las partes en cualquier vínculo contractual puede darse entre presentes, o entre ausentes como ser a través de una carta o de un emisario. Según el francés, para que pueda decirse que intervino el consenso, es necesario que la voluntad de la parte que ha escrito a la otra (parte emisora) se mantenga hasta el momento en que la carta u oferta llegue

---

<sup>510</sup> Rodríguez-Puerto, M. (1998) *op. cit.* p.313, citando a Pufendorf (1672) "*De jure naturae et gentium libri octo*" lib. III, cap IV, VI, p. 364.

<sup>511</sup> Salgado Ramírez, C. (2012) *op. cit.* p. 287

<sup>512</sup> Guzmán Brito, A. (2000), *op. cit.*, Parte VI.

<sup>513</sup> . Sobre todo, en su obra *Traité des obligations* (1761) antecesor de la obra *Traité du Contrat de Vente*. Guzmán Brito, A. (2000), *op. cit.*, Parte VI

a la contraparte.<sup>514</sup>. De esta manera, Salgado Ramírez concluye que si hay un cambio de voluntad antes de que la comunicación llegue al destinatario (ya sea por arrepentimiento, muerte del emisor etc.), así el destinatario hubiera respondido a la primera carta no hay lugar a hablar de concurso de voluntad de las partes y por tanto la perfección del contrato<sup>515</sup>.

En cuanto a la obligación de indemnizar, la misma nace de una “regla de equidad” según la cual ninguna persona debe sufrir por el hecho de otra, está siendo denominada como *Nemo ex alterius facto praegravari debet*<sup>516</sup>; por tanto, tiene que indemnizarse a la parte afectada por el daño y la pérdida causada por la proposición que se hizo y que ya no se quiere ejecutar por la otra parte.

En sus estudios Pothier no incluye la culpa *in contrahendo* de manera expresa en algún tipo de fuente de las obligaciones, únicamente describe que la responsabilidad surge de la regla de equidad antes mencionada, y si bien no hay propiamente un contrato, existe una obligación "contraída" de indemnizar en caso de no allanarse a cumplir lo propuesto, como un contrato tácito nacido<sup>517</sup>. En este sentido y en relación a la fuente de obligación, el francés tuvo que hacer una clasificación que, además retoma la tradicional cuatripartición existente en las institutas de Justiniano de las fuentes (contrato, cuasicontrato, delito y cuasidelito) agregando la ley convirtiéndola en pentapartita<sup>518</sup>.

---

<sup>514</sup> Salgado Ramírez, C. (2012) *op. cit.* p. 291, 292.

<sup>515</sup> *Idem.* p. 292

<sup>516</sup> *Idem.* p. 293

<sup>517</sup> *Idem.* p. 294

<sup>518</sup> Sánchez Urite, E. A. (1969). El cuasicontrato. *Revista en el Acervo de la BJV No. 40 Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM*, 401-420, p. 403, párr. 9 y 10. *Cfr.* Guzmán Brito, A. (2000), *op. cit.*, Parte VI.



Pothier llama “*cuasicontrato*” un hecho de una persona, permitido por la ley, que la obliga para con otra u obliga a otra para con ella, sin que intervenga un contrato<sup>519</sup> (en esencia por falta de uno de los requisitos del mismo), y da ciertos ejemplos excluyendo la responsabilidad precontractual. No obstante, Salgado Ramírez plantea lo siguiente en cuanto al cuasi contrato:

*“En los contratos, es el consentimiento de las partes contratantes el que produce la obligación; en los cuasicontratos, no interviene algún consentimiento y es la misma ley o la equidad natural la que produce la obligación, al volver obligatorio el hecho de donde resulta. Es por ello que estos hechos son llamados cuasicontratos, porque sin ser contratos, ni mucho menos delitos, producen obligaciones como las producen los contratos”*<sup>520</sup>.

En este sentido y siempre con fundamento en el pensamiento de Pothier, expone Sánchez Urite que además del consentimiento, falta en el cuasicontrato otro elemento esencial para la formación del contrato, que es la capacidad, por tanto, en el cuasicontrato no interesa, pues ni la voluntad ni la capacidad del obligado. De tal manera, Pothier expone que todas las personas, aun los niños y los insensatos que no son capaces de consentimiento, pueden ser obligados por el cuasicontrato<sup>521</sup>.

Retomando la culpa *in contrahendo*, en el esquema pothieriano esta responsabilidad no podría nacer de un delito (al no haber dolo) y no podría nacer de un cuasidelito (al no haber imprudencia, culpa). La única causal que desarrolla es en la formación del contrato entre ausentes. Pothier considera

---

<sup>519</sup> Sánchez Urite, E. A. (1969) *op. cit.* p.403 párr. 10

<sup>520</sup> Salgado Ramírez, C. (2012) *op. cit.* p. 295, citando a Pothier, R. J. (1752) “*Traité du Contrat de Vente*” p. 128.

<sup>521</sup> Sánchez Urite, E. A. (1969) *op. cit.* p.404 párr. 13.

como posibilidades la muerte o la demencia del oferente, hechos que no podrían ser calificados de imprudentes o culposos. Por tanto, el hecho de cambiar de opinión antes de la aceptación, para el francés, es un hecho legítimo que genera sí la obligación de indemnizar los perjuicios causados a la contraparte<sup>522</sup>.

Concluye Pothier haciendo referencia a la influencia Grociana y de Pufendorf aclarando que la ley natural es la causa, al menos mediata, de las obligaciones, porque si los contratos, delitos y cuasidelitos producen obligaciones, es porque la ley natural ordena que cada uno cumpla lo que ha prometido y que repare el daño cometido por su imprudencia<sup>523</sup>.

#### **6.2.1.1.3. Teorías de la voluntad de Savigny, teorías de la declaración y su relación con la culpa *in contrahendo*.**

Como se ha analizado ya en capítulos anteriores, el consentimiento tiene una importancia trascendental en el derecho contractual, sin el consentimiento de una de las partes o algún vicio en el mismo, un acto jurídico pierde su validez. Por lo cual el debate entre los estudiosos del derecho privado ha sido extenso en cuanto a la validez de la manifestación de voluntad. En la segunda mitad del siglo XIX, la doctrina jurídica alemana se encontraba fragmentada, en torno al tema de la prioridad y eficacia en la manifestación de la voluntad al momento de adquirir obligaciones<sup>524</sup>.

Existían dos vertientes principales las cuales alimentaban el debate. Las primeras son las teorías del acto volitivo de las personas y las teorías de la declaración, mismas que serán estudiadas a continuación. En cuanto a este

---

<sup>522</sup> Salgado Ramírez, C. (2012) *op. cit.* p. 295.

<sup>523</sup> *Idem.* p. 296.

<sup>524</sup> Monsalve Caballero, V. (2010) *op. cit.* p. 19.

debate, plantea Monsalve Caballero que el análisis empírico planteaba la interrogante consistente en ¿si una persona, dueña de sus facultades intelectuales, libre y espontánea, presentaba divergencia entre lo querido y lo declarado, ¿cuál de ellas (voluntad o declaración) debía prevalecer?<sup>525</sup>.

Las teorías voluntaristas<sup>526</sup> se encontraba influenciada por los principios individualistas de la filosofía liberal de los siglos XVII y XVIII<sup>527</sup>. El liberalismo surgió como un rechazo a la autoridad del Estado sobre el individuo en la determinación de su propia vida<sup>528</sup>, además el supuesto base y fundamental es la racionalidad del hombre<sup>529</sup>. De esta manera, existe una especie de “no opresión” (libertad negativa) concepto presentado por Bobbio ya que es el individuo libre a quien compete la determinación de tales contenidos y no a un tercero, una ley o principio de derecho natural.<sup>530</sup>

En esta teoría se divulgaba la primacía de la voluntad sobre lo declarado y tenía como principal defensor a Savigny quien es también considerado el fundador de la escuela histórica del derecho<sup>531</sup>. Este consideraba que un contratante solo debe quedar vinculado en los términos que él deseaba, de modo que si lo expresado diverge de lo efectivamente deseado tal declaración es nula. De esta manera, se le atribuía un papel primordial a la voluntad y un

---

<sup>525</sup> Monsalve Caballero, V. (2010) *op. cit.* p. 19.

<sup>526</sup> Neme Villareal, M.L. (2012) “El error como vicio del “consentimiento” frente a la protección de la confianza en la celebración del contrato”. *Revista de Derecho Privado* No. 22 Enero-Junio de 2012 pp. 169-218, p. 191. *Cfr.* León, L. L. (2006). Actualidad de Jhering. La responsabilidad por el daño a la confianza en haber celebrado un contrato regular. *Derecho & Sociedad*, (26), Pontificia Universidad Católica del Perú, 287-301, p. 289.

<sup>527</sup> Manzanares Secades (1984) *op. cit.* 717.

<sup>528</sup> Giraldo Bustamante, C.J. (2019). El Code y el contrato, nacimiento y desarrollo de una teoría. *Revista De Derecho, Barranquilla* (51), 112-133, p. 118, citando a Merquior, J. G. (1991). Liberalismo viejo y nuevo. México: Fondo de Cultura Económica.

<sup>529</sup> *Idem.* p. 118.

<sup>530</sup> *Idem.* p.118 citando a Bobbio, N. (1991). Kant y las dos libertades. En Estudios de historia de la filosofía. Madrid: Debate.

<sup>531</sup> Feenstra, R. (1975) *op. cit.* p. 607.

papel meramente instrumental a la declaración<sup>532</sup>. Por otro lado, el error no tiene importancia a no ser que, la divergencia debe producirse ante la voluntad ya formada y lo manifestado. En principio será irrelevante el error que afecte al proceso de formación de la voluntad, debiendo el declarante en tal caso permanecer vinculado<sup>533</sup>.

Según Monsalve Caballero su concepto obedecía a la interpretación lógica de un elemento de manifestación exterior, extrovertida, sincera y espontánea, sin coacción o requerimiento acusativo sobre lo que se expresaban y, por tanto, si existía en algún momento diferencia entre lo manifestado y lo querido, debe primar la voluntad del sujeto contractual<sup>534</sup>. No obstante, un elemento que viene a enredar este análisis, es el fuerte respaldo en elementos subjetivos. Por tanto, el juez para poder dirimir un conflicto fundamentándose en la teoría de la voluntad tendría que lograr identificar “la intención” que tiene la parte emisora de una manifestación, cuestión que sería un tanto complejo considerando subjetividad inherente en esta teoría<sup>535</sup>.

Por otro lado, la teoría de la declaración (también llamado sistema declarativo), promulgaba que la voluntad interna era irrelevante y cuestionada frente a lo manifestado y declarado, por tanto, debía prevalecer la confianza que ha depositado la contraparte en la realización del negocio, en el cual se ha manifestado la voluntad contractual desprovista de cualquier vicio<sup>536</sup>.

Para los autores que defendían esta posición, no era relevante que no existiera concordancia entre la voluntad interna y la externa. Lo realmente importante era lo manifestado y los efectos jurídicos que emanaban de tal acto

---

<sup>532</sup> Manzanares Secades (1984) *op. cit.* 717

<sup>533</sup> Monsalve Caballero, V. (2010) *op. cit.* p. 19.

<sup>534</sup> *Idem.* citando a Savigny, F., “Traité de droit romain”, tomo III (Firmin Didot, París, 1858), págs. 249.

<sup>535</sup> *Idem.* p. 19.

<sup>536</sup> *Idem.*

de disposición de derechos<sup>537</sup>. Neme Villareal expone que las teorías declaracionistas hacen énfasis en los efectos objetivos de la externalización de la voluntad y en la tutela del receptor de la declaración, pero no atendiendo a la naturaleza del negocio jurídico, además que se prioriza la “confianza legítima” resultante de la apariencia generada por las circunstancias en que se produjo la actuación<sup>538</sup>. Esta reacción contra el dogma de la voluntad se produjo por la necesidad de atender a problemas de orden práctico y de proteger la seguridad de los actos de negociación jurídica, dándole mayor fuerza a las manifestaciones expresas realizadas por las partes en un negocio<sup>539</sup>.

Dicho sistema de la declaración nace a causa de una reacción contra ciertas injusticias del dogma de la autonomía de la voluntad, y sobre todo, en base a consideraciones de orden práctico y de seguridad de tráfico jurídico<sup>540</sup>. En este sentido, el destinatario de una declaración debe poder confiar en la validez y eficacia de tal declaración sin tener que investigar si corresponde a una voluntad seria o no<sup>541</sup>.

No obstante, la misma no explica por qué en ocasiones una declaración formalmente correcta queda anulada por existir un vicio de voluntad, tal y como es el caso del error excusable<sup>542</sup>. Bajo esta premisa, Manzanares Secades resalta que, si la voluntad es lo decisivo en la formación del negocio jurídico, y cuando dicha voluntad esté viciada, el negocio será anulable en detrimento de la otra parte destinataria de la declaración de voluntad, mismo que es ajena al

---

<sup>537</sup> Monsalve Caballero, V. (2010) *op. cit.* p. 19.

<sup>538</sup> Neme Vilareal, M.L. (2012) *op. cit.* p. 191-192, citando a F. Hinestrosa. Tratado de las obligaciones, t. ii, el negocio jurídico, aspecto subjetivo del negocio, p. 3-5.

<sup>539</sup> Monsalve Caballero, V. (2010) *op. cit.* p. 19.

<sup>540</sup> Manzanares Secades (1984) *op. cit.* p. 718

<sup>541</sup> *Idem.*

<sup>542</sup> *Idem.*

vicio y que, sin embargo, sufre las consecuencias de la anulación del negocio jurídico<sup>543</sup>.

Dichas teorías en principio defienden argumentos a favor de una interpretación objetiva respectivamente. La necesidad que plantea Monsalve Caballero en su tesis, en relación a las teorías del sistema declarativo son considerablemente acertadas. Tomando en consideración que la manifestación de la voluntad expresa es considerada un elemento importantísimo en las relaciones contractuales en la época moderna. Dado que no se puede dar lugar a ambigüedades o planteamientos subjetivos.

En relación con el debate surgido entre estos dos pensamientos, Ihering aborda el tema de la nulidad contractual cometida por el error, el cual afectaba la formación de la voluntad<sup>544</sup>, desde el punto de vista de la parte afectada en la relación contractual, situación que no se encontraba regulada por la normativa de la época (siglo XIX), lo cual presentaba una laguna jurídica considerable. El jurista alemán buscó en las compilaciones y textos romanos del Digesto, una acción en la que se le concedía a la parte dañada la reparación de sus perjuicios causados con ocasión de una “supuesta idoneidad contractual”<sup>545</sup>.

### **6.2.1.2. La Doctrina de Rudolf Von Ihering y la venta de la cosa *Res Extra Commercium*.**

#### **6.2.1.2.1. Fundamentos de la doctrina alemana.**

Esta doctrina representa uno de los principales aportes a la temática de la responsabilidad precontractual, dado el gran impacto que tuvo el mismo a

---

<sup>543</sup> Manzanares Secades (1984) *op. cit.* p. 719

<sup>544</sup> *Idem.* p. 720

<sup>545</sup> Monsalve Caballero, V. (2010) *op. cit.* p. 20.

pesar de que ha transcurrido ya más de un siglo. Vale la pena mencionar que en toda obra que se haga referencia a la culpa *in contrahendo* se tiene que hacer alusión a la obra de este autor germano. Ihering no fue el primero en desarrollar el tema, no obstante, fue el primero en estructurar una teoría completa al respecto<sup>546</sup>.

Expone Manzanares Secades que la teoría de Ihering hay que entenderla conforme al ambiente de la época y el contexto en el que fue desarrollada (segunda mitad del siglo XIX en 1860)<sup>547</sup> y más en concreto en relación a debate entre las teorías declarativas y las teorías de la voluntad. En este sentido el conflicto radicaba en “la concordancia entre la voluntad interna y declaración de voluntad”<sup>548</sup> teoría que fue estudiada por Savigny como fue expuesto en el apartado anterior.

La teoría de Ihering fue construida a partir de estudios realizados sobre la base de fuentes del derecho romano relacionadas con la venta de la cosa *res extra commercium* cuando el vendedor conoce esta naturaleza de la cosa y no informa de este aspecto al comprador. Se tomaron como fundamento varios fragmentos del famoso Digesto de Justiniano<sup>549</sup>: D. 11, 7, 8,1<sup>550</sup> sobre la venta

---

<sup>546</sup> Monsalve Caballero, V. (2010) *op. cit.* p. 21.

<sup>547</sup> Vid. García Rubio, M.P., Otero Crespo, M. (2010) “La responsabilidad precontractual en el Derecho Contractual Europeo” *Revista para el Análisis del Derecho InDret* 2/2010 p. 4.

<sup>548</sup> Manzanares Secades A. (1985) *op. cit.* p. 716.

<sup>549</sup> *Idem.* p. 721.

<sup>550</sup> D. 11,7,8,1. Ulpianus, ad ed libro vicensimo quinto ad edictum. Si locus religiosus pro puro venisse dicetur, praetor in factum actionem in eum dat ei ad quem ea res pertinet: quae actio et in heredem competit, cum quasi ex empto actionem contineat (Si se dijese que un suelo religioso fue vendido como puro, el pretor da a favor del dueño del lugar y contra el vendedor la acción por el hecho. Esta acción se da también contra el heredero, ya que se considera como si comprendiera la acción de compra). Se toma la traducción del Digesto de D’ors, Álvaro et alii (1968-1976). El Digesto de Justiniano, vol I., Pamplona: Aranzadi. citado por Tomás Martínez., G. (2010). Naturaleza De La Responsabilidad Precontractual (Culpa In Contrahendo) En La Armonización Jurídica Europea 2010. *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte Sección: Ensayos Año 17 - Nº 1,*, 187-210, p. 190. Cfr. León, L. L. (2006), *op. cit.*, p. 290. “En la época de le tocó vivir a Ihering, el Derecho Romano representaba el “derecho actual”, de modo que la remisión a las fuentes era imprescindible para avalar todo planteamiento doctrinario”.



de una *res religiosa*; D. 18, 1, 62,1 (*Modestino., Reg. 5*)<sup>551</sup> relativo a la venta de una *res religiosa, sacra* o *publica*; y un texto más que encontramos en las Instituciones de Justiniano: *Instituta* 3, 23, 5, sobre *res religiosa* o *pública*<sup>552</sup>.

Por otro lado, tomó como antecedente de su trabajo, el Código Civil Prusiano (*Allgemeines Landrecht für die Koniglichen Preussischen Staaten*) de 1794 el cual presentaba para la fase preparatoria, los mismos deberes que en curso de cumplimiento. Lo mismo concluía sobre las normas del Código Civil austriaco (*Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch*) de 1811, las cuales contemplaban la obligación de indemnizar por actos en la etapa preparatoria del contrato al tenor de los párrafos 866, 248, 878, y 869<sup>553</sup>.

De esta manera, expone Arbeláez García que la concepción iherinista descansa en dos presupuestos: el primero hace referencia a estar en presencia de un contrato celebrado y segundo que el mismo haya sido declarado nulo como consecuencia de la conducta de uno de los contratantes en el periodo de las tratativas<sup>554</sup>. Cabe añadir un tercer elemento diferenciador

---

<sup>551</sup> D. 18, 1, 62,1. *Modestinus libro quinto regularum. Qui nesciens loca sacra vel religiosa vel publica pro privatis comparavit, licet emptio non teneat, ex empto tamen adversus venditorem experietur, ut consequatur quod interfuit eius, ne deciperetur (El que compró, ignorándolo, lugares sacros, religiosos o públicos, por privados, aunque la compra no se mantenga, no obstante, podrá ejercitar la acción de compra contra el vendedor por su interés en no sufrir el engaño). D'ors (1968-1976), citado por Tomás Martínez., G. (2010) op. cit. p. 190.*

<sup>552</sup> *Instituta iustinianus. 3,23,5: Loca sacra vel religiosa, item publica, veluti forum basilicam, frustra quis sciens emit, quas tamen si pro privatis vel profanis deceptus a venditore emerit, habebit actionem ex empto, quod non habere ei liceat, ut consequatur, quod sua interest deceptum non esse. Idem iuris est, si hominem liberum pro servo emerit (A sabiendas, inútilmente compra uno lugares sagrados o religiosos, y también públicos, como un foro, una basílica, pero si engañado por el vendedor los hubiere comprado como profanos o privados, tendrá la acción de compra, porque no le era lícito tener la cosa para conseguir lo que le importe no haber sido engañado. Y el mismo derecho se aplica, si hubiere comprado un hombre libre por un esclavo). D'ors (1968-1976) Tomás Martínez., G. (2010) op. cit. p. 190.*

<sup>553</sup> Monsalve Caballero, V. (2010) op. cit. p. 21, 22. Cfr. León, L. L. (2006), op. cit., p. 289.

<sup>554</sup> Arbeláez García, A. D. (2014) Capítulo III. Naturaleza de la Responsabilidad Precontractual, Garcés Vásquez, P. A. (Ed.), EL CONSENTIMIENTO: Su formación y sus vicios: Institución



que es la referencia a que la nulidad del contrato se debe a la venta de un bien fuera del comercio de los hombres o la referida y citada *res extra commercium*.

#### **6.2.1.2.2. Daños indemnizables conforme a la doctrina Iheringista.**

En materia resarcitoria, Ihering toma las teorías relativas a los intereses positivos y negativos que le asisten al comprador defraudado durante el *iter contractual*<sup>555</sup>. El interés positivo, también denominado de mantenimiento o *expectation interest*<sup>556</sup>, se refiere al interés de la parte afectada en que se conserve y ejecute el contrato. Entonces, este interés se refiere a los contratos válidos, buscando el cumplimiento de las prestaciones nacidas de la relación contractual<sup>557</sup>. Por lo cual una la lesión al interés de cumplimiento de una de las partes supone una indemnización equivalente al beneficio económico que este recibiría con la ejecución normal del contrato<sup>558</sup>.

El interés negativo, el interés de confianza<sup>559</sup>, *reliance interest*<sup>560</sup> o *negative interesse* el cual es considerado como uno de los grandes legados de la

---

Universitaria de Envigado p. 80. URL: <https://www.iue.edu.co/portal/documentos/fondo-editorial/ElConsentimiento-Suformacionyvicio.pdf> (Revisado en fecha: 29/07/2020).

<sup>555</sup> Oviedo Alban, J. (2008) *op. cit.* p. 109.

<sup>556</sup> Pantaleón Prieto, A. F. (2011). Responsabilidad precontractual: propuestas de regulación para un futuro Código Latinoamericano de Contratos. *Anuario de Derecho Civil*, 64(3), 897-930, p. 917.

<sup>557</sup> Monsalve Caballero, V. (2010) *op. cit.* p. 25. Cfr. Manzanares Secades acuerda esta posición citando el trabajo del jurista alemán Fischer H. y su obra los daños civiles y su reparación. Manzanares Secades (1984) *op. cit.* 725. Cfr. Oviedo Alban, J. (2008) *op. cit.* p. 109. Cfr. Aguilar Gutierrez (1950) *op. cit.* p. 83.

<sup>558</sup> Mendieta Pineda, J. (2011). Culpa *In Contrahendo* Historia, Evolucion y Estado Actual de la Cuestión, La. *Rev. E-Mercatoria*, 10, Universidad Externado de Colombia, pp. 40-74 p. 45. Cfr. Monsalve Caballero, V. (2010) *op. cit.* p. 25

<sup>559</sup> Esto conforme al pensamiento de Hedemann, quien es citado por Manzanares Secades (1984) *op. cit.* p. 725

<sup>560</sup> Pantaleón Prieto, A. F. (2011). *op. cit.*, p. 917.

doctrina Iherinista<sup>561</sup>, se refiere al daño consecuencia de la nulidad del contrato y que lesiona la confianza que tenía el vendedor o comprador en la validez del mismo<sup>562</sup>.

Por otro lado, Oviedo Alban la describe como *“la perdida que se origina al violar la expectativa que se tenía en no ser lesionado en el ejercicio de la libertad contractual por haber confiado en la conclusión del contrato”*<sup>563</sup>. Añade Manzanares Secades basándose en el pensamiento de varios juristas alemanes, que dicho interés *“es aquel que se irroga a quien confía en la validez de un negocio jurídico que luego resulta nulo ya sea por vicio original o causas posteriores. En este sentido parte de una hipótesis de contrato frustrado”*<sup>564</sup>.

En cuanto a este interés, la indemnización pretende reponer, en términos económicos, las cosas al estado en que estarían si el perjudicado nunca hubiera oído hablar del contrato o no hubiera confiado en su validez<sup>565</sup>. Por tanto, la doctrina se ha inclinado a referir que en la etapa precontractual solo puede existir una indemnización del interés negativo, mismo que incluye costos de la negociación y los que se derivan de la confianza creada en la contraparte, dejando por descartada el resarcimiento de ganancias dejadas de reportar por un contrato frustrado<sup>566</sup>.

---

<sup>561</sup> León, L. L. (2006), *op. cit.*, p. 291.

<sup>562</sup> Aguilar Gutiérrez (1950) *op. cit.* p. 83. También hace mención que se le puede llamar como *daños de confianza* conforme al pensamiento de Von Tuhr.

<sup>563</sup> Oviedo Alban, J. (2008) *op. cit.* p. 109.

<sup>564</sup> Manzanares Secades, A. (1984) *op. cit.* 25.

<sup>565</sup> Monsalve Caballero, V. (2010) *op. cit.* 25 Cfr. Manzanares Secades (1985) *op. cit.* 724.

<sup>566</sup> Oviedo Albán, J. (2008) *op. cit.* p. 109.

### **6.2.1.2.3. Referencia al debate del daño emergente y el lucro cesante en el interés negativo.**

Continuando con la posición iherinista referente al interés negativo en la doctrina ha existido el debate referente a los elementos que integran el resarcimiento de un daño civil, y estos pueden ser el daño emergente y lucro cesante. De acuerdo a muchos autores es unánime que el daño surgido durante las tratativas corresponde al daño emergente, no obstante, han existido argumentos buscando incluir el lucro cesante<sup>567</sup>.

El daño emergente se identifica como las actividades que le han ocasionado gastos a la parte afectada basado en la esperanza de poder resarcirse al concluir el contrato, pero que, debido a la brusca interrupción de los tratos quedan exclusivamente a su cargo, sin que por otra parte tengan compensación, ya que se frustra el negocio en el que esperaba hallarla<sup>568</sup>. Por otro lado, retomando el debate del lucro cesante, Manzanares Secades, se había manifestado con anterioridad a Oviedo Albán argumentando que la responsabilidad precontractual no causa el resarcimiento de todos los daños sufridos, sino solo aquel que encaje en el interés negativo del que hace mención Ihering<sup>569</sup>.

En cuanto a este debate, detalla Manzanares Secades la heterogeneidad de posiciones existente en la península itálica. Hay una primera línea jurisprudencial que incluye el lucro cesante en supuestos de CIC por ruptura injustificada de las negociaciones<sup>570</sup>. En esta se describen los gastos sostenidos por la contraparte en vista de la conclusión del contrato, así como

---

<sup>567</sup> Oviedo Albán, J. (2008) *op. cit.* p. 109.

<sup>568</sup> Manzanares Secades, A. (1984) *op. cit.* p.741.

<sup>569</sup> *Idem.* p. 747.

<sup>570</sup> *Idem.*

las pérdidas sufridas por no haber aprovechado las otras ocasiones que se han presentado en el curso de las *trattative* y por tanto, no haber concluido con otro un contrato similar a aquel por el que fueron iniciadas las negociaciones posteriormente interrumpidas sin justa causa.<sup>571</sup>

Por otro lado, se mantenía otro criterio jurisprudencial en el cual se exponía que el resarcimiento del daño conforme al código civil italiano de la época estaba limitado al interés negativo, porque si se concediese el interés contractual positivo no habría diferencia entre culpa contractual y extracontractual<sup>572</sup>. En este sentido, Manzanares Secades concluye que solamente los gastos que dependen directamente de las tratativas y no los daños derivados de las ocasiones de pérdida de ganancia o lucro cesante serán considerado como parte del daño.<sup>573</sup>

Ahora, en el continente americano, la jurisprudencia chilena desarrolla una posición separatista entre ambas figuras dentro de su jurisprudencia y en un caso de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia Chilena se expone lo siguiente<sup>574</sup>:

*[...] por el primero de aquellos conceptos “daño emergente” el damnificado podrá demandar el reembolso de los gastos ocasionados con motivo de tales negociaciones, mientras que a título de ganancias frustradas habrá lugar a reclamar beneficios ciertos que se hayan dejado*

---

<sup>571</sup> Manzanares Secades, A. (1984) *op. cit.* 747. Cfr. Oviedo Alban, J. (2008) *op. cit.* p. 109: “se discute sobre si debería incluir también el lucro cesante, entendido como la ganancia dejada de percibir con el contrato cuya perfección se frustra”.

<sup>572</sup> *Idem.*

<sup>573</sup> *Idem.* p. 747-48.

<sup>574</sup> Corte Suprema de Justicia Chilena, Sala de Casación Civil, Sentencia de 23 de noviembre de 1989, M.P. José Alejandro Bonivento Fernández citado por Oviedo Albán, J. (2008), *op. cit.* p. 110, 111.

*de percibir en razón de las actuaciones precontractuales que no progresaron debido al retiro injustificado de la otra parte, este último teniendo en cuenta, obviamente, que no se trata del lucro cesante por incumplimiento de la propia relación negocial proyectada –pues una utilidad de esa naturaleza integra sin duda el interés positivo o de cumplimiento que, como se advirtió antes, presupone un contrato ab initio válido y perfecto– sino de la pérdida que significa el que, por haber confiado en que el otro negociador haría lo necesario para llegar a la perfección del vínculo contractual proyectado, se haya abandonado una posición económicamente favorable y existente en realidad al momento del evento dañoso –v. gr. la posibilidad cierta de celebrar otro contrato distinto– que le habría reportado ventaja”.*

De igual manera la jurisprudencia reciente chilena hace referencia a este debate en el Fallo 45.515 afianzando lo antes expuesto y se desprende lo siguiente<sup>575</sup>:

*“la retractación intempestiva, injustificada desde el punto de vista de los elementos preparatorios del acto jurídico definitivo constituyen un hecho ilícito y dañoso que puede provocar daños o perjuicios a la persona con la que ha entrado en esta etapa de conversación preliminar si no de aquellos que faltan al principio general de buena fe y que obliga a todos los sujetos de derecho.”*

De tal manera que la jurisprudencia de diferentes Estado ha ratificado la posición de que en la responsabilidad precontractual implica un perjuicio al

---

<sup>575</sup> Corte Suprema de Justicia Chilena, Fallo 45.515-2017 de fecha 13 de diciembre de 2018, Primera Sala, por los Ministros Sr. Héctor Carreño S., Sr. Guillermo Silva G., Sra. Rosa María Maggi D., Sr. Juan Fuentes B. y Abogado Integrante Sr. Diego Munita L.

interés negativo de la parte afectada y conlleva un daño emergente por las expectativas creadas a ésta y la violación de la buena fe *in contrahendo*, De igual manera, se ha ido excluyendo la posición de que el rompimiento intempestivo de las negociaciones conlleva también un lucro cesante.

#### **6.2.1.2.4. La venta de la Res Extra Commercium**

Continuando con el planteamiento iherinista, y lo planteado en cuanto al resarcimiento por daños durante las negociaciones, el alemán presentó sus conclusiones con el siguiente argumento:

*“ El cumplimiento del contrato no produce simplemente una obligación de su ejecución plena a satisfacción de las partes, más cuando este efecto está excluido por cualquier obstáculo jurídico, determinando en ciertas circunstancias también el nacimiento de una obligación de resarcimiento del daño, o cuando se ha designado una nulidad, o en carencia de esos elementos se realice la venta de una res extra commercium que excluye la posibilidad de cumplimiento, pero no la obligación de resarcimiento, la cual está ligada siempre al contrato”<sup>576</sup>.*

En este sentido, afirma que, en los casos por él estudiados, en esencia relacionados a contratos de compraventa y con fundamento en el Derecho Romano<sup>577</sup>, existe una nulidad en el negocio, por la inexistencia o imposibilidad de comercializar el objeto del contrato (la *res extra commercium*), y el vendedor debe reparar a la parte contraria por su falta directa considerando que el

---

<sup>576</sup> Monsalve Caballero, V. (2010) *op. cit.* p. 22-23. Citando a Ihering, R. "De la culpa in contrahendo ou des dommages –interdi dans les conventions nulls ou restées imparfaites", traducción francesa por DE MEULENAERE, *Ouvres choisies de R. VON IHERING*, tomo II (Marescq, París, 1893). p. 27. *Cfr.* León, L. L. (2006). *op. cit.*, p. 290.

<sup>577</sup> León, L. L. (2006), *op. cit.*, p. 290.

comprador se encontraba en condición de confianza fundamentado en el principio de buena fe entre los intervinientes. Por tanto, la parte que se considere dañada, tiene derecho a reclamar daños a causa de la nulidad del contrato. En estos supuestos en concreto que menciona Ihering el vendedor no podía alegar que ignoraba que el bien estaba fuera del comercio de los hombres.

De esta manera, Ihering habla de la diligencia contractual (*contractlichen diligentia*) y esta es requerida en las relaciones contractuales en fase de formación y en las relaciones contractuales ya perfeccionadas. La inobservancia de dicha *diligentia* da lugar a resarcimiento de la parte afectada en ambos escenarios<sup>578</sup>.

Expone Monsalve Caballero que Ihering considera a la parte vendedora como responsable del daño, porque si una persona quiere celebrar un contrato de compraventa debe garantizar y prever que se cumplan todos los requisitos o presupuestos para que dicho vínculo tenga validez y pueda ser ejecutado<sup>579</sup>. De este análisis se observa la importancia que tiene el derecho de información en esta temática, ya que, de lo antes expuesto, se deduce que ese derecho representa una parte sustancial en cualquier comunicación preliminar en la formación de un contrato.

Conforme a todo lo antes expuesto, el alemán logró formular un principio general para la doctrina que ayudaría a desarrollar<sup>580</sup>:

*“El deber de resarcimiento que recae sobre la venta de una res extra commercium se fundamenta en la culpa nacida antes de la conclusión*

---

<sup>578</sup> León, L. L. (2006). *op. cit.*, p. 290.

<sup>579</sup> Monsalve Caballero, V. (2010) *op. cit.* p. 23.

<sup>580</sup> *Idem.* p. 24.

*del contrato, siempre que exista una culpa in contrahendo surgirá aquel deber.”*

Por lo cual, bajo la línea de pensamiento del profesor germano, la nulidad del contrato o que el mismo no haya podido ser perfeccionado no invalida todos los efectos que surgen de la relación entre las partes, sino únicamente la ejecución de las obligaciones contractuales. En otras palabras, el contrato no perfeccionado sigue produciendo otras obligaciones fuera de las presupuestadas en el cuerpo del mismo. Estas pueden corresponder al pago de indemnizaciones por las promesas o expectativas creadas en la parte afectada durante la etapa precontractual, o el resarcimiento por los gastos incurridos por la parte afectada a causa de estas expectativas (el interés negativo antes estudiado). Por ejemplo, el caso de un comprador que realiza gestiones para un terreno que no van a poder ser obtenido ya que está dentro de una reserva biológica protegida por el Estado. En este supuesto, el comprador incurrió en gastos que al final resultaron siendo un perjuicio para su patrimonio, y de este acto surgiría una responsabilidad para el vendedor en el supuesto de querer comercializar una *res extra commercium*.

En esta línea de pensamiento, Von Thur, expone que existe culpa *in contrahendo* cuando siendo imposible el contrato o contrario a la ley, una de las dos partes conociese al tiempo de contratar, la imposibilidad e ilicitud de la prestación, si esta circunstancia era ignorada del otro contratante, así como cuando alguno de ellos sea incapaz y actúe a sabiendas de su incapacidad<sup>581</sup>.

De igual manera, un elemento importante dentro de la doctrina creada por Ihering, es en referencia a la buena fe contractual. En cuanto a este argumento, expone Monsalve Caballero que la razón por la que se impone la obligación de

---

<sup>581</sup> Aguilar Gutierrez, A. (1950). "El periodo Preliminar o de formación del Contrato y la responsabilidad precontractual". Boletín del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, No. 7, año III, México DF, enero – abril, p. 75.



resarcir el daño causado por un acto realizado en el período de formación del consentimiento, no debe ser buscada en la buena fe de la parte damnificada. La contraparte puede haber obrado también de buena fe al realizar el hecho dañoso, en la culpa calificadora de la acción de esta última<sup>582</sup>.

Por tanto, conforme a la presente doctrina, el resarcimiento deberá determinarse tomando en consideración la negligencia que pueda tener la parte vendedora de un bien fuera del comercio de los hombres, ya sea por el desconocimiento de las condiciones del bien objeto del contrato o por la falta de garantía por parte de este, de que el bien estará disponible para su tradición al momento de perfeccionamiento del contrato. De esta manera, fundamenta su teoría en el estudio de tres casos específicos, y estos fueron los siguientes<sup>583</sup>:

- **La incapacidad de las partes (unfähigkeit des subjects):** Se está frente a un caso de incapacidad de las partes, cuando uno de los sujetos, celebra el contrato mediando por parte del otro extremo contractual dolo o fraude.
- **Incapacidad del objeto (unfähigkeit des objects):** La incapacidad del objeto se hace presente cuando el fin del contrato, o su prestación principal es imposible o es ilícita, ya fuera porque se encuentra el bien fuera del comercio o porque pertenece a bienes que no se pueden transmitir. Para que pudiera ser alegada esta circunstancia por parte del

---

<sup>582</sup> Monsalve Caballero, V. (2010) *op. cit.* p. 24.

<sup>583</sup> Alonso Perez, M. (1971). "La Responsabilidad Precontractual". *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario - Núm. 485, Julio - Agosto 1971*, 859-922, p. 906, Cfr. Monsalve Caballero, V. (2010) *op. cit.* p. 37

perjudicado, debía existir un total desconocimiento de estas circunstancias.

- **La inexactitud de la voluntad contractual de las partes** (*unzuverlässigkeit des contractlichen Willens*): Estas fueron subdivididas en situaciones en las cuales la disyuntiva se originaba en la inexactitud de la declaración (*der erkläung*) o de la propia voluntad interna de los contrayentes (*des willens selber*). Estas se presentaban básicamente frente la omisión de información sobre aspectos o puntos básicos del contrato, o información imperfecta o incompleta, cuyo fin era favorecer a uno de los sujetos, de tal forma que, si alguien omitió comunicar a la otra parte el desistimiento del contrato y esta lo cumple, responde quien no fue diligente en la información. En este supuesto se está ante una falta importante a lo que se conocería posteriormente como derecho a la información.

Como se observa, estos casos se ven vinculados estrechamente a los tres presupuestos para la existencia de un contrato. En esencia, estos ejemplos exponen los posibles casos de nulidad provocada por vicios en el objeto, consentimiento y causa.

Por tanto, conforme a la línea de pensamiento de Ihering, se puede concluir que el fundamento para que exista responsabilidad no es precisamente la violación al principio de buena fe, como lo es reconocido en la actualidad; si no en la falta de diligencia por una de las partes involucradas. En este sentido, la debida diligencia siempre será exigible durante el perfeccionamiento, ejecución contractual y también lo será en la formación del contrato, siempre vinculado con la buena fe contractual.

**6.2.1.3. La aplicación de la doctrina de Ihering en el *Codice Civile* italiano y la doctrina de Faggela.**

A continuación, se procederá a presentar algunos estudios posteriores a Ihering en otros países del viejo continente, los cuales fueron aportando nuevos elementos para ir moldeando la doctrina estudiada actualmente de la responsabilidad precontractual.

Otro de los países en donde se realizaron estudios importantes de esta doctrina, fue en la nación de península Itálica, donde a finales del siglo XIX e inicios del XX, la mayoría de la doctrina partía del principio de “no vinculación de los tratos preliminares”, y por tanto, se defendía sin oposición alguna, que la ruptura de estas no configuraba responsabilidad alguna para las partes<sup>584</sup>.

La academia italiana tenía un arraigo del método sistemático entre los civilistas-romanistas italianos de fines del siglo XIX de manera que no faltaron voces que se opusieran a la teoría de Ihering<sup>585</sup>. En la doctrina italiana, se distinguía preliminarmente en el periodo precontractual dos fases bien definidas: la primera constituida por tanteos o tratos preliminares anteriores a la perfección del contrato y que tendría por objeto preparar la segunda etapa la cual es constituida por la oferta propiamente dicha.<sup>586</sup>

Ante los problemas que se suscitaban por un eventual daño ocurrido en la etapa de formación, la doctrina y la jurisprudencia italiana acudían, al recurso del artículo 1151 del Código Civil derogado, norma que regulaba la hipótesis de la responsabilidad extracontractual. Con el paso del tiempo y ante la imposibilidad de normar de manera eficaz la hipótesis de la culpa *in*

---

<sup>584</sup> Monsalve Caballero, V. (2010) *op. cit.* p. 30, citando a CARRARA, G. (1915), “La formazione dei contratti” (Dott. Francesco Vallardi, Milano, 1915), pág. 2 y ss

<sup>585</sup> León, L. L. (2006). *op. cit.*, p. 293.

<sup>586</sup> Aguilar Gutiérrez, A. (1950), *op cit.* p. 71.

*contrahendo* en el esquema del artículo 1151, en cuanto al concepto de la no violación de un derecho absoluto, y auspiciado por la interpretación cada vez más restrictiva del ilícito extracontractual llevó a que diferentes autores y a una parte de la jurisprudencia plantearan una nueva solución<sup>587</sup>.

Estas circunstancias incitaron a que Gabriel Faggella retomara los estudios alemanes y continuara desarrollando la temática de la ruptura de las tratativas en su obra de 1906<sup>588</sup>. Este rechaza en su totalidad la tesis desarrollada por los germanos, y construye una responsabilidad precontractual *sui generis*. Hace un estudio a profundidad, sobre la formación psicológica, económica y jurídica, simultánea, de los interventores del acto jurídico. Divide su estudio en tres etapas<sup>589</sup>:

- **Negociaciones preliminares:** La primera comprende los acercamientos realizados por las partes antes de emitir la oferta.
- **La preparación y elaboración de la oferta:** Faggella identifica una nueva etapa entre los tratos preliminares y la emisión de la oferta<sup>590</sup>, y esta es la que se da cuando las negociaciones comienzan a avanzar y las partes encuentran un interés mutuo, permitiendo acercarse a propuestas más serias.
- **La oferta en firme:** que comienza con la emisión de la oferta y termina con la conclusión del contrato o la cesación definitiva de las negociaciones por desacuerdo absoluto.

---

<sup>587</sup> Monsalve Caballero, V. (2010) *op. cit.* p. 31.

<sup>588</sup> Kuyven, L. F. (2010) *La Responsabilité Precontractuelle dans le commerce international: Fondaments et regles applicables dans une perspective d'harmonisation*. Université de Strasbourg, p. 19.

<sup>589</sup> Monsalve Caballero, V. (2010) *op. cit.* p. 31, citando a Alonso Perez, *op. cit.* p. 863

<sup>590</sup> Parraguez Ruiz, L. S. (2015). La responsabilidad precontractual por ruptura de las tratativas preliminares. *Iuris dictio*, vol. 17 febrero-julio 2015 Año 16, pp. 171-209, p. 176 Cfr.

Por otro lado, Faggella critica y a su vez perfecciona la tesis de Ihering, por cuanto la oferta deja para él de constituir el portal de entrada a la responsabilidad precontractual e incluye los tratos preliminares como verdaderos actos jurídicos<sup>591</sup>.

Su análisis parte del hecho de que al comenzar a negociar con la finalidad de cerrar un acuerdo contractual ya se configuraba un hecho relevante para el orden jurídico fundamentado en la confianza<sup>592</sup> y susceptible de generar el deber de reparar, por tanto se amplía el ámbito espacial en el que se puede incurrir en la responsabilidad precontractual<sup>593</sup>. De igual manera estima que no es necesario el dolo o la culpa para conformar una ruptura antijurídica. Basta con que una de las partes altere el curso normal de las tratativas de manera irrazonable. Por ello el fundamento conforme a Varacalli & Picasso, no es puramente la culpa, sino la violación del acuerdo ya concluido entre las partes ya sea de manera expresa o tácita para entablar negociaciones<sup>594</sup>.

Bajo esta línea de pensamiento, las partes en el curso de sus conversaciones preliminares, llegan a ciertos acuerdos de voluntad, que, sin ser de naturaleza obligatoria, no deben tener tampoco la consideración de simples pláticas. Estas pláticas crean entre los interesados, relaciones más concretas que salen de las discusiones cotidianas, entrando en el campo del derecho, sin que por ello obliguen de tal manera, que las partes se vean privadas, a la opción de no

---

<sup>591</sup> Aguilar Gutiérrez, A. (1950), *op cit.* p. 80

<sup>592</sup> Kuyven, L. F. (2010) *op. cit.* p. 19 *Selon Faggella, l'entrée en pourparlers impliquait un accord precontractuel visant la continuation des pourparles jusqu'à la célébration du contrat ou le moment où s'avère impossible le consensus. Cet accord se fondait sur la confiance dans la loyauté de la négociation.*

<sup>593</sup> Bencomo Fariñas, Y. (2020). Apuntes críticos en torno a la actual regulación jurídica de los tratos preliminares y la responsabilidad precontractual en la contratación económica en Cuba. *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, 50 (132), pp. 170-191, p. 176.

<sup>594</sup> Varacalli, D. C., & Picasso, S. (1994). Responsabilidad precontractual y Postcontractual. *Revista Lecciones y Ensayos Universidad de Buenos Aires Abeledo-Perrot 1994-60/61.*, 209-238 p. 213

concluir el contrato<sup>595</sup>. Cuando el contrato no se finiquita, porque se retira la parte, cuyo consentimiento falta, no hay posibilidad de pedir la indemnización de daños y perjuicios, por la ruptura de las conversaciones preliminares si no existe falta culpable de parte del revocante.<sup>596</sup>

Manzanares Secades continúa con el argumento de la existencia de un acuerdo tácito y menciona que “la pura y simple ruptura sin que las conversaciones hayan tenido su desenvolvimiento y su final positivo o negativo, comporta la violación del citado acuerdo precontractual y tal violación hace arbitraria e intempestiva la ruptura de la misma”.<sup>597</sup> Además, dicho autor considera que para Faggella el fundamento para el resarcimiento de daños es la violación de dicho acuerdo tácito inter-partes. No obstante, este no expone los parámetros necesarios para determinar dicho extremo<sup>598</sup>.

A partir de todos los argumentos, se retoma la conclusión de Aguilar Gutiérrez en cuanto al pensamiento del autor italiano y expone que, para este, existirá responsabilidad precontractual por ruptura de los tratos preliminares, toda vez que la retractación que origina dicha ruptura sea arbitraria o injustificada<sup>599</sup>. De esta manera, lo novedoso de esta teoría en su momento fue el reconocimiento de un principio de responsabilidad en materia de tratos previos a la emisión de la oferta contractual y que esta responsabilidad es independiente de toda idea de culpa y de que deriva únicamente de la conformidad de las partes en entrar en negociaciones sin que estas sean absolutamente libres para retirarse (de los tratos) sin correr riesgo alguno<sup>600</sup>.

---

<sup>595</sup> Monsalve Caballero, V. (2010) *op. cit* p. 31

<sup>596</sup> *Idem.* p. 31,32.

<sup>597</sup> Manzanares Secades, A. (1984). La responsabilidad precontractual en la hipótesis de ruptura injustificada de las negociaciones preliminares. *Anuario de Derecho civil*, 37(3), 687-748. P. 701.

<sup>598</sup> *Idem.* p. 701.

<sup>599</sup> Aguilar Gutiérrez, A. (1950), *op cit.* p. 81.

<sup>600</sup> *Idem.* p. 82.

De igual manera Faggella, clasificó las rupturas de las conversaciones preliminares, en objetivas y subjetivas dependiendo de la motivación que impulsó a una de las partes a retirarse de las negociaciones<sup>601</sup>. El italiano consideró que la ruptura objetiva sucede cuando una de las partes recibe otra oferta más ventajosa de un tercero, o con mayores probabilidades de éxito, más amplias garantías de ejecución o mayor extensión en el mundo de los negocios. Continúa manifestando que, si las conversaciones se rompen por razones distintas a las meras objetivas, nace una responsabilidad, que permite el reembolso de los gastos efectuados. Estos gastos reembolsables son solo aquellos que se realizan en interés del contrato, para facilitar su otorgamiento<sup>602</sup>.

Conforme a este argumento manifiesta Monsalve Caballero que Faggella descalificaba el interés protegido por Ihering, ya que limitaba estrictamente el daño aportando a la doctrina un nuevo criterio indemnizatorio, ya que excluía el “interés negativo” *supra* descrito<sup>603</sup>. El punto más alto de esta teoría no se daría sino hasta que el Código Civil de 1865, quedara derogado en el año de 1942, promulgándose como el primero de los códigos modernos europeos, en el cual se consagraron normas propias que fundamentaron lo ampliado por Faggella y también darían lugar a todo el movimiento doctrinario que precedió el concepto de la buena fe, la *correttezza*, y el deber de lealtad en la diferente normativa civil italiana<sup>604</sup>. De esta manera en el artículo 1337 del CC italiano de 1942 se hace referencia expresa a la responsabilidad precontractual, la cual fue desarrollada con anterioridad gracias a la jurisprudencia italiana<sup>605</sup>.

---

<sup>601</sup> Monsalve Caballero, V. (2010) *op. cit.* p. 33

<sup>602</sup> *Idem.* p. 33, citando a Faggella, G. (1906), “Dei periodi precontrattuali e Della loro vera ed esatta costruzione scientifica, *Studi giuridici in onore di Carlo fadda*, Napoli, 1906, tomo III p. 275.

<sup>603</sup> *Idem.* p. 33

<sup>604</sup> *Idem.* p. 38.

<sup>605</sup> Art. Codice Civile Italiano *Trattative e responsabilità precontrattuale: Le parti, nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto, devono comportarsi secondo buona fede./*

Sin perjuicio de lo antes expuesto, una de las principales críticas hacia la proposición de Faggella es desarrollada por el jurista francés Raymond Saleilles, quien expone que el punto débil de esta teoría es que el concepto de “retractación arbitraria” es muy vago y difícil de precisar, y expone que esto podría provocar inseguridad en las personas ya que nadie va a pretender entrar en negociaciones sabiendo que la simple retirada podría ser una causa de responsabilidad<sup>606</sup>, esto en detrimento a lo pregonado por la libertad contractual. Por tanto, aunque en parte hoy día la teoría de Faggella no tiene fundamento<sup>607</sup>, no puede desconocerse que gracias a sus estudios se hizo un aporte valioso a la doctrina de la responsabilidad precontractual.

#### **6.2.1.4. Saleilles y el desarrollo de la Doctrina en Francia**

Entre los muchos autores que estudiaron el tema en cuestión, hay que mencionar un contemporáneo de Faggella, el jurista francés Raymond Saleilles<sup>608</sup> quien representa uno de los pilares de la crítica francesa contra el formalismo de la exégesis o interpretación textual de la norma<sup>609</sup>. Dicho autor acoge el trabajo del italiano y su estudio inicia resaltando los puntos importantes que tiene la investigación italiana, y lo profundiza<sup>610</sup>.

Para Saleilles, las partes que se han puesto en intermediación para concluir un contrato tienen desde el primer momento, la obligación de “obrar conforme a

---

*Negociaciones y responsabilidad precontractual: Las partes, al realizar negociaciones y formalizar el contrato, deben comportarse de buena fe. Cfr. Manzanares Secades (1984), A. op. cit. p. 687. Cfr. Kuyven, L. F. (2010) op. cit. p. 318.*

<sup>606</sup> Aguilar Gutiérrez, A. (1950), *op cit.* p. 82.

<sup>607</sup> Monsalve Caballero, V. (2010) *op. cit.* p. 32.

<sup>608</sup> Kuyven, L. F. (2010) *op. cit.* p. 19.

<sup>609</sup> Lloredo Alix, L. M. (2010) *Ideología y Filosofía en el positivismo jurídico de Rudolf Von Jhering*, Tesis Doctoral Universidad Carlos III de Madrid, Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas” p. 102 citando a Halpérin, J.L., “Saleilles, Raymond”, en AA. VV., *Dictionnaire historique des juristes français (XI ème –XXème siècle).*, pp. 694-696.

<sup>610</sup> Alonso Perez, M (1971) *op. cit.* p. 896.



la equidad comercial y a la buena fe”<sup>611</sup>. Por tanto, si existe un retiro de las negociaciones de manera arbitraria se da lugar a la determinación de responsabilidad<sup>612</sup> además de las condiciones y extensión del resarcimiento<sup>613</sup>.

En esta línea, el autor francés, tomando como punto de partida “la equidad comercial” mencionada por este además de la crítica realizada a la teoría Faggeliana, y planteó un caso para el retiro legítimo de los tratos. Sostiene que existe justificación, sin provocar un perjuicio, cuando la ruptura se da con ocasión a una divergencia económica, siendo el caso de una mejor propuesta en igualdad, y similitudes de condiciones tanto al objeto negociable, como al precio<sup>614</sup>. Por tanto, su planteamiento reafirma su posicionamiento a favor de la libertad comercial de las partes, en el cual podrán tener la discreción de escoger la oferta que consideren más favorable para sus intereses.

El presente discurso no tuvo mayor recibimiento en la sociedad francesa, y por el contrario fue duramente atacada en la consideración que era inaceptable entrar a aplicar un sistema fundamentado en una *fictio iuris*. No obstante, gracias a la adopción de la teoría precontractual italiana por parte de Saleilles, el tema de los *pourparlers* o negociaciones, hizo irrupción dentro del estudio de las obligaciones civiles francesas<sup>615</sup>.

Dentro de los profesores franceses que se ocuparon con posterioridad de la materia, con una mínima atención, fundamentando sus orientaciones a través de la reconstrucción sistemática del principio de la buena fe, la equidad comercial y la *correttezza*, además de los elementos planteados por el francés,

---

<sup>611</sup> Alonso Perez, M (1971) *op. cit.* p. 897. Cfr. Oviedo Albán, J. (2008) *op. cit.* p. 102.

<sup>612</sup> Kessler, F. & Fine, E. (1964), *op. cit.* p. 412 en referencia al estudio de Saleilles. Kessler & Fine definen el daño como *reliance dammages*.

<sup>613</sup> Monsalve Caballero, V. (2010) *op. cit.* p. 39, citando a Saleilles, R, “De la responsabilité précontractuelle”, R.T.D.civ., 1907, p. 735-741.

<sup>614</sup> *Idem.* p. 39.

<sup>615</sup> *Idem.* p. 40.

juristas como Josserand reconocieron la importancia de los estudios de este, a pesar de que sostenía una hipótesis de la teoría del abuso del derecho, y que la obligación resarcitoria tenía su fundamento en la violación de la obligación de comportarse de acuerdo a los mandatos de la buena fe, durante la fase precontractual<sup>616</sup>. Otro autor influenciado es Carbonnier, quien sostuvo, que en la etapa de los tratos preliminares no se crea una obligación relativa al futuro contrato, sino una obligación de comportamiento de la parte en el ámbito de dicha fase. Abstenerse de obrar indebidamente, informar de todas las circunstancias necesarias para la conclusión de un contrato, son conductas que se deben adoptar<sup>617</sup>.

Otro aspecto importante que desarrolla Saleilles, es la diferencia entre la revocación de una oferta, y el supuesto de abandono o ruptura de negociaciones.<sup>618</sup> Este considera que en ambas situaciones hay una actuación por una de las partes de no continuar con un proceso de negociación, no obstante, estas son distintas en cuanto a la situación en la que se efectúan. Por tanto, en el primer caso, ya se ha celebrado un acto jurídico consistente en la emisión de la oferta. Mientras que, en el segundo caso, no se ha llegado todavía a darse la oferta *per se* o el periodo decisivo de manifestación jurídica. Por el solo hecho de la emisión de la oferta, se ha producido algo nuevo: ha surgido un hecho que tiene valor jurídico. Antes de la oferta, los tratos celebrados entre las partes tienen como finalidad preparar una manifestación jurídica: la emisión de la oferta<sup>619</sup>.

---

<sup>616</sup> Monsalve Caballero, V. (2010) *op. cit.* p. 41 citando a Josserand, L. (1905), "De l'abus des droits" (2ª ed., Rousseau, París, 1905), pág. 39.

<sup>617</sup> *Idem.* p. 41 citando a Carbonnier, J. (1963), "Droit civil", Théorie des obligations, tomo IV (Presses Universitaires de France, París, 1963), pág. 104.

<sup>618</sup> Aguilar Gutiérrez, A. (1950), *op. cit.* p. 77.

<sup>619</sup> *Idem.*

#### **6.2.1.5. Argumentos en contra de la determinación de responsabilidad en la etapa de negociaciones**

Previo a proseguir con la posición desde la responsabilidad contractual hay que resaltar un par de apuntes de Aguilar Gutiérrez. El autor mexicano en uno de sus trabajos hace hincapié en un elemento que hay que tomar en consideración son los argumentos en contra de la CIC. Expone que dentro de las desventajas de la doctrina tradicional está el alto riesgo para el desenvolvimiento económico. Donde imponer a las personas que entablan tratos en vista de la celebración de un contrato futuro, la obligación de resarcir gastos que el contratante haya hecho tomando en cuenta el contrato que se pretende, o la exigencia que se reparen los perjuicios causados en la fase preparatoria del contrato.

De esta manera, considera que la vida de los negocios impone a los contratantes diversos riesgos que estos deben afrontar sin que puedan pretender que los gastos que hacen les sean resarcidos por la otra parte con la que estuvieron en tratos, ni tampoco querer derivar una responsabilidad por el hecho de la ruptura<sup>620</sup>. Por tanto, conforme a este planteamiento, el rompimiento de las negociaciones previas no debería de ser siempre resarcida, puesto que hay que tomar en consideración el principio de la libertad contractual, mismo que permite a los particulares tanto celebrar contratos lícitos, y de igual manera, en un sentido negativo también da la opción de no contratar si la persona no quiere, en virtud de una manera quedaría limitada o coartada su libre albedrío.

Autores más clásicos como Saleilles exponen que la ruptura de las negociaciones es un derecho absoluto de las partes. Ellas pueden, si quieren,

---

<sup>620</sup> Aguilar Gutiérrez, A. (1950), *op cit.* p. 75 y 76

romper los tratos sin ninguna responsabilidad, sin que pueda considerarse a este hecho como culposo, porque cada una de las partes debe prever el abandono de las negociaciones. Es posible, añade el francés, que cada una de las partes hará gastos en vista del contrato que se presenta, pero son preparativos que el tratante emprende a su riesgo y costa porque así lo quiere. En el caso que se retire, su responsabilidad no queda comprometida, puesta falta toda liga de causalidad<sup>621</sup>.

Este planteamiento resulta interesante, dado que es una vuelta de 180 grados a los preceptos que se han venido estudiando a lo largo del presente capítulo (en su mayoría). Estos argumentos pueden parecer algo proteccionistas de la doctrina tradicional contractual, sin embargo, presenta varias acotaciones importantes, como ser una posible violación del principio de libertad contractual. Esta postura detallada por Aguilar Gutiérrez presente elementos en común con la percepción de la buena fe y la responsabilidad precontractual en el common law inglés, en donde en aras de proteger la libertad contractual no consideran viable la determinación de responsabilidad en el periodo de tratativas.

Conforme a lo antes expuesto, la culpa *in contrahendo* implicaría que una vez comenzada las negociaciones, si una de las partes no quiere continuar con estas, tendrá que resarcir a la otra parte por la ruptura intempestiva de las negociaciones bajo argumentos subjetivos que no siempre serán acordes a la buena fe in contrahendo; teniendo que ser resarcido el interés negativo o el interés de que se concluyera el vínculo contractual. Es importante mencionar que la práctica ha sido vital para el desarrollo de la doctrina que tiene su

---

<sup>621</sup> Aguilar Gutiérrez, A. (1950), *op cit.* p. 76. Citando a Saleilles, (1907) De la Responsabilité Precontractuelle à propos d'une étude nouvelle sur la matière, Revue Trimestrielle de Droit Civil, Tomo VI, p. 697.

nacimiento en el pensamiento iherinista, misma que fue complementado por las escuelas francesas e italianas a lo largo del siglo XX.

### **6.3. Posturas en relación a la Responsabilidad Civil y la Culpa In Contrahendo.**

A lo largo del presente capítulo se han expuesto bastantes aspectos importantes para caracterizar las múltiples facetas de la responsabilidad precontractual. En el presente apartado se pretende ampliar el concepto y naturaleza de dicha figura al tratar de identificar su categorización dentro de los diferentes tipos de responsabilidad civil. A lo largo de la presente obra se ha explorado en cierta medida la posición más aceptada en la academia y a continuación se explorarán sus principales argumentos además de los planteamientos de otras posiciones al respecto.

La responsabilidad civil busca la reparación de un daño provocado a un particular en cualquier relación civil, la cual en la mayoría de casos será contractual, ya sea una compraventa, un arrendamiento etc. La certeza del daño va de la mano con la libertad contractual y el principio de la buena fe<sup>622</sup>.

De igual manera, la responsabilidad civil supone en primer término, que se cause un daño; en segundo lugar, que alguien haya causado ese daño procediendo con dolo o culpa y por último que exista una relación de causalidad entre el hecho causante del daño y este último<sup>623</sup>. Estos elementos son importantes al momento de determinar la responsabilidad civil dependiendo de la naturaleza de la misma sea contractual o extracontractual

---

<sup>622</sup> Mendieta Pineda, J. (2011) *op. cit.* p. 52.

<sup>623</sup> Rojina Villegas, R. (1998) *op. cit.*, p. 298. Expone que en el derecho mexicano son elementos de la responsabilidad civil los siguientes: a. El daño, b. La culpa. c. la relacion causa y efecto.

y gran parte de la academia ha dedicado ríos de tinta para definir este apartado<sup>624</sup>.

En primer término, es importante retomar las fuentes de las obligaciones, y existen dos posturas principales en esta materia. La primera, es la clasificación dualista presentada por Planiol y Bonnecase, el cual expresaba que las obligaciones solo pueden ser creadas por la ley o por el contrato<sup>625</sup>. En este sentido, indica que cuando las partes no crean libremente sus derechos y obligaciones mediante un vínculo contractual, es la ley la que determinará los mismos. La segunda vertiente es la presentada por Baudry-Lacantinerie, quien considera fuentes de la obligación, el contrato, la declaración unilateral de la voluntad y la ley<sup>626</sup>. No obstante, la más reconocida por los estudiosos en este tema es la doctrina dualista conforme al pensamiento de Rojina Villegas siguiendo la línea de pensamiento de Bonnecase<sup>627</sup>.

Ahora bien, se ha dividido la responsabilidad civil en dos categorías principales por su naturaleza<sup>628</sup>, las cuales son la responsabilidad contractual y la extracontractual, delictual o *aquiliana*, las cuales conllevan a consecuencias jurídicas distintas. La doctrina de la culpa extracontractual comprende hechos ilícitos por virtud de una interferencia positiva. En tanto que la culpa contractual hace referencia a hecho ilícitos que implican una interferencia negativa, es decir el incumplimiento de las obligaciones<sup>629</sup>.

---

<sup>624</sup> Entre ellos están. Cartwright, J. & Hesselink, M. (2009), *op. cit.* p.457, Valés Duque (2012), *op. cit.* p. 158, Monsalve Caballero, V. (2010), *op. cit.* pp. 357-373, Tomás Martínez, G. *op. cit.* p. 188-190.

<sup>625</sup> Rojina Villegas, R. (1998) *op. cit.*, pp. 45 y 47.

<sup>626</sup> *Idem.* p. 47.

<sup>627</sup> *Idem.* p. 49.

<sup>628</sup> Monsalve Caballero, V (2010) *op. cit.* p. 394.

<sup>629</sup> Rojina Villegas, R. (1998), *op. cit.* p. 308.

A partir de estos argumentos, se estudiarán las posiciones referentes a la naturaleza de la CIC a partir de esta clasificación, pretendiendo identificar si la misma encaja en alguna de las dos categorías antes mencionadas o si pertenece a una categoría *sui generis*.

### **6.3.1. La Responsabilidad precontractual como un tipo de responsabilidad civil *sui generis* o *tertium genus*.**

Como se ha visto en los dos apartados anteriores, la figura en estudio tiene muchas características que podrían enmarcarla en cualquiera de los dos tipos de responsabilidad, por tanto dicho análisis termina siendo más complejo y complicado de lo que se esperaba tomando en consideración el argumento de que la culpa *in contrahendo* no termina de ser contractual ya que no se ha perfeccionado un contrato y podría no considerársele como extracontractual ya que las partes en los tratos preliminares tienen algún tipo de relación entre ellos, por tanto no es descabellado pensar que estamos frente a un tipo de responsabilidad *sui generis*.

Manzanares Secades reconoce que uno de los mayores exponentes de la existencia de una categoría especial de responsabilidad era Sacco por medio de su trabajo *Culpa in contrahendo e culpa aquilia; culpa in eligendo e apparenza* y dicho autor defiende la posición de la CIC como un *tertium genus* afirmando que el legislador considera que *debe regularse el campo de todos los ilícitos consistentes en concluir un contrato invalido mediante disposiciones expresas y escritas sin tener un campo demasiado amplio a la iniciativa de los intérpretes*<sup>630</sup>.

---

<sup>630</sup> Manzanares Secades, A. (1985) *op. cit.* p. 1000.

No obstante, esta tesis ha sido ampliamente descartada por la academia de varios países como ser Colombia<sup>631</sup> y Manzanares Secades expone que ambos tipos de responsabilidad no son sino fórmulas que resumen una determinada disciplina normativa, y para sostener que la teoría *sui generis* o *tertium genus* debería ser posible concluir que la responsabilidad precontractual está sujeta a normas propias y autónomas<sup>632</sup>. Por lo que se observa que la responsabilidad precontractual no tiene una regulación propia, razón que debilita en mayor medida esta tesis.

### **6.3.2. Culpa in Contrahendo como responsabilidad contractual**

El Contrato como acto jurídico creador de obligaciones ya ha sido estudiado en gran medida en capítulos anteriores y en palabras sencillas puede definirse como un convenio o pacto que tiene por objeto crear o transmitir, derechos y obligaciones<sup>633</sup> fundamentado en el principio de *Pacta Sunt Servanda* mismo que pregona que los contratos legalmente celebrados deben ser cumplidos<sup>634</sup>.

En el contrato se habla de una “voluntad contractual” distinta de las voluntades de las partes, que es capaz de imponer deberes jurídicos, y esta tiene vida independiente de las partes<sup>635</sup>. De igual manera, el contrato obliga porque es una norma jurídica creada de acuerdo con el ordenamiento jurídico vigente en un Estado determinado<sup>636</sup>, por ende, su incumplimiento crea

---

<sup>631</sup> Arbeláez García, A. D. (2014) *op. cit.* p. 88. [...] se concluye que la tercera vía planteada doctrinariamente, esto es, calificar la responsabilidad civil precontractual como autónoma, por oposición a la contractual o extracontractual, no es muy aceptada en nuestro ordenamiento [...].

<sup>632</sup> Manzanares Secades, A. (1985) *op. cit.* pp. 1000,1001.

<sup>633</sup> *Vid. Supra* Capítulo I. Percepción del contrato en Estados de Derecho Civil. *Cfr.* Rojina Villegas, R. (1998), *op. cit.* p. 50.

<sup>634</sup> Rojina Villegas, R. (1998), *op. cit.* p. 168.

<sup>635</sup> *Idem.*

<sup>636</sup> *Idem.*



responsabilidad<sup>637</sup>. Ahora bien, lo importante estudiar los argumentos que fundamentaban la *culpa in contrahendo* como parte de las causales de responsabilidad civil contractual.

Como antecedente, es importante mencionar que en la doctrina alemana se identificaba la CIC como una sub especie de responsabilidad contractual<sup>638</sup> con fundamento en la doctrina Iherinista<sup>639</sup>. No obstante, consideraba Manzanares Secades que en el caso particular alemán, el legislador se vio forzado a tomar esa posición debido a la imposibilidad de acudir a las normas de responsabilidad extracontractual<sup>640</sup>. Esto dado que a diferencia de lo que ocurre en la mayoría de sistemas legislativos europeos, el derecho alemán no conocía una noción amplia del delito civil, si no que se limita únicamente a exponer diversos supuestos de actos ilícitos que obligan a su reparación que no se pueden encajar en el periodo formativo del contrato<sup>641</sup>.

De igual manera, conforme al pensamiento de Ihering, se argumentaba que aun cuando es cierto que la nulidad de un contrato trae consigo la no producción de efectos, sin embargo, el otorgamiento por los textos romanos de una *actio empti* demuestra que el contrato ha producido “algunos efectos”. De esta manera, siempre bajo la premisa de la *res extra commercium*, se excluye necesariamente la posibilidad de ejecución, pero no la de otra obligación derivada de ese contrato en particular<sup>642</sup>.

---

<sup>637</sup> Arbeláez García, A. D. (2014) *op. cit.* p. 79.

<sup>638</sup> Manzanares Secades, A. (1985) *La naturaleza de la responsabilidad precontractual o culpa in contrahendo*. Anuario de Derecho Civil Vol. 38, No. 4, pp. 979-1010 p. 989.

<sup>639</sup> *Idem.* p. 985.

<sup>640</sup> *Idem.* p. 989. *Cfr.* Vinaixa Miquel (2002), *op. cit.* p. 983 quien hace la misma afirmación y hace referencia a los artículos 2043 del Código Civil Italiano, 1902 del CCE, y 1382 del Código Civil Francés los cuales si cuentan con una regulación para la CIC como extracontractual.

<sup>641</sup> *Idem.* p. 988, *Vid.* Vinaixa Miquel (2002), *op. cit.* p. 983

<sup>642</sup> *Idem.* p. 986.

En este sentido, doctrinarios germanos añaden que la misma surge de una relación de fiducia de carácter cuasi-contractual o como resultado de una relación obligatoria *ex lege*, por lo tanto, cualquier violación que exista, sería considerado como responsabilidad contractual<sup>643</sup>. Sin embargo, la posición contractualista ha sido criticada por no ser capaz de explicar cómo en caso de que el contrato fuese posteriormente anulado se produciría el efecto de la responsabilidad con base en el contrato anulado<sup>644</sup>. Consecuentemente, para el año 2002 surge una reforma sustancial del BGB que permite la regulación de la CIC mediante un sistema de responsabilidad extracontractual, mismo que será estudiado más adelante<sup>645</sup>.

En Italia, también hubo un sector doctrinal minoritario que defendió la naturaleza contractual de la CIC<sup>646</sup>, siendo el principal argumento de esta tesis que el deber de comportarse conforme al principio de buena fe en el periodo formativo contractual, implica un verdadero deber *inter partes* y no en cambio, un deber absoluto frente a todos<sup>647</sup>. Además, este deber constituye una “auténtica relación obligatoria” y por lo tanto los daños cometidos en su cumplimiento generan responsabilidad contractual<sup>648</sup>.

Más adelante se discutirá la posición predominante en la práctica judicial italiana referente a la responsabilidad extracontractual, no obstante, es interesante que esta posición pretende establecer que puede formarse un

---

<sup>643</sup> Manzanares Secades, A. (1985) *op. cit.* p. 987.

<sup>644</sup> *Idem.* p. 988, 899.

<sup>645</sup> *Vid.* Pantaleón Prieto, A. F. (2011) *op. cit.* p. 901.

<sup>646</sup> Vinaixa Miquel (2002), *op. cit.* p. 984.

<sup>647</sup> *Idem*

<sup>648</sup> *Idem*

*contrato verbal*, partiendo del concepto de deber *inter partes* misma que no tuvo mucha fuerza en la península itálica.

Por otro lado, y como se enfatizó en el capítulo de la buena fe, en el mundo del *common law* británico, la responsabilidad precontractual encuentra su mayor oposición considerando la mayoritaria oposición al reconocimiento de la naturaleza vinculante de la etapa precontractual y la buena fe precontractual<sup>649</sup>. Lo anterior bajo el argumento de que no se puede limitar la libertad de cambiar de parecer durante las tratativas. Hasta el perfeccionamiento del contrato cada parte es un actor independiente con la facultad de retirarse de las negociaciones con libertad<sup>650</sup>.

Sin perjuicio de lo anterior, los medios de reparación del derecho civil y el *common law* tienen algunas cosas en común. El *common law* ha podido imponer reparaciones en situaciones particulares, ya que muchas causales de responsabilidad que pueden ser encajadas en supuestos de culpa *in contrahendo* por violación a la buena fe precontractual pueden también encajar en supuestos específicos de *liability in tort*, en el derecho inglés, irlandés y escocés<sup>651</sup>. No obstante, Spagnolo considera que este tipo de responsabilidad

---

<sup>649</sup> Cartwright, J. & Hesselink, M. (Eds.) (2009) *op. cit.* p. 451.

<sup>650</sup> *Idem.* p. 451, citando el caso *Walford v. Miles* [1992] a AC 128, 138 (Lord Ackner).

<sup>651</sup> *Idem.* p. 487.

y el debate de la buena fe ha tenido un desarrollo a través de la figura del *promissory estoppel*<sup>652</sup> y en *unjust enrichment* o enriquecimiento ilícito<sup>653</sup>.

En referencia al *promissory estoppel*, la academia ha comparado estas dos figuras ya que las mismas han sido diseñadas como mecanismos para mitigar problemas surgidos por transacciones *ex ante*<sup>654</sup>; Kovac describe dicho principio como la prevención de que una persona se retracte de su palabra o repudiar una conducta anterior cuando otra persona ha confiado en ella, de tal manera afirma que concluye que al igual que los alemanes y los franceses, los ingleses reconocen que una parte no puede cambiar de parecer de manera unilateral en las negociaciones comerciales cuando éste quiera<sup>655</sup>. Cabe mencionar algunos casos como *Thomas Hughes v. Metropolitan Railway*<sup>656</sup> y en *Birmingham & District Land Co. L & N.W. Railway*, dicho principio fue desarrollado con respecto a otros derechos contractuales<sup>657</sup>.

De tal manera, se observa que el *promissory estoppel* del derecho inglés, atiende desde la órbita del derecho contractual, lo que en países del derecho civil denominarían como el rompimiento intempestivo unilateral de las

---

<sup>652</sup> Upex, R. & Bennett, G. (2008) *op. cit.* p. 44 El Estoppel en el *common law* inglés previene el tipo de injusticia que puede surgir si se considera que una variación contractual que beneficia a una de las partes no está respaldada por una contraprestación entre las partes. Cfr. Kovac, M. (2019) *Culpa in Contrahendo*, Promissory Estoppel, precontractual good faith and irredeemable Acts, *Asian Journal of Law and Economics* p. 4. Cfr. Monsalve Cabellero, V. (2010), *op. cit.* pp. 45, y 46. Define el Estoppel como *la responsabilidad que se genera al romper la confianza que ha sido depositada en otra persona por su comportamiento adoptado, y por tanto, conforme a ese vínculo, surge una obligación de indemnizar y responder por los perjuicios causados [...]*.

<sup>653</sup> Spagnolo, L. (2007) *Opening Pandora's Box: Good Faith and Precontractual Liability in the CISG* *Temple International & Comparative Law Journal*, Vol. 21, No. 2, 2007, Monash University Faculty of Law Legal Studies Research Paper No. 2007/37, pp. 261-310, p. 268. Accesible en: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1350088](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1350088) (Revisado en fecha 07/08/2020).

<sup>654</sup> Kovac, M. (2019) *op. cit.* p. 4.

<sup>655</sup> *Idem.*

<sup>656</sup> Upex, R. & Bennett, G. (2008) *op. cit.* p. 45, Vid. *Hughes v Metropolitan Railway Co.* [1877] UKHL 1 (5 June 1877), accesible en: <https://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/1877/1.html> (consultado en fecha: 05/05/2021).

<sup>657</sup> *Idem.* p. 45.

negociaciones, acto contrario a la buena fe que prima en la etapa precontractual conforme sistema civil.

Por otro lado, está la figura de la *missrepresentation*. De esta manera, la parte que sufre la “*missrepresentation*” puede ser indemnizada por los daños que haya podido sufrir como consecuencia de la frustración contractual<sup>658</sup>. Esta figura del *common law* parte del argumento en que durante las negociaciones previas al contrato hay múltiples manifestaciones se realizan, y muchas de estas serán incorporadas al contrato final. Si algún planteamiento se convierte en un término contractual y esta resulta ser falsa, esta falsedad causará un incumplimiento del contrato.<sup>659</sup> Existen tres tipos, fraudulenta, negligente y la inocente<sup>660</sup>. Por otro lado, en la ley inglesa, se encuentra vigente el *Missrepresentation Act 1967* en el cual se desarrolla un remedio legal para esta figura en la etapa precontractual<sup>661</sup>.

En otro orden de ideas, en textos de *soft law* como ser el *Draft Common Frame of Reference*, al cual se hará mayor referencia posteriormente, incluye la CIC como responsabilidad contractual ya que se hace referencia a una “obligación

---

<sup>658</sup> García Rubio, M.P., Otero Crespo, M. (2010) Op. Cit. 49.

<sup>659</sup> Upex, R. & Bennett, G. (2008) “Davies on Contract”, Sweet & Maxwell Tenth Edition Thompson p. 111-112. *Vid.* English Misrepresentation Act 1967: 1 Removal of certain bars to rescission for innocent misrepresentation. Where a person has entered into a contract after a misrepresentation has been made to him, and— (a) the misrepresentation has become a term of the contract; or (b) the contract has been performed; or both, then, if otherwise he would be entitled to rescind the contract without alleging fraud, he shall be so entitled, subject to the provisions of this Act, notwithstanding the matters mentioned in paragraphs (a) and (b) of this section.

<sup>660</sup> Upex, R. & Bennett, G. (2008) *op. cit.* 112.

<sup>661</sup> *Vid.* English Misrepresentation Act 1967: Section 2 Damages for misrepresentation. (1) Where a person has entered into a contract after a misrepresentation has been made to him by another party thereto and as a result thereof he has suffered loss, then, if the person making the misrepresentation would be liable to damages in respect thereof had the misrepresentation been made fraudulently, that person shall be so liable notwithstanding that the misrepresentation was not made fraudulently, unless he proves that he had reasonable ground to believe and did believe up to the time the contract was made the facts represented were true.

contractual del proveedor de servicios para advertir<sup>662</sup>. De esta manera, expone Valés Duque que el DCFR prevé el supuesto donde el contrato se llegó a celebrar y el profesional no haya cumplido alguno de los deberes de información exigidos, situación que implicaría que el contratante quedaría obligado por el vínculo contractual a todo lo que la otra parte hubiera podido razonablemente esperar como consecuencia de la ausencia o defecto de la información<sup>663</sup>; de esta manera quedan integradas en el contrato las legítimas expectativas desarrolladas durante las negociaciones.

En esta línea de ideas, se ha desarrollado un último supuesto interesante a analizar y es especialmente relevante en casos de violación al deber de información<sup>664</sup> que conducen a una de los contratantes a celebrar un contrato válido en condiciones desventajosas respecto de las que hubiera tenido al contar con la información correcta<sup>665</sup>. En la jurisprudencia española, en el caso STS de 30 de junio de 2000 (RJ 2000\6747), se aprecia la existencia de una conducta precontractual omisiva por parte del vendedor, y esta acción era encasillado en un dolo incidental<sup>666</sup>, pero fue considerado por el tribunal como incumplimiento contractual.<sup>667</sup>

---

<sup>662</sup> Vid. Valés Duque (2012) *op. cit.* p. 210, *Vid. Draft Common Frame of Reference (Acquis Group) IV. C. -2:108.* (1) The service provider must warn the client if the service provider becomes aware of a risk that the service requested: (a) may not achieve the result stated or envisaged by the client at the time of conclusion of the contract; (b) may damage other interests of the client; or (c) may become more expensive or take more time than agreed on in the contract.

<sup>663</sup> *Idem.* p. 212.

<sup>664</sup> García Rubio, M.P., Otero Crespo, M. (2010) *op. cit.* p. 50. Hacen referencia al supuesto de un contrato válido que resulta desventajoso para la otra parte como consecuencia de la violación de deberes precontractuales.

<sup>665</sup> *Idem.* p. 50. *Cfr.* Pantaleón Prieto *op. cit.* p. 904.

<sup>666</sup> Vid. De la Maza Gazmuri, I. (2007). Deber de informar, dolo incidental e incumplimiento contractual. Nota a la STS de 11 de julio de 2007. *Anuario de derecho civil*, 60(4), 1843-1859, p1862. *Cfr.* Díez-Picazo, L. (2009). Notas sobre la indemnización del daño causado por el dolo incidental. *Anuario de derecho civil*, 62(3), 1043-1054, p. 1053.

<sup>667</sup> García Rubio, M.P., Otero Crespo, M. (2010) *op. cit.* p. 51

García Rubio & Otero Crespo exponen que Basozábal estimó que lo más correcto conforme al sistema español sería que fuese el afectado en su falta de información precontractual quien decida cuál es el interés que prefiere proteger en estos casos: Si apostar por el contrato o desvincularse de él<sup>668</sup>. De esta manera, se observa que la violación de deberes precontractuales puede ser considerado también como contractual dependiendo del análisis fáctico.

Habiendo expuesto lo anterior, se observa que la teoría contractualista no ha sido predominante, sobre todo en los países de tradición civil a pesar de algunos casos específicos donde se puede debatir su vinculación a la responsabilidad contractual detallados por García Rubio & Otero Crespo. En la actualidad, el sistema que mantiene en mayor medida esta posición sigue siendo el *common law* británico sin mencionar algunos instrumentos de *soft law* en materia contractual. Ahora bien, en las siguientes líneas se expondrán los argumentos a favor de la teoría aquiliana de la CIC.

### **6.3.3. La Responsabilidad precontractual como extracontractual**

La responsabilidad extracontractual tuvo su mayor desarrollo durante los siglos XIX y XX como una respuesta a la Revolución Industrial misma que dio lugar a la mecanización de procesos productivos, y generó un aumento de daños producidos por la actividad industrial y humana<sup>669</sup>. A causa de estos daños, la responsabilidad civil contribuyó a inducir a los perjudicados a la reparación de daños padecidos. De esta manera, el legislador en ese momento histórico decide darle mayor protagonismo al presupuesto del daño frente a la culpa, y

---

<sup>668</sup> García Rubio, M.P., Otero Crespo, M. (2010) *op. cit.* p. 53. Citando a Basozábal (2009. 709).

<sup>669</sup> Naveira Zarra, M. M. (2004). *El resarcimiento del daño en la responsabilidad civil extracontractual*. La Coruña: Universidade da Coruña, pp. 3, 4.



asume el papel de pieza clave en el sistema de responsabilidad civil.<sup>670</sup> De esta manera, Naveira Zarra afirma que la responsabilidad civil se caracteriza fundamentalmente por centrarse en el problema del daño, esto es, en aquello que hay que reparar y en la forma de proceder a dicha reparación<sup>671</sup>.

Posteriormente, se desarrolló una teoría del Contrato Social (*sozialer kontrakt*)<sup>672</sup> de origen germano, y la misma rechazaba la teoría del negocio jurídico unilateral, considerándola arbitraria y que la fuente legal de los deberes precontractuales no se encuentra en los efectos jurídicos que puedan emanar de una declaración unilateral, si no que utiliza el término de “contrato social” para establecer que la verdadera fuente de los deberes accesorios se haya en una mutua relación obligatoria de carácter legal surgida entre los negociantes<sup>673</sup>. De esta manera, las pláticas y negociaciones generan entre las partes una confianza del cual nacen determinados deberes con fundamento en el BGB (par. 157, 241.2 y el 282 y 311) con fundamento en la norma delictual general del *neminem laedere*<sup>674</sup>.

La categorización de la CIC como extracontractual predomina en gran parte del viejo continente, ejemplos claros son Italia, España Francia y Suiza, y expone Vinaixa Miquel que estos países disponen de una noción general y amplia del ilícito civil suficiente como para englobar las distintas violaciones del deber general *alterum non laedere*<sup>675</sup>. El argumento principal de esta regulación parte de la premisa: *No puede haber responsabilidad contractual si no hay contrato*<sup>676</sup>. De esta manera, en la normativa de dichos países, se

---

<sup>670</sup> Naveira Zarra, M. M. (2004) *op. cit.* p. 4.

<sup>671</sup> *Idem.* p. 5.

<sup>672</sup> Monsalve Caballero, V. (2010). *op. cit.* p. 366 dicha teoría fue introducida años después de la teoría Iherinista por los autores germanos Stöll (1936) y Dölle (1943).

<sup>673</sup> *Idem* p. 366.

<sup>674</sup> *Idem.* p. 366.

<sup>675</sup> Vinaixa Miquel, M. (2002) *op. cit.* p. 984.

<sup>676</sup> *Idem.* p. 985.



considera que hay una ausencia evidente de un acuerdo de voluntades por tanto la misma debe remitirse a la regulación de la responsabilidad aquilina.

De esta manera, entramos al ámbito de la responsabilidad aquiliana, y la misma comprende un daño producido con dolo con simple culpa y que medie una relación de causalidad entre el hecho determinante del daño y este último<sup>677</sup>. De igual manera, conforme a Rojina Villegas, el hecho ilícito sería toda intromisión en una esfera jurídica ajena que causa un daño, sin que exista una autorización normativa para llevar a cabo ese acto de interferencia<sup>678</sup>.

Stiglitz afirma que en cuanto a la responsabilidad precontractual que “la mayoría de los autores justifican la responsabilidad precontractual, estrictamente en la idea de la culpa aquiliana y complementa dicha afirmación expresando que han coexistido otros fundamentos naturaleza extracontractual como ser la teoría de la responsabilidad legal, y del abuso del derecho de no contratar<sup>679</sup>.

Ahora bien, un acto que produce responsabilidad extracontractual es antijurídico, al igual que un delito tipificado como tal en la normativa penal de un Estado de Derecho. Es así, que Vales Duque ratifica la importancia de la antijuricidad en el acto causante del daño extracontractual y explica que este elemento es precisamente el factor de discriminación que permite delimitar los daños civilmente relevantes a efectos de la responsabilidad civil

---

<sup>677</sup> Rojina Villegas, R. (1998) *op. cit.*, p. 298.

<sup>678</sup> *Idem.* p. 312.

<sup>679</sup> Stiglitz, R., & Stiglitz, G. (1992). Responsabilidad precontractual. *Editorial Abeledo Perrot. Buenos Aires*, p. 5 Accesible en: <http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2015/06/Responsabilidad-precontractual-por-Rub%C3%A9n-S.-Stiglitz.pdf> (Consultado en fecha 26/07/2020).

extracontractual<sup>680</sup>. Por otro lado, Bustos Pueche define una acción u omisión antijurídica como:

*“aquélla contraria a una norma jurídica, esto es, aquélla que realiza u omite el resultado, la mutación de la realidad, que la norma prohibía o imponía. Porque la norma no manda o prohíbe en abstracto: acota un sector de la realidad social, manda o prohíbe algo concreto y determinado”<sup>681</sup>.*

Continúa exponiendo Bustos Pueche que:

*“cada norma protege o ampara un bien jurídico, un interés digno de tutela, y lo hace imponiendo al destinatario un deber de cuidado respecto a ese bien, derecho o interés. De manera que sólo puede hablarse de acto ilícito cuando se ofende “un bien jurídico protegido por la norma que se infringe”. No tiene relevancia práctica una supuesta norma que ordenara en general no hacer daño a otro: el principio general del Derecho alterum non laedere precisa concreción”<sup>682</sup>.*

Aportando a este análisis es importante citar a Naverira Zarra, quien expone en cuanto a la antijuricidad que:

*“una amplia concepción del interés que configura el objeto del daño resarcible y que se formula a la luz del general principio del neminem laedere exige, al formularse en términos tan generales e imprecisos, una individualización de los concretos intereses protegidos por el Derecho.*

---

<sup>680</sup> Valés Duque (2012) *op. cit.* p. 202. Cfr. Vinaixa Miquel, M. (2002) *op. cit.* p. 981 quien expone que: *Con la vulneración de estos principios se genera un comportamiento antijurídico que da lugar a la denominada responsabilidad precontractual, en virtud de la cual se deberán indemnizar los daños causados a la parte que vio defraudadas sus expectativas.*

<sup>681</sup> Bustos Pueche, J. E. (2004). La antijuricidad, presupuesto de la responsabilidad extracontractual. *Revista de LA LEY septiembre 2004*, 29-38, p. 37.

<sup>682</sup> *Idem* p. 37

*Y en este punto, adquiere fundamental importancia la labor desempeñada por los órganos judiciales, a los que corresponde individualizar los intereses jurídicamente protegidos, no en base a la arbitrariedad ni a su libre discrecionalidad*<sup>683</sup>.

En este sentido, aboga por una interpretación más estricta y que se logre definir de manera concreta el bien jurídico dañado, de esta manera, se reafirma el argumento de que la práctica jurisprudencial ha ayudado a formar y moldear todos los parámetros para definir la responsabilidad aquiliana.

En Italia, se ha indicado que la responsabilidad precontractual cumple los requisitos de la responsabilidad extracontractual<sup>684</sup> partiendo de la premisa que el interés tutelado al sancionar el hecho causante no es más que el interés a la libertad negocial, y, por tanto, susceptible de ser lesionado por cualquier sujeto. En este sentido, señalan que la violación a la libertad negocial no debe ser percibida como el incumplimiento de una obligación contractual<sup>685</sup>. Por otro lado, autores como Piotet que consideran que la responsabilidad precontractual tiene el carácter de *aquiliana*, y considera que los deberes precontractuales son deberes generales y no relaciones obligatorias concretas, por tanto, no pueden ser creados por un acto jurídico<sup>686</sup>. Por otro lado, expone Arbeláez García que la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia Colombiana ha seguido esta línea jurisprudencial<sup>687</sup>.

---

<sup>683</sup> Navaeira Zarra, M. M. (2004). *El resarcimiento del daño en la responsabilidad civil extracontractual*. La Coruña: UNIVERSIDADE DA CORUÑA, p. 21.

<sup>684</sup> *Vid.* 1337 del Código Civil Italiano.

<sup>685</sup> Valés Duque P. (2012) *op. cit.* p. 163.

<sup>686</sup> Monsalve Caballero, V. (2010) *op. cit.* p. 358 citando a Piotet, P. (1963), “Culpa in contrahendo et responsabilité précontractuelle en droit privé suisse”, (Stempfli, Berne).

<sup>687</sup> Arbeláez García, A. D. (2014) *op. cit.* p. 79 citando las sentencias Corte Suprema de Justicia de Colombia Sala Civil del 5 de julio de 2011, sentencia de 12 de agosto de 2002, Exp. 6151, Corte Suprema de Justicia Casación Civil 12 de agosto de 2002.

Por otro lado, la academia española ha trabajado más con esta posición<sup>688</sup> y es la más desarrollado en el derecho de dicha nación, y parten del argumento siguiente expuesto por Valés Duque:

*En la fase precontractual no existiría una relación obligatoria entre los negociantes de aquellas disciplinadas por las reglas de derecho contractual toda vez que el contenido de dicha relación se encuentra aún por determinar y depende en su fijación de la aplicación del criterio de buena fe. Por tanto, no existiendo vinculación contractual no resulta aplicable el estatuto propio de dichas relaciones<sup>689</sup>.*

En otro orden de ideas, esta posición no está libre de críticas. Se descalificó la misma por considerarse una *fictio iuris*, esto por considerarse que la misma no obedecía más que una presunta función de carácter ficticio de la culpa y por tanto no podía extenderse a todos los eventos de las negociaciones<sup>690</sup>. De esta manera concluye Monsalve Caballero que dicha teoría es la que fundamenta de la mayoría de las doctrinas de responsabilidad precontractual.<sup>691</sup> De esta manera, surgen para las partes los deberes de comportamiento, de lealtad, de corrección de acuerdo de los mandatos de buena fe *in contrahendo*<sup>692</sup>, mismos que fueron detallados en capítulos anteriores.

Habiendo expuesto lo anterior, se puede ratificar que la posición dominante en esta materia es la referente a la CIC como extracontractual<sup>693</sup>; y ejemplo claro es la jurisprudencia española en donde en varios casos se hace referencia a los tres requisitos esenciales para que exista responsabilidad extracontractual en referencia al rompimiento de los tratos preliminares, y estos son: a.) Una

---

<sup>688</sup> Vid. Pantaleón Prieto, A. F. (2011) *op. cit.* p. 902.

<sup>689</sup> Valés Duque, P. (2012) *op. cit.* p. 185, vid. Art 1902 del Código Civil Español.

<sup>690</sup> Monsalve Caballero, V. (2010). *op. cit.* p. 367.

<sup>691</sup> *Idem.* p. 367.

<sup>692</sup> *Idem.* p. 368.

<sup>693</sup> TS (Sala de lo Civil) Sentencia de 16 mayo 1988 RJ\1988\4308.

acción negligente y que referida a los “tratos preliminares” que está constituida por una falta de lealtad cuyo núcleo fue una ruptura unilateral por parte de las partes b.) unos perjuicios, que también dada la fenomenología de los tratos preliminares mensurarse desde un punto de vista del interés negativo y por último hace referencia al art. 1902 del CCE, como es el nexo causal entre la acción y los perjuicios causados<sup>694</sup>.

Existe también el supuesto de la Celebración de un contrato que resulta invalido por la violación de la buena fe precontractual. Este caso hace recordar la venta de la *res extra commercium* que planteaba Ihering en su teoría de la CIC. En este sentido, la doctrina alemana ha desarrollado ampliamente en su jurisprudencia y en el *codice civile* italiano en su artículo 1338<sup>695</sup>. En este sentido García Rubio & Otero Crespo manifiestan que los sistemas continentales permiten tradicionalmente al sujeto en cuestión deshacer el vínculo a través de la anulación del contrato por vicios del consentimiento.<sup>696</sup>

Bajo esta premisa, el interés tutelado por la pretensión indemnizatoria cuando el contrato es anulado es el interés en no haber contratado y esto hace referencia el interés negativo o interés de confianza expuesto anteriormente. El Tribunal Supremo español<sup>697</sup> en ocasiones puntuales ha acordado el resarcimiento de la pérdida de ganancias que el actor esperaba obtener y que se han visto frustradas por la nulidad del negocio. Todo ello siempre que el deber de información precontractual no se haya “contractualizado” transformándose en una verdadera obligación cuyo incumplimiento pondrá en

---

<sup>694</sup> TS (Sala de lo Civil) Sentencia RJ\1999\8978 *supra*. Cfr. AP de Salamanca (Sección 1ª) Sentencia num. 26/2005 de 31 enero AC\2005\181.

<sup>695</sup> García Rubio, M.P., Otero Crespo, M. (2010) *op. cit.* p. 46.

<sup>696</sup> *Idem.* p. 46.

<sup>697</sup> *Vid.* STS de 18 de enero de 2007 (RJ 2007\529), STS de 5 de mayo de 2009 (RJ 2009\2907).

marcha los remedios propios de éste, como ser la indemnización del interés positivo<sup>698</sup>.

Ahora bien, la jurisprudencia latinoamericana también ha desarrollado la temática en gran medida. Es importante mencionar que la misma posición es desarrollada en la jurisprudencia chilena, y en el Fallo 4835-2017 de fecha 8 de enero de 2018 se colige lo siguiente<sup>699</sup>:

*[...] para que fuere procedente la indemnización deben reunirse los requisitos que se desprenden de la lectura de los artículos 2314 y siguientes del Código Civil para este tipo de responsabilidad (precontractual). Esto es, la existencia de un hecho doloso o culposo, que el hecho ocasione un perjuicio a alguna de las partes y que exista una relación de causalidad entre el hecho ejecutado con dolo o culpa y los perjuicios sufrido. Pero como se trata de negociaciones precontractuales, [...] debe haber existido la confianza necesaria en orden a que se llegara a término con las mismas celebrando el contrato respectivo y que la ruptura de las negociaciones o tratos preliminares haya sido identificada o intempestiva y de ello se derive un daño.*

Por otro lado, retomando la posición de los tribunales italianos, estos han reconocido que, los tratos preliminares dirigidos a la conclusión de un contrato han debido alcanzar un estado que justifique objetivamente la confianza en la

---

<sup>698</sup> García Rubio, M.P., Otero Crespo, M. (2010) Op. Cit. 48.

<sup>699</sup> Corte Suprema de Justicia Chilena, Fallo 4835-2017 de fecha 8 de enero de 2018, Sala Tercera, Pronunciado por la Tercera Sala integrada por los Ministros Sr. Sergio Muñoz G., Sra. Rosa Egnem S., Sra. María Eugenia Sandoval G., Sr. Carlos Aránguiz Z., y Sr. Manuel Valderrama R. *Cfr.* Corte Suprema de Justicia Chilena, Fallo 38.683-2017 de fecha 13 de marzo de 2019, Sala Tercera, Pronunciado por la Tercera Sala integrada por los Ministros Sr. Sergio Muñoz G., Sr. Juan Eduardo Fuentes B. y Sr. Arturo Prado P. y los Abogados Integrantes Sr. Antonio Barra R. y Sr. Íñigo de la Maza G.

conclusión del contrato<sup>700</sup>. De igual manera, la doctrina italiana considera de manera tajante que la responsabilidad precontractual bajo la causa en discusión constituye una forma de responsabilidad extracontractual que se liga a la violación de una regla de conducta<sup>701</sup>.

Con respecto a otras jurisdicciones, los tribunales franceses no son muy proclives a admitir supuestos de CIC por ruptura injustificada de las negociaciones<sup>702</sup>. No obstante, hay casos importantes que hay que mencionar. En la decisión de la *Cour de Cassation* de 1972 se consideró que la conducta de una de las partes al romper las negociaciones abruptamente y celebrar el contrato con un competidor había incurrido en CIC<sup>703</sup>. Es importante señalar que el *Projet de Reforme du Droit des contrats*<sup>704</sup> presentado en julio 2008 aborda directamente la cuestión de la ruptura de las negociaciones precontractual declarando como principio general la libertad de tal ruptura. Si bien a continuación añade que la conducta o la ruptura culposa de las negociaciones obliga a su autor a la reparación del daño sobre la base de la responsabilidad delictual, señalando asimismo que la indemnización no puede tener por objeto la compensación de los beneficios derivados del contrato no concluido.<sup>705</sup> En relación a este argumento, es importante mencionar el caso Menoukian del año 2003<sup>706</sup>.

---

<sup>700</sup> García Rubio, M.P., Otero Crespo, M. (2010) *op. cit.* p. 34. Citando el caso Cass. civ. sez. III, 13 de marzo de 1996, n. 205.

<sup>701</sup> *Idem* p. 34.

<sup>702</sup> *Idem*. p. 35.

<sup>703</sup> *Idem*. p. 35.

<sup>704</sup> Vid. Casu, G. (2015) Le projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats. *Revue de la Recherche Juridique - Droit prospectif*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, p. 601. Accesible en: <https://univ-droit.fr/la-gazette-juridique/18286-le-projet-d-ordonnance-portant-reforme-du-droit-des-contrats> (Revisado por última vez: 3/05/2020).

<sup>705</sup> García Rubio, M.P., Otero Crespo, M. (2010) *op. cit.* p. 37

<sup>706</sup> Casu, G. (2015) *supra*: *Reprenant à son compte la célèbre jurisprudence Manoukian du 26 novembre 2003, le législateur rappelle que le candidat évincé ne peut toutefois obtenir une*

#### **6.4. Conclusiones y posición final en relación a culpa *in contrahendo*.**

La responsabilidad precontractual tuvo su génesis en la escuela jurídica alemana siendo su mayor exponente Rudolf Von Ihering y la misma evolucionó a partir de las nociones desarrolladas a partir de estudios teleológicos referentes a las promesas a partir de los estudios desarrollados por Grotius, además de las teorías volitivas y las teorías de la declaración estudiadas por Savigny.

La responsabilidad precontractual surge en la mayoría de los casos por el rompimiento intempestivo de las negociaciones de manera unilateral y el bien jurídico a proteger por dicho deber es el interés negativo, o la pretensión de lograr cerrar el negocio jurídico de manera satisfactoria de tal manera que en la gran mayoría de casos solo cabría la reparación del daño emergente.

Por otro lado, como se pudo estudiar en detalle en el presente apartado, ha sido amplio el debate con respecto a la naturaleza de la responsabilidad precontractual y su vinculación con diferentes posiciones respecto a la responsabilidad civil, no obstante, en los sistemas de corte civil la balanza se ha inclinado hacia la teoría de la responsabilidad extracontractual y esto se evidencia en la normativa de la UE al incluir la culpa *in contrahendo* en el texto del Reglamento de Roma II relativo a la responsabilidad extracontractual, refiriéndose únicamente al incumplimiento de los acuerdos preliminares. De esta manera, tal posición ha sido confirmada en España y en su jurisprudencia<sup>707</sup> además de una variedad de Estados latinoamericanos.

---

*indemnisation ayant pour objet de compenser la perte des bénéfices attendus du contrat non conclus. Rien de très original en somme.*

<sup>707</sup> TS (Sala de lo Civil) Sentencia RJ\1999\8978 *supra*.



Sin perjuicio de lo anterior, ha sido de gran interés la posición de los juristas y tribunales ingleses, quienes históricamente han antagonizado la idea de la existencia de un principio general de buena fe, consecuentemente, la CIC per se. Por medio de figuras que desarrollan la responsabilidad contractual tales como la *missrepresentation* y el *promissory estoppel*, es que sus tribunales han logrado cubrir con las necesidades de seguridad jurídica para las partes que se sometan a la jurisdicción inglesa.

De tal manera, que del presente capítulo se ha evidenciado lo amplio que ha sido el estudio de la responsabilidad existente en la etapa de negociaciones, y la heterogeneidad de soluciones desarrolladas en diferentes jurisdicciones tanto en Europa como en América Latina.

## **VII. La Nueva Lex Mercatoria Y Su Papel En La Regulación De La Etapa Precontractual.**

La “lex mercatoria” desde su concepción ha sido definida como “un conjunto de principios generales y normas consuetudinarias que se mencionan o elaboran espontáneamente en el marco del comercio internacional, sin referencia a un sistema jurídico nacional en particular”<sup>708</sup>, o en palabras de Ole Lando, es “un cuerpo de derecho bastante escaso, constituido por normas de usos y costumbres internacionales y el núcleo común de los ordenamientos jurídicos”<sup>709</sup> y también pretende ampliar y desarrollar conceptos tales como la buena fe<sup>710</sup>.

A partir de su nacimiento se ha evidenciado la necesidad y el protagonismo que ha tomado la armonización de los instrumentos jurídicos internacionales a fin de crear un contexto favorable para el comercio internacional, y el comercio electrónico; contexto descrito por Berger como una “sociedad donde la movilidad ilimitada de personas, capitales, mercancías, servicios y datos ha dado lugar a una mayor interconexión económica y a la interdependencia de

---

<sup>708</sup> Flanagan, P. M. (2004) “Demythologising the law merchant: the impropriety of the lex mercatoria as a choice of law”. *International Company and Commercial Law Review* p.1 “*a set of general principles, and customary rules spontaneously referred to or elaborated in the framework of international trade, without reference to a particular national system of law*”.

<sup>709</sup> Lando, Ole (1990) “European Contract law” Sarcevic, Petar (Ed.) “*International Contracts and Conflict of Laws: A collection of Essays*” Kluwer Academic Publishers Group, 1<sup>st</sup> ed. p. 7. “*a fairly sparse body of law consisting of rules of international usages and customs, and the common core of the legal systems*”.

<sup>710</sup> Jordan, C. (2010) “*International Financial Standards and the Explanatory Force of Lex Mercatoria*” Center for Transnational Legal Studies Faculty Papers & Publications Research Paper No. 12-120, p. 20.

las regiones del mundo y a la consiguiente de sus agentes del comercio internacional para escapar al alcance del derecho interno”<sup>711</sup>.

En las siguientes líneas se hará referencia a los instrumentos de la UE relativos a contratos internacionales y responsabilidad extracontractual y las normas de *soft law* más importantes y citados referente a la contratación comercial contemporánea, demostrando como ha ido evolucionando la regulación de este fenómeno jurídico en relación a los negocios B2B y B2C. Además, se hará mención de algunas regulaciones nacionales que presentan elementos interesantes que enriquecen el estudio del periodo *in contrahendo*.

### **7.1. Regulación en la Unión Europea**

¿Cuál ha sido su regulación en el viejo continente en los negocios transfronterizos en la UE? Como punto de partida, es de hacer referencia al Convenio de Bruselas de 1968<sup>712</sup>, mismo que representa el primer instrumento internacional referente al reconocimiento y ejecución de sentencias en casos civiles y mercantiles y presentó una de los textos más importantes en materia de Derecho Internacional Privado en la región y evidenció la importante unificación de criterios de competencia judicial internacional en el continente europeo<sup>713</sup>.

---

<sup>711</sup> Berger, K. P. (2010) The Lex Mercatoria (Old and New) and the TransLex -Principles “Trans-Lex.org Law Research” Accesible en: [https://www.trans-lex.org/the-lex-mercatoria-and-the-translex-principles\\_ID8](https://www.trans-lex.org/the-lex-mercatoria-and-the-translex-principles_ID8). (Consultado en fecha: 9/04/21).

<sup>712</sup> Convenio de Bruselas de 1968 relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil /\* Versión consolidada. Accesible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A41968A0927%2801%29> (Consultado en fecha 05/04/2021). C

<sup>713</sup> Forner Delaygua, J. J. (coord.), Palao Moreno, G., Carrascosa, J., Fontanellas Morell, J. M., Borrás, A., Borrás, A., ... & Sánchez Fernández, S. (2013). B) Derecho Internacional Privado. *Revista Española de Derecho Internacional*, 65(1), 277-308, p. 377.

Vinaixa Miquel expone que, en materia de responsabilidad precontractual, no existe una norma de competencia internacional con respecto a la CIC. No obstante, expone que la misma debe adscribirse a los foros especiales del Art. 5.3 (materia delictual y cuasi delictual) de dicho reglamento o al foro general del domicilio del demandado previsto en el art. 2 sin perjuicio de la autonomía de la voluntad, lo anterior conforme a la práctica jurisprudencial<sup>714</sup>.

El legislador europeo continuó realizando reformas y por medio del Reglamento de Bruselas 44/2001, de 22 de diciembre de 2000<sup>715</sup> (sustituido por el Reglamento 1215/2012, de 12 de diciembre de 2012<sup>716</sup>) buscó crear una normativa que permita mayor apertura para la actividad comercial en Europa en el siglo XXI. El mismo preliminarmente fue una herramienta para desarrollar el comercio electrónico a nivel del continente, dando más apertura al libre mercado de bienes y servicios entre los países miembros<sup>717</sup>.

Contando la comunidad europea con el Reglamento 1215/2012 (Bruselas I Bis), se ha continuado con la pretensión de garantizar el reconocimiento

---

<sup>714</sup> Vinaixa Miquel, M. (2002) *op. cit.* p. 990. Art. 5. *Las personas domiciliadas en el territorio de un Estado contratante podrán ser demandadas, en otro Estado contratante: [...] 5. si se trata de litigios relativos a la explotación de sucursales, agencias o cualesquiera otros establecimientos, ante el juez del lugar donde se hallen.*

<sup>715</sup> Reglamento (CE) No 44/2001 del Consejo de 22 de diciembre de 2000 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil Accesible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32001R0044&from=ES> (Consultado en fecha: 04/19/2021).

<sup>716</sup> REGLAMENTO (UE) No 1215/2012 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 12 de diciembre de 2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil Accesible en: <https://www.boe.es/doue/2012/351/L00001-00032.pdf> (Consultado en fecha 19/04/2021).

<sup>717</sup> Wild, C., Weinstein, S., McEwan, N., & Geach, N. (2011). *Electronic and Mobile Commerce Law: An analysis of trade, finance, media and cybercrime in the digital age*. University of Hertfordshire Press, p. 16. Cfr. Villamarín López, M. (2018). Competencia judicial internacional en supuestos de responsabilidad extracontractual en internet: nuevos criterios interpretativos en la determinación del lugar de producción del daño. A propósito de la STJUE Concurrence vs. Sa. *Cuadernos de Derecho Transnacional* 10(1), 657-661, p. 651. Vid.

mutuo, entre los Estados miembros de las resoluciones judiciales y extrajudiciales, así como su ejecución<sup>718</sup>.

Un ejemplo claro de este desarrollo, es la sentencia de 5 de junio de 2014, asunto C-360/12, *Coty Germany v. First Note Perfumes NV*<sup>719</sup> un caso referente a una infracción de marca UE cometida en internet, con fundamento en dicho reglamento, en donde el TJUE estableció que el concepto de “territorio del Estado miembro en que se hubiere cometido el hecho de la violación”, se refiere al territorio del Estado miembro en el que se ha producido el hecho que originó o amenazó con originar la violación alegada (*forum delicti commissi*), y no al territorio del Estado miembro en el que la mencionada violación produce efectos<sup>720</sup>.

---

<sup>718</sup> Velásquez Gardeta, J. M. (2018). El actual reglamento 1215/2012 (bruselas i bis) y la protección del Consumidor on-line. *Revista de Direito do Consumidor*, 299-320, p. 230. Vid. Reglamento 1215/2012 Art. 1. Artículo 1 1. El presente Reglamento se aplicará en materia civil y mercantil con independencia de la naturaleza del órgano jurisdiccional. No se aplicará, en particular, a las materias fiscal, aduanera ni administrativa, ni a la responsabilidad del Estado por acciones u omisiones en el ejercicio de su autoridad (acta iure imperii).

<sup>719</sup> STJUE Case C-360/12. *Coty Germany GmbH v First Note Perfumes NV*, sentencia de la cuarta Cámara del 5 de junio 2014.

<sup>720</sup> STJUE Case C-360/12. *Coty Germany GmbH v First Note Perfumes NV supra*, párr 32 *En consecuencia, la dualidad de vínculos de conexión, es decir, el del lugar del hecho causal y el lugar de la materialización del daño, utilizada por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia relativa al artículo 5, punto 3, del Reglamento nº 44/2001 (véanse la sentencia Bier, 21/76, EU:C:1976:166, apartado 19, y, más recientemente, la sentencia Kainz, C-45/13, EU:C:2014:7, apartado 23 y jurisprudencia citada), no puede aplicarse automáticamente a la interpretación del concepto de «territorio [del Estado miembro en que] se hubiere cometido el hecho o el intento de violación», que figura en el artículo 93, apartado 5, del Reglamento nº 40/94. Vid. párr. 38 Habida cuenta de las consideraciones anteriores, procede responder a la primera cuestión prejudicial que el concepto de «territorio [del Estado miembro en que] se hubiere cometido el hecho de [la] violación» que figura en el artículo 93, apartado 5, del Reglamento nº 40/94 debe interpretarse en el sentido de que, en el supuesto de una venta y de una entrega de un producto que viola el derecho de marca llevadas a cabo en territorio de un Estado miembro, seguidas de una reventa por parte del adquirente en territorio de otro Estado miembro, esta disposición no permite determinar una competencia jurisdiccional para conocer de una acción de violación de marca dirigida contra el vendedor inicial, que no ha actuado en el Estado miembro en el que tiene su sede el tribunal que conoce del asunto. Cfr. López-Tarruella Martínez, A. (2017). "El criterio de las actividades dirigidas*

En consonancia con lo antes expuesto, Cartwright & Hesselink afirman que en casos donde imperan las reglas del derecho privado internacional, será importante definir la naturaleza del potencial daño para las dos jurisdicciones y las reglas de escogencia de ley para definir la disputa sustantiva<sup>721</sup>.

En cuanto a la realidad de los mercados para la tercera década del siglo XXI, Jiménez Blanco y Espiniella Menéndez que con respecto a diferentes modelos económicos que existen en la actualidad como ser la economía colaborativa, y las relaciones que surgen de este, su régimen jurídico internacional de las relaciones se mantiene sometido a los marcos generales, es decir el mencionado Reglamento de Bruselas I Bis, Convenio de Lugano II, el Reglamento de Roma I<sup>722</sup> y el Reglamento de Roma II<sup>723</sup>.

De igual manera, es de hacer referencia también al reciente Reglamento (UE) 2019/1150<sup>724</sup> mismo que pretende establecer normas obligatorias a nivel de la UE para garantizar un entorno comercial dentro del mercado interior en línea que sea equitativo, predecible, sostenible y confiable; además incorpora las condiciones generales para la actividad de los proveedores de servicios de intermediación en línea y motores de búsqueda que ofrezcan bienes o servicios a los consumidores en el contexto de la economía colaborativa<sup>725</sup>.

---

como concepto autónomo de DiPr de la Unión Europea para la regulación de las actividades en internet". *Revista española de derecho internacional*, Vol. 69, Nº 2. , 223-256, p. 246.

<sup>721</sup> Cartwright, J. & Hesselink, M. (2009), *op. cit.* p. 460.

<sup>722</sup> 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) Diario Oficial de la Unión Europea L 177/6 4.7.2008. Accesible en:

<https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:177:0006:0016:ES:PDF>

(Revisado por última vez en: 28/4/2020).

<sup>723</sup> Blanco, P. J., & Menéndez, Á. E. (Directores) (2021). *op. cit.* p. 418.

<sup>724</sup> Reglamento (UE) 2019/1150 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de junio de 2019, sobre el fomento de la equidad y la transparencia para los usuarios, profesionales de servicios de intermediación en línea. Vid. iv. Auge de la tecnología Blockchain, el Big Data y la Economía de plataformas, *Supra*.

<sup>725</sup> Blanco, P. J., & Menéndez, Á. E. (Directores) (2021) *op. cit.* p. 420 y 422.

Cabe mencionar que en sus considerandos se hace que énfasis en la importancia del servicio de intermediación en línea, y en su art. 3 retomar el deber precontractual de información y ratifica su importancia al detallar las condiciones requeridas para sus condiciones generales<sup>726</sup>, misma que deberá ser accesible también en la fase precontractual de su relación comercial<sup>727</sup>

Siempre en relación al estudio del periodo de tratativas, se hace referencia al Reglamento (CE) N° 864/2007, del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la ley aplicable a las obligaciones no contractuales, de 11 de julio de 2007 (Roma II)<sup>728</sup>.

Dicho Reglamento se enmarca en la sección de "Libertad, seguridad y justicia" de la Unión Europea y expone en su Considerando No. (16) que busca proporcionar normas uniformes que ayuden incrementar la previsibilidad de las resoluciones judiciales y garantizar un equilibrio razonable entre los intereses de la persona cuya responsabilidad se alega y los de la persona perjudicada en casos donde exista responsabilidad extracontractual.

Lo más importante de este Reglamento, es que regula de manera expresa la *culpa in contrahendo* por primera vez en un texto europeo. Además, tiene

---

<sup>726</sup> Reglamento (UE) 2019/1150 *Artículo 3* Condiciones generales 1. *Los proveedores de servicios de intermediación en línea se asegurarán de que sus condiciones generales: [...] b) se encuentran fácilmente disponibles para los usuarios profesionales en todas las etapas de la relación contractual con el proveedor de servicios de intermediación en línea, incluso en la fase precontractual. [...] d) incluyen información sobre cualesquiera canales de distribución adicionales y posibles programas asociados a través de los cuales el proveedor de servicios de intermediación en línea podría comercializar bienes y servicios ofrecidos por usuarios profesionales; e) incluyen información general sobre el modo en que las condiciones generales afectan a la titularidad y el control de los derechos de propiedad intelectual de los usuarios profesionales.*

<sup>727</sup> *Vid.* Reglamento (UE) 2019/1150 Considerando (14) y(18).

<sup>728</sup> REGLAMENTO (CE) No 864/2007 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 11 de julio de 2007 relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales («Roma II») Diario Oficial de la Unión Europea L 199/40 31.7.2007. Accesible en:

<https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2007:199:0040:0049:ES:PDF>

(Revisado por última vez en: 28/4/2020).



por objeto establecer un sistema de reglas aplicables a las obligaciones extracontractuales en materia civil y mercantil no contractuales.

En su considerando (30) hace mención de que a efectos del RRII, la CIC “es un concepto autónomo y no debe interpretarse necesariamente dentro del sentido de la legislación nacional”, haciendo de esta manera, que la figura sea independiente de cualquier regulación interna en un Estado europeo<sup>729</sup>. De igual manera, dicho considerando menciona que la CIC debe incluir la violación del deber de información y la ruptura de los tratos contractuales encaminados al perfeccionamiento de un vínculo contractual. Consecuentemente, en su Capítulo III, artículo 12 párrafo primero se expone lo siguiente:

*“La ley aplicable a una obligación extracontractual que se derive de los tratos previos a la celebración de un contrato, con independencia de que el contrato llegue o no a celebrarse realmente, será la ley aplicable al contrato o la que se habría aplicado al contrato si este se hubiera celebrado”.*

Esta regulación fue desarrollada inicialmente en varios casos del TJUE, como en el caso *Fonderie Officine Meccaniche Tacconi Spa v. H. Wagner Sinto Maschinenfabrik GMBH (HWS)*<sup>730</sup> donde se hace referencia de igual manera a la Convención de Bruselas en su artículo 5.3 referente a la responsabilidad extracontractual<sup>731</sup>. La causa surge entre una empresa italiana (Tacconi) y una alemana (HWS) relativo a una indemnización por daños y perjuicios por el

---

<sup>729</sup> Vid. Cartwright, J. & Hesselink, M. (2009), *op. cit.* p. 460.

<sup>730</sup> TJUE caso C-334/00, *Fonderie Officine Meccaniche Tacconi Spa v. H. Wagner Sinto Maschinenfabrik GMBH (HWS)* de fecha 17 de septiembre de 2002. Accesible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:62000CJ0334&from=EN> (28/04/2020). Vid. Cartwright, J. & Hesselink, M. (2009), *op. cit.* p. 460. Cfr. Tomás Martínez, G. (2010) *op. cit.* 204.

<sup>731</sup> Brussels Convention 1968 Article 5: A person domiciled in a Contracting State may, in another Contracting State, be sued: 1. ... 3. in matters relating to tort, delict or quasi-delict, in the courts for the place where the harmful event occurred.



incumplimiento de las obligaciones de lealtad y buena fe que deben observarse durante la etapa precontractual de una operación compleja de leasing<sup>732</sup>.

De igual manera está el caso Kalfelis<sup>733</sup>, y resume Vinaixa Miquel que el Tribunal regional entendió por materia delictual y cuasidelictual “toda demanda que se dirija a exigir la responsabilidad de un demandado y que no esté relacionado con la noción de materia contractual en el sentido del apartado I del Art. 5”<sup>734</sup> de la Convención de Bruselas y añade que la materia delictual se refiere a aquellas situaciones en las que hay una exigencia de responsabilidad, o una acción encaminada a su prevención, derivada de un acto ilícito, sin que exista un acuerdo obligacional de una parte respecto de la otra, que suponga la adquisición c de derechos y obligaciones entre los contratantes con la finalidad de conseguir un determinado objetivo<sup>735</sup>.

El tribunal comunitario no califica de forma global la figura de la CIC, si no que únicamente constata que, en el supuesto concreto de ruptura de las negociaciones, no existe un compromiso libremente asumido por las partes que permita considerarla como contractual<sup>736</sup> pero siempre existe una acción que debe ser reparado.

---

<sup>732</sup> Vinaixa Miquel. M. (2002) *op. cit.* p. 978.

<sup>733</sup> TJUE, caso 189/87 Athanasios Kalfelis v. Banco Schröder, Münchmeyer, Hengst & Co. y otros de 27 de septiembre de 1988. Accesible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A61987CJ0189> (Revisado en fecha: 16/08/2020).

<sup>734</sup> Vinaixa Miquel. M. (2002) *op. cit.* p. 991.

<sup>735</sup> *Idem.* p. 992, citando a Font I Segura, A. La protección internacional del secreto empresarial, Eurolex, Madrid, 1999, p. 179.

<sup>736</sup> García Rubio, M.P., Otero Crespo, M. (2010) “La responsabilidad precontractual en el Derecho Contractual Europeo” Revista para el Análisis del Derecho InDret 2/2010 p. 21. *Cfr.* Vinaixa Miquel. M. (2002) *op. cit.* p. 992, cita la sentencia de Tacconi de la siguiente manera: *En circunstancias como las del asunto principal, caracterizado por la inexistencia de compromisos libremente asumidos por una parte frente a la otra con ocasión de las negociaciones encaminadas a la celebración de un contrato y, por la eventual infracción de normas jurídicas, en particular la que obliga a las partes a actuar de buena fe en dichas negociaciones, la acción mediante la cual se*

De esta manera, se observa parte de la regulación del periodo precontractual en la UE misma que ha sido abordada en diferentes grados de desarrollo paralelamente con la actividad judicial del TJUE bajo la pretensión de desarrollar la *lex mercatoria* en los países de la Unión además de afianzar una doctrina que siempre ha sido complicada adaptándola al contexto de la presente década.

## **7.2. El nuevo Derecho Europeo de Contratos y *soft law*.**

En materia comercial internacional hay múltiples trabajos, estudios, escritos y demás documentos que desarrollan el tema de la *lex mercatoria*<sup>737</sup> de manera paralela a los esfuerzos de la UE y otros organismos regionales. Expone Escudero Alday que los procesos de globalización han contribuido de sobremanera al progresivo alejamiento del Estado y sus tradicionales mecanismos de regulación<sup>738</sup> y este proceso ha dado lugar a la irrupción del denominado *soft law* y el profesor escudero lo define como “*una fórmula de producción normativa al lado de las formas tradicionales de regulación jurídica, [...] propone y no impone la realización de conductas y corresponde con lo que Norberto Bobbio denominaba la función promocional del Derecho.*”<sup>739</sup> De tal que

---

*invoca la responsabilidad precontractual del demandado está comprendida en la noción de materia delictual y cuasidelictual en el sentido del art. 5.3.*

<sup>737</sup> Vid. Maniruzzaman, A. (1999). The *lex mercatoria* and international contracts: challenge for international commercial arbitration. *American University of International Law Review*, 14(3), 657-734. Cfr. Figueroa Vargas, S. C., & Anaya Torres, M. A. (2018). Sentencia No. C-1008/2010 de la Corte Constitucional de Colombia y su fundamentación en la *Lex Mercatoria*. *IUS ET VERITAS*, (57), 30-42, p. 31: *La lex mercatoria se define como el conjunto de reglas propias del comercio internacional que nacen sin la intervención de los Estados, en el seno de organismos privados del ámbito nacional o internacional.*

- <sup>738</sup> Escudero Alday, R. (2012). “El concepto de *Soft Law*” en Moreso, J. J. Y Martí, J.L. (Eds) *Contribuciones a la Filosofía del Derecho*. Imperia en Barcelona 2010. Marcial Pons. Pp. 97-116, p. 97.

<sup>739</sup> *Idem*. p. 98.

las normas de soft law también pueden denominarse como instrumentos de política legislativa<sup>740</sup>

Expone Vattier Fuenzalida que la unificación del derecho privado en Europa no es tan reciente como pareciera. Este movimiento toma fuerza en pleno apogeo del nacionalismo jurídico cuando E. Lambert propuso una reforma de los estudios de Derecho civil publicada en 1900, precisamente el año en que culmina la codificación decimonónica y entra en vigor el Código civil alemán<sup>741</sup>.

Posteriormente surgen trabajos como el Proyecto francoitaliano de 1927 el cual estaba inspirado en el Código suizo. Este documento se tuvo en cuenta en la redacción del Libro IV de obligaciones del Código italiano. Conforme a la Resolución del Parlamento Europeo de 1989, este Proyecto debía servir de pauta para el futuro Código europeo de obligaciones y contratos<sup>742</sup>. De tal manera que se demuestra que este proceso ha sido longevo y de amplio estudio en el viejo continente y que ahora más que nunca en nuestro mundo globalizado la unificación del derecho privado toma mayor protagonismo.

Ahora bien, en materia de la responsabilidad precontractual no es la excepción. En los instrumentos a repasar a continuación, se encuentra un desarrollo un tanto heterogéneo de soluciones para las controversias que han inspirado las presentes líneas. Por lo cual, se analizarán algunos de los diferentes textos trabajados por organizaciones internacionales como grupos de académicos que han buscado solucionar las controversias suscitadas en materia de los conflictos o problemas que puedan surgir por ambigüedades en las negociaciones y tratos preliminares, el deber de información precontractual

---

<sup>740</sup> Escudero Alday, R. (2012) *op. cit.* p. 113.

<sup>741</sup> Vattier Fuenzalida, C. (2008) *op. cit.* p. 1842

<sup>742</sup> *Idem.* p. 1842.

además de las disposiciones referentes a las actividades comerciales efectuadas por medios telemáticos.

### **7.2.1. Convención de Viena de las Naciones Unidas para la Compraventa Internacional de Mercaderías (CISG).**

Previo a la entrada de la CISG, existían una gran heterogeneidad en las normativas en materia de compraventa a nivel nacional, creando incertidumbre en cuanto al conflicto de leyes al momento de negociar un contrato de compraventa internacional<sup>743</sup>. Con estos argumentos, los redactores de la Convención presentaron un instrumento neutral y orientado a presentar una regulación uniforme en materia de compraventa internacional<sup>744</sup>.

Esta Convención ha mantenido su importancia en el comercio internacional después de más de 30 años considerando que para 2016 contaba con 85 Estados partes, una gran variedad de textos académicos dedicados a su estudio y su jurisprudencia conexas<sup>745</sup>. Dicho texto data de 1980, en este sentido, el mismo no tomaba en consideración elementos relacionados al comercio electrónico, actividad que iría tomando fuerza en décadas posteriores. Por tanto, la Convención en primer término limitaba al tradicional contrato de compraventa internacional de mercaderías entre partes que tengan sus establecimientos en Estados diferentes cuando esos Estados sean

---

<sup>743</sup> Spagnolo, L. (2007) *Opening Pandora's Box: Good Faith and Precontractual Liability in the CISG* Temple International & Comparative Law Journal, Vol. 21, No. 2, 2007 Monash University Faculty of Law Legal Studies Research Paper No. 2007/37, pp. 261-310, p. 262. Accesible en: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1350088](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1350088) (Revisado en fecha 07/08/2020).

<sup>744</sup> *Idem*. p. 263.

<sup>745</sup> CNUDMI (2016) Jurisprudencia relativa a la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, Naciones Unidas, julio de 2017 p. xi.2 Accesible en: [https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/cisg\\_digest\\_2016\\_s.pdf](https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/cisg_digest_2016_s.pdf) (Revisado por última vez en: 08/08/2020).

signatarios cuando las normas de derecho internacional privado prevean la aplicación de la ley de un Estado parte (Art. 1 CISG)<sup>746</sup>.

Posterior al boom del comercio electrónico los comerciantes y académicos en la materia comenzaron a preocuparse por la problemática que podían desarrollarse en cuanto a las comunicaciones electrónicas y el periodo de negociaciones en general. En este sentido, Lookofsky afirma que la susceptibilidad de la CISG, sobre todo en su apartado en cuanto a la formación del contrato (Parte II) ya ha sido aplicado a la formación de contratos electrónicos en varios tribunales nacionales como en el caso *Golden Valley Grape Juice and Wine, LLC v Centriys Corporation / Centriys Corporation v. Separator Technologies Solutions Pty Ltd*<sup>747</sup>, o la Sentencia del 17 de Diciembre 2013 de la Corte Suprema de Justicia de la Republica Checa<sup>748</sup>.

Concluye Lookofsky que “Si bien en ciertos contextos puede ser apropiado complementar las reglas de la Parte 2 de la CISG para lograr una mayor "certeza" en la contratación electrónica, las pocas áreas en las que el enfoque o la solución seguidos en la CISG que podrían ser problemáticos no provienen del uso de formas de comunicación más modernas, sino más bien deficiencias estructurales o conceptuales que existieron desde el principio y son aplicables a todas las formas de comunicación”<sup>749</sup>.

---

<sup>746</sup> CNUDMI (2016), *op. cit.* p. xi.

<sup>747</sup> United States 21 January 2010 Federal District Court [California] (*Golden Valley Grape Juice and Wine, LLC v. Centrisys Corporation et al.*) CASE NO. CV F 09-1424 LJO GSA. Accesible en: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/100121u1.html> (Revisado en fecha 06/08/2020).

<sup>748</sup> Lookofsky, J. (2017). *Understanding the CISG*. Copenhagen: 5th (Worldwide) Edition. Wolters Kluwer Law International, p. 68, citando la sentencia de la Suprema Corte de República Checa de fecha 17 de diciembre 2013, CLOUT case 1450.

<sup>749</sup> *Idem.* p. 69

Ahora bien, también es importante hacer una especial referencia a la Opinión del Consejo Asesor – CISG<sup>750</sup> en donde exponen su parecer en cuanto a la regulación de las comunicaciones electrónicas en la Convención. En primer término, los Art. 11 y 13 de la CISG expone lo siguiente:

*“Art. 11: El contrato de compraventa no tendrá que celebrarse ni probarse por escrito ni estará sujeto a ningún otro requisito de forma. Podrá probarse por cualquier medio, incluso por testigos”.*

*“Art. 13 A los efectos de la presente Convención, la expresión “por escrito” comprende el telegrama y el télex”.*

En cuanto a estos dos preceptos, el Consejo ha manifestado que *el problema ahora es si los documentos electrónicos que no sean telegrama y télex también pueden constituir "escritura"*. El requisito previo de "escritura" se cumple siempre que la comunicación electrónica pueda cumplir las mismas funciones que un mensaje en papel. Estas funciones son la posibilidad de guardar (recuperar) el mensaje y entenderlo (percibirlo)<sup>751</sup>. De esta manera, se infiere que la interpretación debe ser abierta a todo tipo de comunicación durante las negociaciones mientras reúna las condiciones antes descritas en consonancia con el principio de equivalencia funcional. Por tanto, los expertos en la materia han considerado que en cuanto a las comunicaciones electrónicas en la etapa de negociaciones no tendrán obstáculos considerables conforme a la normativa de la CISG.

---

<sup>750</sup> CISG-AC Opinion no 1, Electronic Communications under CISG, 15 August 2003. Rapporteur: Professor Christina Ramberg, Gothenburg, Sweden. Ultimo revision (10/09/2019) <https://www.cisg.law.pace.edu/cisg/CISG-AC-op1.html>

<sup>751</sup> CISG-AC Opinion no 1 *supra*.

Ahora bien, en cuanto a lo referente a la formación del contrato, se parte del artículo 4 de la CISG y en diversos instrumentos de CNUDMI se aclara que la misma regula los requisitos objetivos de su celebración<sup>752</sup>. No obstante, los aspectos relativos a la determinación de la validez del contrato, tales como, *inter alia*, consecuencias del error<sup>753</sup>, e inclusive la negligencia<sup>754</sup> quedan sometidos al derecho interno aplicable, exceptuando, materias relativas a la calidad de las mercaderías a ser entregadas; esto en virtud que es la materia por excelencia de la Convención<sup>755</sup>.

Por otro lado, el artículo 7 de dicho instrumento hace referencia un deber general de buena fe<sup>756</sup> y al carácter internacional de la Convención en relación a su interpretación<sup>757</sup>; y se prohíbe la interpretación de la CISG sobre la base del derecho interno<sup>758</sup> y tal como fue expuesto en el capítulo referente a la delimitación de la etapa precontractual, hay referencia a la buena fe cuando se afirma que la oferta es irrevocable cuando el destinatario podía razonablemente esperar que se mantuviera y haya actuado basándose en la oferta<sup>759</sup>.

---

<sup>752</sup> CNUDMI (2016), *op. cit.* p. 27

<sup>753</sup> *Idem* p. 27 *Vid.* Bundesgerichtshof, *Glass Bottles Case* Alemania, 27 de noviembre de 2007, versión en inglés accesible en: [cisgw3.law.pace.edu/cases/071127g1.html](http://cisgw3.law.pace.edu/cases/071127g1.html) (Revisado en fecha: 06/08/2020).

<sup>754</sup> *Idem* p. 27. Caso *CLOUT Geneva Pharmaceuticals Technology Corp. v. Barr Laboratories, Inc.* y otros núm. 579 [U.S. District Court, Southern District of New York, Estados Unidos de América, 10 de mayo de 2002]. Resumen trabajado por Winship, P. (2006) *Jurisprudencia de los Tribunales Sobre Textos de la CNUDMI (CLOUT)*, A/CN.9/SER.C/ABSTRACTS/51 p. 8

<sup>755</sup> *Idem* p. 27.

<sup>756</sup> *Idem* p. 49.

<sup>757</sup> *Cfr.* Spagnolo, L. (2007) *op. cit.* p. 265. *As uniform law, the CISG must be interpreted autonomously and not through domestic lens.*

<sup>758</sup> CNUDMI (2016), *op. cit.* p. 48

<sup>759</sup> *Idem* p. 49. *Vid.* CISG Art. 16 apartado b párrafo 2. *Cfr.* Relación entre la oferta a distancia, la oferta electrónica y publicidad.



De esta manera, hay casos en los que se afirmó que en virtud del principio general de buena fe se requiere cooperación entre las partes y un intercambio de información apropiado para el cumplimiento de sus respectivas obligaciones<sup>760</sup>. No obstante, autores como Kritzer detallan que la Conferencia de Viena ha rechazado la propuesta específica de regular facetas de responsabilidad precontractual en la CISG ya que consideran que reclamos de responsabilidad de un daño en la etapa de tratativas deberá ser regulado conforme a la norma doméstica y no la Convención<sup>761</sup>. En esta línea de ideas explica Vinaixa Miquel que la exclusión de este tópico del texto convencional puede responder a una omisión voluntaria de los redactores bajo el argumento de que se trata de un tipo de responsabilidad que se encuentra más próxima a la aquiliana que a la contractual<sup>762</sup>

Spagnolo añade que la buena fe en la CISG tiene varios roles, como ser, instrumento de interpretación de la Convención en sí, un principio general que asista a las lagunas jurídicas, una obligación positiva impuesta a las partes,

---

<sup>760</sup>CNUDMI (2016), *op. cit.* p. 50. *Vid.* Oberlandesgericht Celle, *Broadcasters case* Alemania, 24 de julio de 2009. Traducción al inglés realizada por Konrad, V. accesible en: [cisgw3.law.pace.edu/cases/090724g1.html](http://cisgw3.law.pace.edu/cases/090724g1.html) (Revisado en fecha 06/08/2020); Landgericht Neubrandenburg, *Pitted sour cherries case* Alemania, 3 de agosto de 2005, Traducción al inglés por Dimsey, M. accesible en: [cisgw3.law.pace.edu/cases/050803g1.html](http://cisgw3.law.pace.edu/cases/050803g1.html) (Revisado en fecha 06/08/2020).

<sup>761</sup> Kritzer, A. H. (2008). Pre-Contract Formation. *CISG Database*, Accesible en: <https://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/kritzer1.htm#4> (Revisado en fecha 06/08/2020). Cabe mencionar que se cita a Schlechtriem, P. (1986) *Uniform Sales Law: The UN-Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, Manz p. 57 quien expone: *The Conference rejected a proposal by the German Democratic Republic which would have introduced a general culpa in contrahendo (= precontractual) liability [...] The proposal was especially intended to cover those cases in which contract negotiations have already progressed so far that one side relying on the belief that a contract would materialize, has made considerable expenditures [ . . . ] The motion by the German Democratic Republic failed. Damages caused by one party to the other in the course of contract negotiations, therefore, remain subject to regulation by the domestic law applicable according to conflict rules [...], Cfr. Braut Filipović, M., & Tomulić Vehovec, M. (2012). Precontractual liability in EU and Croatian law. *Harmonius Journal of Legal and Social Studies in South East Europe*, 1(1), pp. 13-32 p. 20.*

<sup>762</sup> Vinaixa Miquel, M. (2002) *op. cit.* p. 989.



además de ser una fuente independiente de derechos y obligaciones. Añade que estos argumentos no son mutuamente excluyentes, y se pueden complementar entre sí, no obstante, la percepción de la buena fe como principio general es la más aceptada de estas<sup>763</sup>; no obstante el rol de la buena en la CISG se mantiene inconclusa consideran la heterogeneidad de argumentos desarrollados por la academia y la práctica comercial internacional<sup>764</sup>.

Otra posición a tomar en consideración es la de Honnold en referencia a la oferta contractual en la convención. Dicho autor expone que solo la CISG puede responder la interrogante si la revocación de una oferta es legítima. De esta manera, la CISG provee un remedio para una revocación ilícita<sup>765</sup>; por lo que, la posición de Honnold representa el argumento más fuerte en referencia de la cobertura de culpa *in contrahendo* en la CISG.

Por tanto, la cobertura de la CISG en casos de relaciones comerciales realizadas por diferentes medios con diferentes grados de avances tecnológicos ha sido confirmada por parte de gran parte de la academia experta en la materia. No obstante, la situación no queda del todo clara conforme a los argumentos expuestos considerando la naturaleza de los actos que pueden conllevar una responsabilidad precontractual, no obstante, sería posible su reconocimiento en casos puntuales estrictamente ligados a la oferta contractuales y la buena fe que prima durante el *iter* contractual.

### **7.2.2. Principios Europeos del Derecho de Contratos (PECL)**

---

<sup>763</sup> Spagnolo, L. (2007) *op. cit.* p. 274.

<sup>764</sup> *Idem.* p. 279.

<sup>765</sup> Kritzer, A. H. (2008) *supra*, citando a Honnold, J.O. (1982) *Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention*, Kluwer 176-177, p. 176.

Estos principios representan el primer intento de crear un marco común de principios de derecho privado en la Unión Europea<sup>766</sup>. Los Principios Europeos del Derecho de Contratos, fueron nombrados en honor a Ole Lando, quien expone en el Prefacio de su obra que en 1974 se celebró un simposio en la *Copenhagen Business School*, sobre el borrador de un Convenio sobre la legislación aplicable a las obligaciones contractuales y no contractuales, en ella manifestaron los expertos estar de acuerdo sobre la insuficiencia de las opciones propuestas para lograr una uniformidad legal necesaria en un mercado único europeo, por lo que era necesario un Código de obligaciones europeo<sup>767</sup>.

Los trabajos de la Comisión comenzaron en Bruselas en diciembre de 1980, y en 1982 los principios fueron discutidos en Hamburgo. De esta manera, los Principios de Derecho Europeo de los Contratos son el fruto del trabajo llevado a cabo por la Comisión de Derecho Europeo de Contratos (PECL por sus siglas en inglés), liderados por el profesor Profesor Lando<sup>768</sup>.

Conforme a los autores, dentro de los beneficios principales de la formulación de unos principios europeos contractuales estaría el fomento del comercio transfronterizo considerando que las medidas de armonización confieren beneficios particulares a las partes contratantes que hacen negocios en diferentes Estados, porque se aplican de manera uniforme en el territorio de los diversos Estados, se separan de cualquier ordenamiento jurídico particular, se encuentran disponibles en idiomas de los cuales uno al menos será

---

<sup>766</sup>Braut Filipović, M., & Tomulić Vehovec, M. (2012). *op. cit.* p. 17

<sup>767</sup>Redondo Trigo, F. (2010). "De los Principios Lando al marco común de referencia del Derecho Privado Europeo. Hacia un nuevo "lus Commune"". *Anuario de Derecho civil*, 63(IV), 1643-1682, p. 1655, citando a Lando, O., Beale, H., Benlloch, M. P., Irujo, J. M., & Sanz, F. M. (2003). *Principios de derecho contractual europeo:(los trabajos parlamentarios de la" Comisión de Derecho contractual europeo)*.

<sup>768</sup> Redondo Trigo, F. (2010), *op. cit.* p. 1655

seguramente conocido por las partes. Además del fortalecimiento del mercado único europeo considerando que la armonización de unos principios de Derecho de contratos tiene especial importancia para el buen funcionamiento del mercado único europeo<sup>769</sup>.

Continúa exponiendo Redondo Trigo, que bajo el contexto en el que se trabajaron los principios aún existían bastantes disparidades considerables entre los Derechos de los Estados miembros que rigen los contratos, incluidos aspectos tan importantes como la formación, validez formal de los contratos. En consecuencia, los Principios no se destinan puramente a reducir los efectos perjudiciales de las diferencias entre los derechos nacionales dentro del mercado único europeo, sino también para servir como base para un derecho de contratos dentro de la Comunidad, sobre el que podrán edificarse medidas más específicas de armonización. sin unos principios de este tipo de derecho de contratos a nivel comunitario, se debilitaría de manera significativa el efecto de muchas de las medidas adoptadas a favor de la integración jurídica europea en lo tocante a transacciones de consumidores y transacciones mercantiles<sup>770</sup>.

Ahora bien, retomando el análisis de la etapa precontractual, dentro de los PECL, hay una referencia a la culpa *in contrahendo* como una aplicación del principio de buena fe<sup>771</sup>. En primer término, su artículo 1:201 se consagra entre los deberes generales el principio de buena fe en los contratos y la libertad contractual<sup>772</sup>. Por consiguiente, y fundamentado en dichos principios encontramos el artículo 2:301 el cual estipula lo siguiente:

---

<sup>769</sup> Redondo Trigo, F. (2010), op. cit. p. 1656.

<sup>770</sup> *Idem*. p. 1657

<sup>771</sup> Braut Filipović, M., & Tomulić Vehovec, M. (2012). op. cit. p. 17

<sup>772</sup> PECL Artículo 1:201: 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. Cfr. García Rubio, M. P. (2010). La responsabilidad precontractual en la propuesta de modificación del derecho de obligaciones y contratos. *Anuario de Derecho Civil*, 63(4), pp. 1621-1642, p. 1624.

*Artículo 2:301: Negociaciones contrarias a la buena fe*

- 1) Las partes tienen libertad para negociar y no son responsables en caso de no llegar a un acuerdo.*
- 2) Sin embargo, la parte que hubiere negociado o roto las negociaciones de manera contraria a las exigencias de la buena fe, será responsable de las pérdidas causadas a la otra parte.*
- 3) En especial es contrario a la buena fe que una parte entable negociaciones o prosiga con ellas si no tiene intención alguna de llegar a un acuerdo con la otra parte.*

Por otro lado, el literal 1 habla de la libertad negocial, en cual se respeta la discrecionalidad de las partes para poder hacer un documento vinculante en forma de un contrato<sup>773</sup>. De igual manera plantea la regla general, donde si no se llega a un acuerdo con fundamento en razones objetivas, sencillamente se cierran las negociaciones sin ningún tipo de amortización o reparo para ninguna de las partes intervinientes.

Ya en los siguientes literales, se plantea el caso en el cual una de las partes rompe las negociaciones de manera contraria a la buena fe. ¿Qué quiere decir esto? Pues que la acción de una de las partes encaminada al rompimiento intempestivo de las negociaciones, tendría como consecuencia una indemnización.

De esta manera, en el citado numeral 3 no existe referencia expresa a las especificaciones de los daños, y afirman Braut Filipović, & Tomulić Vehovec

---

<sup>773</sup> Vid. Braut Filipović, M., & Tomulić Vehovec, M. (2012). *op. cit.* p. 17.

que, en este supuesto, solo cabría el ya desarrollado interés negativo<sup>774</sup>, además se excluye la aplicación del art. 9:502<sup>775</sup> a las negociaciones referente a la normas regulatorias generales para compensación de daños causados por pérdida de ganancias<sup>776</sup>.

De igual manera hay que hacer referencia al art. 2:302<sup>777</sup> en el cual se desarrolla la violación al deber de confidencialidad. El mismo expone en primer término que si durante las negociaciones una parte proporciona a otra información confidencial, la segunda tiene la obligación de no divulgar la misma y de no utilizarla para otros fines. En segundo lugar, se hincapié que, en caso de incumplimiento del mismo, se podrá determinar la existencia de responsabilidad. Añaden Braut Filipović, & Tomulić Vehovec que la naturaleza legal de este deber es contractual. En el caso contrario, las partes deberán probar que existía un acuerdo oral y escrito para no revelar dicha información durante las negociaciones por considerarse la misma como confidencial<sup>778</sup>.

Por otro lado, el artículo 4:106 expone lo relativo a la validez de los contratos bajo la premisa de haber sufrido información incorrecta, causal que se

---

<sup>774</sup> Braut Filipović, M., & Tomulić Vehovec, M. (2012). *op. cit.* p. 18, haciendo referencia al *reliance interest*.

<sup>775</sup> Article 9:502: General Measure of Damages: *The general measure of damages is such sum as will put the aggrieved party as nearly as possible into the position in which it would have been if the contract had been duly performed. Such damages cover the loss which the aggrieved party has suffered and the gain of which it has been deprived.*

<sup>776</sup> Braut Filipović, M., & Tomulić Vehovec, M. (2012). *op. cit.* p. 19

<sup>777</sup> Article 2:302: *Breach of Confidentiality If confidential information is given by one party in the course of negotiations, the other party is under a duty not to disclose that information or use it for its own purposes whether or not a contract is subsequently concluded. The remedy for breach of this duty may include compensation for loss suffered and restitution of the benefit received by the other party. Vid. 4.2.3. Deber de confidencialidad supra.*

<sup>778</sup> Braut Filipović, M., & Tomulić Vehovec, M. (2012). *op. cit.* p. 19

encuentra relacionado siempre a los causales de responsabilidad precontractual conforme al pensamiento de García Rubio & Otero Crespo.<sup>779</sup>

### **7.2.3. Principios UNIDROIT para la Contratación Comercial internacional (UPICC).**

Desde 1968 se ha ido discutiendo la creación de una normativa que regule los contratos comerciales internacionales en el seno del Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT por sus siglas en inglés)<sup>780</sup>. El Consejo Directivo de UNIDROIT en su reunión de 1971 incluyó en su agenda de trabajo la preparación de un borrador del ensayo de unificación relativo a la parte general de los contratos<sup>781</sup>. Fue hasta 1980 que se creó el grupo de trabajo con representantes de juristas pertenecientes al *civil law* como el *common law* y sistemas socialistas. En el año de 1994 fue publicado la primera versión de los “Principios para los Contratos Comerciales Internacionales”<sup>782</sup>.

Los Principios UNIDROIT contienen en su versión 2016 preceptos que regulan los deberes de la etapa precontractual además introduce ciertas

---

<sup>779</sup> 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.* Vid. García Rubio, M.P., Otero Crespo, M. (2010) “La responsabilidad precontractual en el Derecho Contractual Europeo” Revista para el Análisis del Derecho InDret 2/2010, p. 5.

<sup>780</sup> Oviedo Alban, J. (2016) Los Principios UNIDROIT para los Contratos Internacionales Revista Dikaion –Lo Justo- Año 16, No. 11 pp. 96-125 p. 99.

<sup>781</sup> *Idem.* p. 99.

<sup>782</sup> *Idem.*

consecuencias de su incumplimiento<sup>783</sup>. Cabe mencionar que dichas disposiciones guardan ciertas similitudes con los principios PECL<sup>784</sup>. De esta manera, y en relación a la etapa precontractual, dicho instrumento tiene un capítulo dedicado únicamente a la formación del contrato.

La buena fe y lealtad negocial se encuentra detallada en su Art. 1.7 y es de hacer notar que las partes no pueden excluir este deber (1.7 (2)); autores como Oviedo Albán, Urbina Galiano, Posada Núñez, exponen que esta fórmula le da a la buena fe y lealtad negocial una doble naturaleza: constituyen una norma imperativa dentro del contexto de los Principios, y también como una obligación específica impuesta a los contratantes<sup>785</sup> y dicho deber se extiende no solo a ejecución del contrato, si no que constituyen deberes de conducta que se extienden a la oferta del mismo y las tratativas precontractuales<sup>786</sup>.

Tomando este argumento en relación con la extensión de la buena fe y la lealtad negocial, se hace hincapié en el art. 2.1.15 de los UPICC el cual hace referencia a las negociaciones de mala fe; el mismo expone lo siguiente:

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

---

<sup>783</sup> Principios UNIDROIT Sobre Los Contratos Comerciales Internacionales 2016. Accesible en: <https://www.unidroit.org/spanish/principles/contracts/principles2016/principles2016-blackletter-s.pdf> (Revisado por última vez en fecha 26/04/2020).

<sup>784</sup> García Rubio, M.P., Otero Crespo, M. (2010) *op. cit.* p. 7 y 8. Cfr. García Rubio, M.P. (2010) *op. cit.* p. 1625, en este artículo, ratifica este argumento y también hace la comparación con los arts. II.-3:0301 y II.-3:302 y II.-3:501 del DCFR que se estudiarán a continuación.

<sup>785</sup> Oviedo Alban, J., Urbina Galiano, L., Posada Núñez, L. (1999) *op. cit.* 2.1.6.1.

<sup>786</sup> *Idem. op. cit.* 2.1.6.2.

- (2) *Sin embargo, 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.*

Como ya ha sido desarrollado ampliamente en apartados anteriores, esta libertad no es absoluta si se efectúa una ponderación de derechos considerando lo preceptuado en cuanto al concepto de buena fe que manejan los UPICC. De esta manera, conforme al espíritu de este instrumento, el derecho a retirarse de las negociaciones solo podrá ejercerse dentro de un plazo razonable, el cual dependerá de las circunstancias de cada caso en concreto<sup>787</sup>. De igual manera, hay mala fe en las negociaciones cuando una persona inicia un proceso de negociaciones sin intenciones de llegar a perfeccionar un vínculo contractual buscando sustentarse en la libertad contractual.

En muchos tribunales se ha hecho referencia a este articulado, entre ellos en el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) se encuentra el caso *PSEG Global & others v. Republic of Turkey*<sup>788</sup> en el cual existía una serie de negociaciones referentes a una contrato de concesión para una mina de carbón y una planta de energía en Turquía bajo el tratado bilateral entre Estados Unidos y Turquía<sup>789</sup>. No obstante, los cambios

---

<sup>787</sup> Oviedo Albán, J., Urbina Galiano, L., Posada Nuñez, L. (1999) *op. cit.* 2.1.6.3.5.

<sup>788</sup> CIADI caso No ARB/02/5 *PSEG Global & otros v. Republic of Turkey*, laudo de 17 enero 2007.

<sup>789</sup> *Idem.* párr. 2.



constantes en la regulación del sector energía causaron retrasos en las negociaciones, consecuentemente, se canceló el proyecto de inversión<sup>790</sup>.

En el presente caso, el Tribunal afirmó que Turquía no cumplió con su obligación de proveer un ambiente estable para inversionistas extranjeros bajo el estándar de trato justo e igualitario detallado en el Tratado bilateral de Inversión durante las negociaciones haciendo referencia a los arts. 2.1.15 de los Principios UNIDROIT<sup>791</sup>.

Por otro lado, encontramos el Art. 2.1.16<sup>792</sup> en referencia al deber de confidencialidad el cual va en términos generales bajo la misma línea de lo desarrollado en los principios PECL. No obstante, la redacción de UNIDROIT expone que, aunque incluso en ausencia de acuerdos expresos, existe una obligación de reserva de la información obtenida durante la negociación precontractual si la misma ha sido suministrada como “confidencial”.

Otro caso interesante en cuanto a la aplicación del 2.1.15 es *UAB ‘Vingio kino teatras’ v UAB ‘Eika’*<sup>793</sup> de la Corte Suprema de Lituania, en donde una compañía participó en una licitación pública en Lituania y resultó ser la

---

<sup>790</sup> Resumen Accesible en: International Bar Association (2019) Perspectives in Practice of the UNIDROIT Principles 2016 Views of the IBA Working Group on the practice of the UNIDROIT Principles 2016 p. 180.

<sup>791</sup> *Idem.* Cfr. ICC, Case No 9651, Award, 2000, en dicho caso el Tribunal resolvió una “fraudulent misrepresentation” haciendo referencia al Art. 2.1.15(2) de los PU; ICC, Case No 8540, Award, Paris, 1996.

<sup>792</sup> Principios UNIDROIT ARTÍCULO 2.1.16 (Deber de confidencialidad): *Si una de las partes proporciona información como confidencial durante el curso de las negociaciones, la otra tiene el deber de no revelarla ni utilizarla injustificadamente en provecho propio, independientemente de que con posterioridad se perfeccione o no el contrato. Cuando fuere apropiado, la responsabilidad derivada del incumplimiento de esta obligación podrá incluir una compensación basada en el beneficio recibido por la otra parte.*

<sup>793</sup> International Bar Association (2019) *op. cit* p.76 en referencia al caso *UAB ‘Vingio kino teatras’ v UAB ‘Eika’*, Supreme Court of Lithuania, 19 January 2005.

favorecida. Cuando ya las partes tenían avanzadas las negociaciones, la parte ganadora de la licitación rompió inesperadamente las tratativas en virtud de que encontró un negocio más favorable y la otra parte demandó fundamentándose en la doctrina de la CIC. La Corte Suprema Lituana, resolvió a favor del demandante considerando que el demandado actuó de mala fe y debía indemnizar a la parte afectada por la “pérdida de oportunidad”. Cabe mencionar que el Código Civil lituano toma como referencia el art. 2.1.15 de los UPICC<sup>794</sup>.

#### **7.2.4. El Marco Común de Referencia Europeo (DCFR)**

Paralelo a los Principios Lando, encontramos el Marco Común de Referencia Europeo (DCFR por sus siglas en inglés), el cual es un proyecto académico que surge de la investigación desarrollada por el *Study Group on a European Civil Code* y el *Research Group on EC Private Law*<sup>795</sup> también llamado *Acquis Group*. El mismo fue previsto por la Comisión Europea en el llamado “Plan de Acción para un Derecho Contractual Europeo más Coherente” en enero de 2003<sup>796</sup>. Dicho proyecto se basó en parte sobre la versión revisada de los Principios del Derecho Europeo de Contratos (PECL)<sup>797</sup>, sobre todo en sus libros II y III<sup>798</sup>.

---

<sup>794</sup> International Bar Association (2019) op cit. p. 181.

<sup>795</sup> Von Bar, C., Clive, E., Schulte-Nölke, H. (Eds.) (2009) Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR) Prepared by the Study Group on a European Civil Code and the Research Group on EC Private Law (Acquis Group) Accesible en:

[https://www.law.kuleuven.be/personal/mstorme/2009\\_02\\_DCFR\\_OutlineEdition.pdf](https://www.law.kuleuven.be/personal/mstorme/2009_02_DCFR_OutlineEdition.pdf) (Consultado en fecha: 23/08/2020).

<sup>796</sup> García Rubio, M.P., Otero Crespo, M. (2010) op. cit. p. 11.

<sup>797</sup> Redondo Trigo, F. (2010). "De los Principios Lando al marco común de referencia del Derecho Privado Europeo. Hacia un nuevo "lus Commune"". *Anuario de Derecho civil*, 63(IV)., 1643-1682, p. 1662.

<sup>798</sup> Von Bar, C., Clive, E., Schulte-Nölke, H. (Eds.) (2009) op. cit. p. 49.

En 2008 se presentó un borrador del *Common Frame of Reference* el cual está inspirado en los Principios del Derecho Europeo de Contratos de la Comisión Lando. Éste contiene normas sobre la formación, validez, interpretación y contenido del contrato y, por analogía, respecto de otros actos jurídicos, también sobre el cumplimiento de las obligaciones resultantes del contrato y los remedios frente al incumplimiento de las mismas<sup>799</sup>.

De igual manera, contiene normas relativas a los derechos y obligaciones en general<sup>800</sup>. Además, de normas sobre contratos en particular y acerca de derechos y obligaciones derivados de los mismos<sup>801</sup>. Por último, se detallaron cuestiones propias de las obligaciones no contractuales, tales como el enriquecimiento injusto<sup>802</sup>, daños<sup>803</sup> y gestión de negocios ajenos<sup>804</sup>, no recogiendo reglas sobre la propiedad de bienes muebles, aunque previendo que la versión final del mismo incluya normas sobre la transmisión de la propiedad<sup>805</sup>.

Cabe mencionar que muchas de las críticas a este trabajo se relacionaban al poco carácter social del *Draft Common Frame of Reference* de 2008, ya que, por ejemplo, no se realiza una regulación y definición de precio justo en el marco de las cláusulas abusivas. De igual manera se criticó que falta una regulación coherente de los remedios en sede de compraventa y arrendamiento, que, aun siendo esencialmente idénticos, tienen una redacción diferente<sup>806</sup>.

---

<sup>799</sup> Redondo Trigo, F. (2010). *op. cit.* p. 1662.

<sup>800</sup> *Vid.* DCFR Libro III Obligaciones y Derechos

<sup>801</sup> *Vid.* DCFR Libro II Capítulo 9 Contenido y efecto de los contratos.

<sup>802</sup> *Vid.* DCFR Libro VII enriquecimiento Injustificado

<sup>803</sup> *Vid.* DCFR Sección 7. Daños III.-3:701: Derecho a indemnización de daños

<sup>804</sup> *Vid.* DCFR Libro V Gestión de Negocios Ajenos

<sup>805</sup> Redondo Trigo, F. (2010). *op. cit.* p. 1662.

<sup>806</sup> *Idem.* p. 1663.

Ahora bien, en cuanto al tema de la presente obra, cabe mencionar el capítulo III desarrolla las obligaciones precontractuales bajo el título de *Marketing and precontractual duties* con un total de 13 artículos. Dicho capítulo plantea varias de las obligaciones precontractuales, tales como el deber de revelar información sobre bienes, y servicios<sup>807</sup>; obligaciones específicas para marketing de negocios a consumidores<sup>808</sup>, el deber de proporcionar la información al concluir un contrato con un consumidor que está en una desventaja particular<sup>809</sup>.

García Rubio & Otero Crespo manifiestan que se hace notoria la importancia que sus autores dan al deber precontractual de información, que como regla general, debe cubrir las expectativas razonables del destinatario de la misma y que no se limita al caso de los contratos con consumidores, sino que también la determina como una buena práctica comercial<sup>810</sup>. El capítulo 3 del libro II del DCFR recoge algunos preceptos que recogen parte de sus enunciados de los principios PECL, más en concreto los artículos 2:301 y 2:302<sup>811</sup>. En su sección II.-3:301 se hace referencia a las negociaciones contrarias a la buena fe:

*II.-3:301: Negociaciones contrarias al principio de buena fe contractual*

*(1) Todas las personas tienen libertad para negociar y no se deriva responsabilidad alguna por el hecho de no llegar a un acuerdo.*

---

<sup>807</sup> DCFR Sección 1. Deberes de información II.-3:101: Deber de revelar información acerca de bienes, otros activos y servicios

<sup>808</sup> II.-3:102: Deberes específicos de las empresas frente a los consumidores

<sup>809</sup> Vid. García Rubio, M.P., Otero Crespo, M. (2010) *op. cit.* pág. 12, Vid. II.-3:103: Deber de información en un contrato en el que el consumidor se encuentra en una situación de clara desventaja

<sup>810</sup> García Rubio, M.P., Otero Crespo, M. (2010) *op. cit.* pág. 12 Vid. DCFR II-3: párr. (1) y (2).

<sup>811</sup> *Idem.* pág. 12

- (2) *La persona que ha entrado en negociaciones tiene el deber de negociar de acuerdo con el principio de buena fe contractual y de no romper las negociaciones contraviniendo ese principio. Este deber no puede ser excluido o limitado por contrato.*
- (3) *Aquella persona que incumpla este deber responderá por cualesquiera daños ocasionados a la otra parte.*
- (4) *Concretamente, es contrario al principio de buena fe contractual que una parte entable negociaciones o prosiga con ellas si no tiene intención alguna de llegar a un acuerdo con la otra parte.*

El *Acquis Group* describe que la libertad contractual detalladas en el párrafo primero de este artículo es calificado como un “deber” y este deber no puede ser excluido o limitado por medio de un contrato. De esta manera la violación de una parte de este deber de negociar conforme al principio de buena fe no da a lugar a la otra a incumplir este deber recíproco<sup>812</sup>.

Cabe mencionar que Hesselink (quien fue parte del grupo de trabajo), expone que el artículo fue formulado de manera amplia y aplicaría a la mayoría de casos referentes a la CIC y pretende desarrollar la regla general de dicha doctrina<sup>813</sup>. Por otro lado, desarrolla el estudio de la responsabilidad por violación a la confidencialidad durante las negociaciones en su sección II.-3:302<sup>814</sup>. En esta línea de ideas, se concluye que conforme al DCFR los

---

<sup>812</sup> Von Bar, C., Clive, E., Schulte-Nölke, H. (Eds.) (2008) Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR) Prepared by the Study Group on a European Civil Code and the Research Group on EC Private Law (Acquis Group) (DCFR Full Version 2008) p. 272. Accesible en:

[http://www.transformacje.pl/wp-content/uploads/2012/12/european-private-law\\_en.pdf](http://www.transformacje.pl/wp-content/uploads/2012/12/european-private-law_en.pdf) (Last reviewed in: 30/08/2020).

<sup>813</sup> Cartwright & Hesselink (2009) *op. cit.* p. 485.

<sup>814</sup> II.-3:302 DCFR: Incumplimiento del deber de confidencialidad (1) Si, en el transcurso de las negociaciones, una parte comunica a la otra algún tipo de información confidencial, esta parte no deberá divulgarla ni utilizarla para sus propios fines, con independencia de que el contrato llegue

supuestos estudiados por estos podrían ser resueltos por un deber general de buena fe precontractual<sup>815</sup>.

Es importante mencionar que en su art. 3:105 hace referencia a la formación del contrato por medios electrónicos en materia de consumo. Conforme a su texto original en inglés, si el contrato fuera a ser concluido por medios electrónicos y sin una comunicación individual, una empresa debe proveer información sobre varios asuntos antes de que la otra parte acepte la oferta contractual<sup>816</sup>. El *Acquis Group* aclara también que dicho deber es solo de las empresas además que no aplica para los contratos concluidos mediante correos electrónicos u otro medio de comunicación individual<sup>817</sup>.

Cabe mencionar que dicha redacción toma los planteamientos desarrollados en el art. 10 de la Directiva 2000/31/EC de Comercio Electrónico<sup>818</sup>. De esta

---

o no a celebrarse. (2) A efectos del presente Artículo, por «información confidencial» se entenderá aquella que, por su naturaleza o por las circunstancias en las que se obtuvo, la parte receptora sabe o es razonable suponer que sabe que es confidencial para la otra parte. (3) Si una parte tiene motivos razonables para prever un incumplimiento de este deber podrá obtener una orden judicial que lo evite. (4) La parte que incumple este deber responderá por los daños ocasionados a la otra y se le podrá exigir la entrega de cualquier beneficio que el incumplimiento le ha reportado.

<sup>815</sup> Cartwright & Hesselink (2009) *op. cit.* p. 485.

<sup>816</sup> II. – 3:105: Formation by electronic means (1) If a contract is to be concluded by electronic means and without individual communication, a business has a duty to provide information about the following matters before the other party makes or accepts an offer: (a) the technical steps to be taken in order to conclude the contract; (b) whether or not a contract document will be filed by the business and whether it will be accessible; (c) the technical means for identifying and correcting input errors before the other party makes or accepts an offer; (d) the languages offered for the conclusion of the contract; (e) any contract terms used...

<sup>817</sup> Von Bar, C., Clive, E., Schulte-Nölke, H. (Eds.) (2008) *op. cit.* p. 258.

<sup>818</sup> Art 10 Información exigida: 1. Además de otros requisitos en materia de información contemplados en Derecho Comunitario, los Estados miembros garantizarán, excepto cuando las partes que no son consumidores así lo acuerden, que el prestador de servicios facilite al menos la siguiente información de manera clara, comprensible e inequívoca y antes de que el destinatario del servicio efectúe un pedido....

manera, cualquier empresa que incumpla con lo dispuesto en el presente artículo, tendrá que indemnizar al consumidor<sup>819</sup>.

De esta manera, se reitera la importancia del derecho a la información en materia de consumo. Dicho artículo exige, *inter alia*, que el emisor de la oferta provea el proceso técnico para perfeccionar el contrato además la misma debe ser clara para su fácil comprensión por parte del consumidor conforme al art. 3:106<sup>820</sup>, por lo cual en el caso de un contrato que su ejecución sea automatizada parcial o completamente, sus particularidades deberán ser detalladas también.

En cuanto a los remedios por la violación al deber de información, el DCFR expone que la parte afectada, en este caso el consumidor, tiene el derecho a retirarse de las negociaciones<sup>821</sup>. Sin importar si el contrato ha sido concluido o no, la empresa que falle con este deber tendrá la obligación de indemnizar cualquier pérdida causada<sup>822</sup>.

---

<sup>819</sup> Otros aspectos desarrollados por el DCFR es lo referente a la información de precios y cargos adicionales (II. – 3:107), Información de ubicación e identidad de la empresa (II. – 3:108).

<sup>820</sup> II. – 3:106: Clarity and form of information (1) A duty to provide information imposed on a business under this Chapter is not fulfilled unless the requirements of this Article are satisfied. (2) The information must be clear and precise, and expressed in plain and intelligible language. (3) Where rules for specific contracts require information to be provided on a durable medium or in another particular form it must be provided in that way. (4) In the case of contracts between a business and a consumer concluded at a distance, information about the main characteristics of any goods, other assets or services to be supplied, the price, the address and identity of the business with which the consumer is transacting, the terms of the contract, the rights and obligations of both contracting parties, and any available redress procedures, as may be appropriate in the particular case, must be confirmed in textual form on a durable medium at the time of conclusion of the contract. The information on the right of withdrawal must also be adequate in the sense of II. – 5:104 (Adequate information on the right to withdraw). *Vid.* Von Bar, C., Clive, E., Schulte-Nölke, H. (Eds.) (2008) *op. cit.* p. 258.

<sup>821</sup> DCFR II.-3:109(1) Remedios en caso de incumplimiento del deber de información.

<sup>822</sup> DCFR II.-3:109(3).



### **7.2.5. Proyecto de Código Europeo de Contratos (Principios Pavia)**

Dentro del amplio desarrollo del derecho contractual europeo, se han llevado a cabo otros proyectos europeos de unificación contractual y entre ellos destaca el Código Europeo de Contratos elaborado por la *Accademia dei Giuristi Europei* (Pavía, Italia) bajo el liderazgo del profesor Gandolfi, por quien también se le denomina proyecto Gandolfi. Esta academia se quedó formalmente constituido el 9 de noviembre de 1992 en Pavia Italia<sup>823</sup>. Dicha Academia se propuso contribuir por medio de la investigación científica, la unificación, la futura interpretación y aplicación del derecho privado en Europa además busca promover el desarrollo de la cultura jurídica europea<sup>824</sup>.

Este proyecto en la actualidad cuenta con dos libros publicados, uno para los contratos en general y uno para el contrato de compraventa. El primer libro incluye una sección dedicada a los llamados en este texto *Tractations précontractuelles* (Tratos precontractuales)<sup>825</sup>. De igual manera, se encuentra una sección especial para la formación del contrato, misma que desarrolla las obligaciones precontractuales de los cuales ya se ha hecho mención de algunos, y otros apartados como el artículo relativo a los tratos preliminares

---

<sup>823</sup> Vattier Fuenzalida, C. (2008). El Derecho europeo de contratos y el anteproyecto de Pavía . *Anuario de Derecho Civil Núm. LXI-4, Octubre* , 1842-1865, p. 1845.

<sup>824</sup> Vid. Portal Oficial de la Academia: <https://www.eurcontrats.eu/acd2/> (Consultado en fecha 21/04/2021). Vid. Código Europeo de Contratos (Versión Española) Libro Primero de los Contratos En General traducida Por de los Mozos, J.L., y Luna Serrano, A. Accesible en: <https://www.eurcontrats.eu/site2/newdoc/Norme%20Libro%20I-spagnolo.pdf> (Consultado en fecha 21/04/2021).

<sup>825</sup> Tomas Martínez., G. (2010). Naturaleza De La Responsabilidad Precontractual (Culpa In Contrahendo) En La Armonización Jurídica Europea 2010. *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte Sección: Ensayos Año 17 - Nº 1,* 187-210.



con los consumidores fuera del establecimiento, mismo que se encuentra desarrollado en el artículo 9 de dicho *corpus iuris*.

Cabe mencionar que su Título II se dedica genéricamente a la formación del contrato<sup>826</sup>. Expone García Cantarero que en la fase previa de las propuestas para dicho proyecto hechas por los académicos, el grupo inglés expresaba la idea de que el proyecto no debía tomar en consideración la culpa *in contrahendo*, no obstante, el resto de los estudiosos coincidieron en que era necesario reglamentar los tratos precontractuales<sup>827</sup>.

En sus artículos 6-10 se presenta el régimen general de los tratos preliminares. En el art. 6 párrafo primero se expone que “*Cada parte es libre de iniciar tratos preliminares con el fin de celebrar un contrato, sin que se le pueda imputar ninguna responsabilidad en el caso de que aquel no se perfeccione, salvo si su comportamiento es contrario a la buena fe*”. Este párrafo siendo el punto de partida, expone lo relativo a la libertad negocial entre las partes, siendo facultad de estas decidir si quieren iniciar un proceso de negociación con la otra parte.

De igual manera, define como punto de inflexión para la responsabilidad en las negociaciones la buena fe de las partes, exponiendo que la regla general durante la etapa previa al perfeccionamiento de un contrato es que no debería de imputarse responsabilidad por el hecho de que no se formalice un vínculo contractual<sup>828</sup>. No obstante, si se atribuiría responsabilidad en el caso de que exista algún tipo de dolo durante los intercambios de información, y hace expresa mención en su segundo párrafo que “*actúa contra la buena fe la parte que inicia o prosigue tratos preliminares sin intención de llegar a la celebración*”

---

<sup>826</sup> García Cantarero, G. (2010). “*Estudios sobre el Proyecto de Código Europeo de Contratos de la Academia Pavia*”. Madrid: Editorial Reus S.A. p. 96.

<sup>827</sup> *Idem*. p. 96.

<sup>828</sup> *Idem*. p. 97.

*del contrato*”. Tal es el ejemplo principal de la doctrina de Ihering en el cual se imputa responsabilidad a la persona que negocie con una *res extra commercium*.

Vattier Fuenzalida añade que se omiten las categorías abstractas que podrían encontrar alguna oposición en el derecho anglosajón, y que no existe una cláusula general per se de buena fe, aun cuando existen numerosas aplicaciones de la misma, que ni siquiera figura como criterio autónomo para interpretar el contrato<sup>829</sup> y concluye que el hecho de entablar negociaciones es libre, por eso la falta de conclusión del contrato no engendra responsabilidad alguna, a no ser que exista un comportamiento contrario a la buena fe<sup>830</sup>.

El tercer párrafo del art. 6 es más explícito y describe más aún el supuesto en el cual se puede acreditar la existencia de una responsabilidad cuando las partes en el transcurso de los tratos preliminares han examinado todos los elementos esenciales del vínculo contractual, cuyo eventual perfeccionamiento se encuentra previsto, además de que existe una confianza razonable en cuanto a la celebración del mismo, una de las partes actúa contra la buena fe desde que interrumpe los tratos preliminares sin motivo injustificado.

En su último párrafo, exponen que *“la parte que ha actuado contra la buena fe estará obligada a reparar el daño sufrido por la otra hasta el máximo de los gastos comprometidos por esta última en el curso de los tratos preliminares con vistas a la celebración del contrato, así como por la pérdida de ocasiones similares causadas por los tratos pendientes.”* Por lo cual se finaliza con la definición de los parámetros para el resarcimiento en caso de que el juzgador considere que existe una responsabilidad precontractual y se hace referencia al interés negativo de las partes contratantes.

---

<sup>829</sup> Vattier Fuenzalida, C. (2008) *op. cit.* p. 1847.

<sup>830</sup> *Idem.* p. 1853.

### **7.2.6. Contraste de los diferentes estudios realizados en Europa.**

Como fue expuesto en las líneas anteriores, los diferentes instrumentos contruidos en el viejo continente contienen un apartado regulando la etapa de tratativas preliminares y la responsabilidad que puede surgir en ella, que en la mayoría de casos su fundamento será la buena fe contractual durante las negociaciones. No obstante, esta referencia a la buena fe se exterioriza de diferentes maneras; en la mayoría de los casos, se desarrolla un principio general de buena fe, pero también se encuentran propuestas como en los Principios Pavia que hacen referencia a dicho principio en apartados puntuales y no de manera general. De esta manera, se evidencia la amplia discusión existente a fin de determinar ¿cuál será la mejor regulación para crear sinergia entre los sistemas legales de derecho civil y el derecho anglosajón? Siendo que gran parte del debate ha radicado alrededor del principio en antes mencionado.

Otro aspecto importante a ratificar, es que las comunicaciones entre las partes continúan siendo vital para definir la existencia de daños a una de las partes en virtud que estas determinan la existencia de una verdadera oferta contractual. Es de hacer notar que ninguno de los textos analizados, utilizan la expresión latina "*culpa in contrahendo*". La razón podría ser por lo complicado que ha sido la determinación exacta de su naturaleza, y encasillar la misma de manera expresa podría crear conflictos de interpretación.

De igual manera, en diferentes grados, se pretende regular el desarrollo progresivo de las nuevas tecnologías y el derecho contractual por medio de

preceptos que promueven la neutralidad tecnológica en el derecho. En la mayoría de los casos, se ha optado por una regulación y un margen de interpretación amplio basada en que “la forma escrita del contrato” sea congruente con el principio de equivalencia funcional.

De tal manera, es innegable que la unificación del derecho comercial internacional y el desarrollo de una verdadera *lex mercatoria* continúa siendo una prioridad de la región y del mundo tomando en consideración el mundo globalizado en el que vivimos en la actualidad dominados por las tecnologías de la información.

### **7.3. Lex Mercatoria en América Latina: Los Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos (PLDC)**

En relación a los diferentes procesos de unificación del derecho comercial internacional y de contratos, la región latinoamericana no ha sido la excepción, misma que en gran medida ha tenido considerables antecedentes gracias a todos los instrumentos ya existentes en Europa. En la región se presentó una iniciativa por parte de un grupo de académicos dedicado a elaborar los “Principios Latinoamericanos de Derecho de Contratos” (PLDC) mismo que incluye docentes de múltiples universidades latinoamericanas como ser la Universidad de Buenos Aires (UBA), Universidad Externado de Colombia, Universidad Central de Caracas, Francisco Marroquín de Guatemala, entre otras con el apoyo de la *Fondation pour le Droit Continental*. Dicha iniciativa comenzó en el marco de un Congreso Internacional Franco-Latinoamericano realizado en la ciudad de Rennes<sup>831</sup>.

---

<sup>831</sup> De la Maza, I., Pizarro, C. Vidal, A. (Coord. & Ed.) (2017) Los Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos, Agencia Estatal Boletín Oficial Español, Colección Derecho Privado 13 Madrid, p. 15.

Es notorio que, a diferencia de Europa, este grupo constató que los derechos en la materia contractual son desiguales en la región y se percibió una diversidad no solo de fuentes si no de épocas a que responden los derechos nacionales. De esta manera se consideró que los PLDC sirvieran de modelo para reformas en países que lo ameriten<sup>832</sup>. El mismo tiene dos propósitos, este instrumento busca un *restatement* del derecho de contratos a nivel latinoamericano además de plasmar un esfuerzo emprendido por un sector de la doctrina civil latinoamericana de repensar el derecho de contratos regional aproximándolo a ciertos desarrollos originados a partir de la CISG<sup>833</sup> además de los Principios UNIDROIT, la propuesta de reforma al derecho de obligaciones español, y los proyectos franceses en la materia<sup>834</sup>.

Dichos principios ofrecen un tratamiento sistematizado del fenómeno contractual, y cubren todo lo referente al *iter* contractual incluyendo la etapa de tratativas y cuenta con 8 capítulos con un total de 115 artículos<sup>835</sup>. En su artículo 5 detalla la libertad de contratación<sup>836</sup> y en el art. 7 introduce la buena fe durante el *iter* contractual<sup>837</sup>. Cabe resaltar el art. 10 mismo que hace referencia a la libertad en las negociaciones, el mismo detalla que “las partes son libres de negociar el contrato y de retirarse en cualquier momento, pero esto y aquello deben hacerlo conforme a la buena fe”.

Detalla Pizarro Wilson que una de las preocupaciones de estos principios ha sido dotar de contenido a la buena fe para que no sea un concepto amplio dando ejemplos concretos de conductas que la contrarían y las consecuencias

---

<sup>832</sup> De la Maza, I., Pizarro, C. Vidal, A. (Coord. & Ed.) (2017) *op. cit.* p.17.

<sup>833</sup> *Idem.* p. 27

<sup>834</sup> *Idem.* p. 18.

<sup>835</sup> *Idem.* p. 29.

<sup>836</sup> Artículo 5. PLDC Libertad de contratación: Las partes son libres para celebrar contratos y para determinar su contenido, no siendo contra el orden público o la ley.

<sup>837</sup> Artículo 7 PLDC. Buena fe (1) Las partes deben comportarse conforme a las exigencias de la buena fe. (2) Las limitaciones convencionales contrarias a la buena fe no producen efecto alguno.

que acarreen su infracción, por lo que el rompimiento de las negociaciones es contrario a la buena fe y causa un daño, este debe indemnizarse conforme a la doctrina de la responsabilidad precontractual<sup>838</sup>. En tal sentido, el art. 11(1) hace referencia al daño que debe indemnizarse y el mismo hace referencia a los daños en las negociaciones del contrato presentando dos causales:

- *El daño causado por el retiro de las negociaciones contrario a las exigencias de la buena fe debe ser indemnizado.*
- *También es obligado a esta reparación el que inicia una negociación o se mantiene en ella sin ánimo o posibilidad de contratar*

Dicha redacción reafirma lo desarrollado por la doctrina que le antecede al detallar como causal el rompimiento intempestivo de las negociaciones o cualquier otra causal “contraria a la buena fe” como puede ser el error provocado o imputable a la otra parte<sup>839</sup>. En tal sentido, Gregoraci Fernández detalla que los daños indemnizables son 2: los daños fácticos (que deben ser soportados por quien los padece) y daños normativos (que deben ser soportados por quien los causa)<sup>840</sup>.

El PLDC en su tercer numeral detalla que en ningún caso se indemnizará el lucro cesante (interés positivo) o “*la pérdida de beneficios esperados del contrato no celebrado*”. En relación a este argumento, Gregoraci Fernández explica que el interés contractual positivo entra en la categoría de los daños fácticos, por tanto no deberá ser indemnizado; ya que conforme al razonamiento de los pensadores de dicho instrumento, “se desdibujaría la

---

<sup>838</sup> Pizarro Wilson, C. (2018). Un Vistazo General a los Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos, *Revista de Derecho Privado*, n.º 35, julio - diciembre de 2018, pp. 351 a 368 p. 359.

<sup>839</sup> Gregoraci Fernández, B. (2017). Los Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos: una mirada desde el Derecho europeo, 11 y 12 de julio de 2017, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso (Chile). *Anuario de derecho civil*, 70(4), 1575-1611. p. 1600

<sup>840</sup> *Idem*. p. 1589.

frontera entre los casos en que se ha celebrado un contrato y aquellos en que no”.<sup>841</sup>

Por otro lado, dicho instrumento busca regular el deber de confidencialidad como parte de las causales de responsabilidad durante las negociaciones. De la redacción del texto de los PLDC, debe entenderse que dicha información será categorizada como tal por el emisor de la misma a fin de que posteriormente se pueda determinar si existe responsabilidad o no por su exteriorización fuera de las partes contratantes<sup>842</sup>.

Habiendo expuesto lo anterior, y considerando que la CIC ha sido en la mayoría de Estado regulado por la responsabilidad extracontractual, es importante mencionar que la gran mayoría de los sistemas de responsabilidad extracontractual de los ordenamientos jurídicos latinoamericanos son sistemas de “clausula general” o de *numerus apertus* de los daños indemnizables, es por esta razón que considera Pantaleón Prieto que no ha habido la necesidad de construir en aquellos ordenamientos una tal relación obligatoria preexistente para encontrar soluciones adecuadas a los casos de responsabilidad precontractual<sup>843</sup> cuyo desarrollo ha sido a través de la jurisprudencia de la región<sup>844</sup>.

---

<sup>841</sup> Gregoraci Fernández, B. (2017) *op. cit.* p. 1589.

<sup>842</sup> Artículo 12. Deber de confidencialidad: Quien recibe información confidencial con ocasión de las negociaciones del contrato no puede usarla ni revelarla, so pena de indemnizar los daños y restituir los beneficios obtenidos.

<sup>843</sup> Pantaleón Prieto, A. F. (2011) *op. cit.* p. 902.

<sup>844</sup> *Vid.* Exp. 6151, Corte Suprema de Justicia de Colombia Casación Civil 12 de agosto de 2002 accesible en: [https://www.redjurista.com/Documents/corte\\_suprema\\_de\\_justicia\\_sala\\_de\\_casacion\\_civil\\_e\\_n\\_o\\_6151\\_de\\_2002.aspx#/](https://www.redjurista.com/Documents/corte_suprema_de_justicia_sala_de_casacion_civil_e_n_o_6151_de_2002.aspx#/) (consultado en fecha 20/20/2021), Corte Suprema de Justicia Chilena, Fallo 4835-2017 de fecha 8 de enero de 2018, Sala Tercera, Corte Suprema de Justicia Chilena, Fallo 38.683-2017 de fecha 13 de marzo de 2019, Sala Tercera.

<sup>844</sup> *Vid.* Pantaleón Prieto, A. F. (2011) *op. cit.* p. 902

Bajo este argumento concluye Pantaleón Prieto que no hay motivo para importar la construcción alemana de la CIC<sup>845</sup>. No obstante, añade que siempre es conveniente contar con normas que positivicen los deberes precontractuales con fundamento en la buena fe contractual<sup>846</sup> de conducta más relevantes, y especifiquen al mismo tiempo el contenido de las indemnizaciones debidas por sus respectivas infracciones<sup>847</sup>, objetivo que es realizado en los apartados referentes a los vicios del contrato en cuanto al deber de información se refiere<sup>848</sup>.

Habiendo expuesto lo anterior, es importante manifestar que no se podía dejar de hacer referencia a este ambicioso proyecto elaborado por intelectuales de nuestra región, el cual tiene su influencia también en los múltiples instrumentos existentes en el continente europeo y toma en consideración la realidad jurídica latinoamericana.

#### **7.4. Regulación Estatal de la Culpa *In Contrahendo* en Europa.**

Se ha reiterado en varias ocasiones que la doctrina de la CIC ha tenido su mayor desarrollo gracias al pensamiento de los juristas europeos del siglo pasado; hecho notorio si se toma en consideración todos los instrumentos

---

<sup>845</sup> Pantaleón Prieto, A. F. (2011) op. cit. p. 902.

<sup>846</sup> *Vid.* Arts. 701 y 1020 Código Civil de Costa Rica. En la misma línea de argumentación están los: 1796 del Código Civil Federal Mexicano, 1546 del Código Civil de Honduras, 1519 del Código Civil de Guatemala, *Cfr.* Arias Henao, D. P., & Arias Henao, H. E. (2012). 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. *Tecnura*, 16(32), 143-154, p. 148.

<sup>847</sup> Pantaleón Prieto, A. F. (2011) op. cit. p. 902. *Cfr.* Arias Henao, D. P., & Arias Henao, H. E. (2012) *op. cit.* p. 148.

<sup>848</sup> *Vid.* PLDC Art. 28. El error consiste en la ignorancia o falso concepto de los hechos o del derecho, de tal magnitud, que una persona razonable y en la misma situación no habría contratado, o lo habría hecho en términos sustancialmente distintos. Artículo 29. Régimen del error (1) El error vicia el contrato si: (a) Es provocado por información suministrada por la otra parte. (...).



detallados en el apartado anterior en los cuales se ha buscado uniformar el derecho de contratos. Ahora bien, será interesante hacer un repaso por casos particulares de algunos Estados.

#### **7.4.1. El Bürgerliches Gesetzbuch alemán (BGB)**

La doctrina alemana continúa siendo protagonista en cuanto a la regulación del derecho contractual en Europa se refiere; el *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB) alemán en su versión original, como fue expuesto en capítulos anteriores, no se consagraban normas específicas y concretas en materia de CIC, encasillándola en la responsabilidad contractual<sup>849</sup> la cual venía siendo desarrollada por la jurisprudencia alemana<sup>850</sup>.

Con la reforma de la ley de modernización del derecho de obligaciones alemán, del 26 de noviembre de 2001 que entró en vigor el primero de enero de 2002<sup>851</sup>, se incluyó una nueva redacción del artículo 311<sup>852</sup> que pasó a denominarse “Relaciones negociales y obligatorias análogas”. Dicha reforma surge a causa de la necesidad que existía en la norma alemana de construir una cláusula

---

<sup>849</sup> Vid. *supra* 5.3.2 CIC como responsabilidad contractual.

<sup>850</sup> Monsalve Caballero (2010) *op. cit.* pág. 58. Vid García Rubio, M.P., Otero Crespo, M. (2010) *op. cit.* pág. 16.

<sup>851</sup> García Rubio, M.P. & Otero Crespo, M. (2010) *op. cit.* pág. 17 cita 52. Cfr. Pantaleón Prieto, A. F. (2011). Responsabilidad precontractual: propuestas de regulación para un futuro Código Latinoamericano de Contratos. *Anuario de Derecho Civil*, 64(3), 897-930, p. 901.

<sup>852</sup> BGB Art. 311(2): *Una relación obligatoria con deberes según el § 241, apartado 24, nace también de: 1. la iniciación de negociaciones contractuales. 2. la preparación de un contrato mediante el que una parte concede a la otra, en contemplación de una eventual relación negocial, la posibilidad de actuar sobre sus derechos, bienes jurídicos e intereses, o se los confía; o 3. contactos negociales análogos. (3) Una relación obligatoria con deberes según el § 241, apartado 2, puede también nacer para con personas que no van a ser parte contractual. Tal relación obligatoria nace, en particular, cuando el tercero reclama para sí un grado especial de confianza y, de ese modo, influye considerablemente en las negociaciones contractuales o en la celebración del contrato.* Traducción obtenida de: Pantaleón Prieto, A. F. (2011) *op. cit.* p. 901.

general de indemnización de daños y perjuicios causados por culpa o negligencia<sup>853</sup>.

En su párrafo 2 se consideran como casos encuadrados en la *culpa in contrahendo*, los que se originan en una relación jurídica que nace en la formación contractual, y más concretamente en la preparación de un contrato, la negociación potencial, y los contactos análogos<sup>854</sup>. En cuanto a ese artículo añade Pantaleón Prieto que los deberes de conducta integran una relación obligatoria preexistente, nacida *ex lege* entre quienes inician negociaciones contractuales<sup>855</sup>.

En el párrafo tercero del 311 BGB, se incluye un supuesto que llama bastante la atención, como es la responsabilidad de terceros. El mismo manifiesta que cualquier tercera persona puede ser responsable cuando utilizan la confianza para influir en otros para que contraten<sup>856</sup>. Expone Monsalve Caballero que es tal la amplitud de esta norma, que daría lugar a la legitimación pasiva y activa de nacimientos de la relación jurídica obligatoria. Por tanto, es una norma que, por su generalidad, muy seguramente debe tener un desarrollo en una línea jurisprudencial.<sup>857</sup> De igual manera, se establece una obligación de indemnización en caso de invalidez debida a error y falta de seriedad en una declaración<sup>858</sup>; en otras palabras, por negligencia de una de las partes en las discusiones preliminares.

---

<sup>853</sup> García Rubio, M.P. & Otero Crespo, M. (2010) *op. cit.* pág. 16.

<sup>854</sup> Monsalve Caballero (2010) *op. cit.* pág. 58.

<sup>855</sup> Pantaleón Prieto, A. F. (2011) *op. cit.* p. 901.

<sup>856</sup> Monsalve Caballero (2010) *op. cit.* pág. 52.

<sup>857</sup> *Idem.*

<sup>858</sup> *Idem.*

#### **7.4.2. Regulación en el Reino Español.**

No es desconocido que la normativa española siempre será estudiada por los juristas latinoamericanos, considerando múltiples factores como, el idioma, la relación histórica, además que la misma representa una entrada a estudiar los diferentes instrumentos construidos en el seno de la UE. De tal manera, en el presente trabajo se pretende dar un vistazo un tanto más en detalle de la norma de la nación ibérica.

##### **7.4.2.1. Perspectiva de la norma civil española**

Los antecedentes legislativos son uno de los criterios interpretativos de las normas según el artículo 3.1 del CCEs<sup>859</sup>. La mayoría de la doctrina, y a veces, la jurisprudencia, analizan dichos antecedentes para poder interpretar correctamente la normativa<sup>860</sup>. En este sentido, en el CCEs no existe un claro desarrollo de la culpa *in contrahendo*. Varios autores han relacionado dicha figura con el artículo 1258<sup>861</sup> del CCEs, que se refiere a las consecuencias de la contratación conforme a la buena fe y esta constituye una fuente heterónoma de la integración del contrato que posee eficacia normativa directa<sup>862</sup>.

---

<sup>859</sup> CCEs Artículo 3.1. Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas.

<sup>860</sup> Marin Narros, H. D. (2012) *op. cit.* p. 38, 39.

<sup>861</sup> CCEs Artículo 1258. Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley.

<sup>862</sup> Núñez Muñiz, C. (2015) La naturaleza de la responsabilidad civil precontractual y la obligación de indemnizar: deberes y obligaciones derivadas de la buena fe, información y lealtad, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, No. 749 págs. 1629 a 1642, p. 1634, citando a Lasarte Álvarez, C. (1980), *Sobre la integración del contrato: la buena fe en la contratación. (En torno a la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de enero de 1977) RDP*, pp. 50-78.

No obstante, en sentencias del Tribunal Supremo Español se ha expuesto que de los tratos preliminares, mismos que los caracteriza como “tratos sociales” o “contratos sociales” siempre haciendo referencia a la escuela alemana, puede derivarse una cierta responsabilidad precontractual<sup>863</sup> y la caracteriza como aquiliana o extracontractual, puesto que no puede negarse que exista una violación al principio *neminem laedere* y esta responsabilidad puede derivar directamente a de la teoría del abuso del derecho relacionando dicho argumento con el artículo 1902 del CCEs<sup>864</sup>.

García Rubio, añade que, en el Derecho Civil Español, la aplicación de la buena fe precontractual presenta varias justificaciones. En primer lugar, puede considerarse la aplicación analógica del art. 1258<sup>865</sup> del CCEs ampliándola a la etapa de las tratativas<sup>866</sup>. De igual manera, se aplica el art. 7.1<sup>867</sup> en relación con los derechos ejercitables en la etapa precontractual, además se puede acudir, a la eficacia de la buena fe como principio general del Derecho español lo cual obliga a las partes a comportarse lealmente no solo en el desenvolvimiento de las relaciones constituidas, sino también a adoptar un comportamiento leal en la fase previa a la constitución de dichas relaciones<sup>868</sup>. De esta manera, se ha afirmado sobradamente que la responsabilidad

---

<sup>863</sup> Sentencia TS, de 16 de mayo de 1988 RJ 1988\4308

<sup>864</sup> Sentencia TS, de 16 de mayo de 1988 RJ 1988\4308. CCE Artículo 1902. El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado. Cfr. Nuñez Muñiz, C. (2015) *op. cit.* p. 1637

<sup>865</sup> CCE Artículo 1258 Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley.

<sup>866</sup> Nuñez Muñiz, C. (2015) *op. cit.* p. 1633, citando a García Rubio, M. P. y Otero Crespo, M. (2010)

<sup>867</sup> CCE Art. 7 Los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe.

<sup>868</sup> Nuñez Muñiz, C. (2015) *op. cit.* p. 1633

precontractual ha sido regulada bajo la responsabilidad extracontractual en el derecho español<sup>869</sup>.

Por otro lado, la comunidad autónoma de Cataluña también ha presentado una regulación en materia de la responsabilidad precontractual y la regulación de la etapa formativa del contrato. Este proceso de adopción de una normativa propia para el pueblo catalán comenzó con la publicación de la Ley 29/2002 de 30 de diciembre, denominada primera Ley del Código Civil de Cataluña por el cual se establece la estructura y sistemática del nuevo Código, se aprueba el Libro 1 de del mismo y se incluye el contenido del art. 111-7 referente a la buena fe precontractual.<sup>870</sup>

Dicha redacción se fundamenta en el razonamiento que en la tradición del derecho catalán y en general en línea del derecho continental europeo del que forma parte, la buena fe es un principio de carácter general, y que, por lo tanto, no puede limitarse al ámbito estrictamente contractual.

#### **7.4.2.2. Proyectos de Reforma al Derecho Español de Contratos.**

No se puede desconocer el carácter evolutivo del derecho, y la misma se mantiene en constante desarrollo. Considerando los novedosos proyectos a nivel continental que pretenden uniformar el derecho privado, España no se excluye de la misma; existen aún diferentes proyectos que pretenden introducir regulaciones novedosas y acordes a las necesidades de la sociedad actual.

---

<sup>869</sup> Núñez Muñiz, C. (2015) *op. cit.* p. 1640, Cfr. García Rubio, M. P. y Otero Crespo, M. (2010) *op. cit.*, Cfr. TS (Sala de lo Civil) Sentencia RJ\1999\8978 *supra*. Cfr. AP de Salamanca (Sección 1ª) Sentencia núm. 26/2005 de 31 enero AC\2005\181. *Vid. Supra* 5.3.3. La responsabilidad precontractual como extracontractual.

<sup>870</sup> García Rubio, M.P. & Otero Crespo, M. (2010) *op. cit.* pág. 20 haciendo referencia al Boletín Oficial Español (BOE) de 6 de febrero de 2003.

En 2006 se publicó en España una propuesta de Anteproyecto de Ley de modificación del Código de Comercio en su parte general sobre contratos mercantiles, prescripción y caducidad <sup>871</sup>. En cuanto a la contratación electrónica, dicho proyecto señala que el contrato electrónico produce los efectos previstos en el ordenamiento jurídico cuando concurren los requisitos necesarios para su validez, tal como el debido consentimiento de las partes sin que sea necesario un acuerdo previo de las partes. Además, considera suficiente para la satisfacer la exigencia legal de que un contrato o cualquier otra información conste por escrito mientras se contenga en un soporte electrónico. Cabe mencionar que dichos requisitos han sido ampliamente desarrollados en la norma española, particularmente en la Ley 34/2002<sup>872</sup>.

En el mismo se exponen dos preceptos que representan la primera expresión normativa en el derecho positivo español de los deberes propios de la fase preparatoria en la contratación mercantil y que se encontraban desarrollados por la doctrina y la jurisprudencia española gracias al principio de buena fe.<sup>873</sup> Bajo el formato de Reforma se reducen a dos: a. las negociaciones para celebrar un contrato deben ser llevadas a cabo de buena fe y lealtad (51.1) y b. cada una de las partes ha de mantener la confidencialidad sobre la información que recibe de la otra durante el curso de las negociaciones (51.4)<sup>874</sup>.

En otro orden de ideas, los deberes precontractuales se encuentran desarrollados en el denominado “Anteproyecto de nuevo Código Mercantil

---

<sup>871</sup> Alcalde Silva, J. (2011) Comentario Sobre la “Propuesta de la Anteproyecto de Ley de Modificación del Código de Comercio Español en la Parte General sobre Contratos Mercantiles y Sobre Prescripción y Caducidad” Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXXVII (Valparaíso, Chile 2do Semestre de 2011) pp. 32-92, p. 40.

<sup>872</sup> *Idem.* p. 56.

<sup>873</sup> *Idem.* p. 56, Vid. 1258 CCE, y 57 CComE.

<sup>874</sup> *Idem.* p. 57.

(ACME)” en el Libro Cuarto Título I de disposiciones generales<sup>875</sup>. En su capítulo II “De los deberes en la fase preparatoria de los contratos”, se presenta el artículo 412-1 dedicado al deber de confidencialidad y el 412-2 referente a la responsabilidad por los daños causados en la fase preparatoria del contrato y se centra exclusivamente en proporcionar sucintas reglas sobre el deber de confidencialidad, los efectos de su incumplimiento y la responsabilidad por los daños causados en las situaciones allí previstas<sup>876</sup>. En cuanto a este anteproyecto expone Rodríguez de las Heras que:

*“[...] En conjunto, el ACME opta por acometer junto con la modernización de estas normas, el establecimiento de un marco normativo completo que no sólo se detiene en regular las especialidades que exigiría el tráfico mercantil, sino que, bajo el principio de unidad de mercado, dota de homogeneidad a los principios y reglas básicos contractuales, evitando así el recurso al Derecho civil como supletorio [...]”<sup>877</sup>.*

Por otro lado, también hay una iniciativa pretendiendo modernizar el CCE en materia de obligaciones y contratos el cual ha sido elaborado por la Comisión General de Codificación en 2009<sup>878</sup>. Dicho proyecto manejaba dos objetivos primordiales según García Rubio: a) tratar de establecer las reglas que resulten

---

<sup>875</sup>Rodríguez de las Heras Ballell, T. (2015) *op. cit.* p. 1805.

<sup>876</sup>*Idem.*

<sup>877</sup> *Idem.*

<sup>878</sup> García Rubio, M. P. (2010) *La Responsabilidad Precontractual en la Propuesta de Modificación del Derecho de Obligaciones y Contratos* Anuario de Derecho Civil (ADC) 63(4) Tomo LXIII fasc. IV, pp. 1621-1642, p. 1622. *Cfr.* Rivera Restrepo, J. M. (2017). La Propuesta de Modernización del Código Civil Español en materia de Obligaciones y Contratos de la Comisión General de Codificación, Sección Civil, en lo que se refiere al derecho de opción del acreedor por incumplimiento contractual. *Revista de la Facultad de Derecho*, (42), 247-278 p. 251. *Vid.* Dicha comisión tiene sus estatutos aprobados por el Real Decreto 845/2015, de 28 de septiembre. <https://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/es/actividad-legislativa/comision-general-codificacion> (Revisado en fecha: 20/09/2020).



más acordes con las necesidades apremiantes en los tiempos que corren, y b) pretende buscar la mayor aproximación posible del derecho español a los ordenamientos europeos<sup>879</sup>; de esta manera siguiendo la tendencia de los procesos de unificación del derecho comercial internacional en el viejo continente.

Una referencia directa a la responsabilidad precontractual se ha mantenido ausente en el CCE y su análisis doctrinal en el país surge después de los 70's<sup>880</sup>. Dicho proyecto sin mayor detalle, en su art. 1245 referente a las negociaciones estipula lo referente a la libertad contractual, las acciones contrarias a la buena fe y sus consecuencias<sup>881</sup>, señala de manera acertada García Rubio que dicha redacción va en sintonía con lo preceptuado en el Art. 1:102 de los PECL, los arts 2.1.16 UPICC, y dentro del ámbito académico los Arts. II. 3:301, II-3:302 y II-3:501 del DCFR referente a este mismo asunto<sup>882</sup>. De tal manera que dicho proyecto también pretende continuar con los procesos de uniformar el derecho de contratos en el continente.

---

<sup>879</sup> García Rubio, M.P. (2010) *op. cit.* pág. 1623

<sup>880</sup> *Idem.* p. 1623. García Rubio hace referencia en este sentido a autores como Alonso, M. y Manzanares Secades, quienes presentaron sus posicionamientos en ese periodo temporal, sin olvidar que su trabajo ha sido tomado en cuenta para la presente obra.

<sup>881</sup> Proyecto de Reforma CCE: *1. Las partes son libres para entablar negociaciones dirigidas a la formación de un contrato, así como para abandonarlas o romperlas en cualquier momento. 2. En la negociación de los contratos, las partes deberán actuar de acuerdo con las exigencias de la buena fe. 3. Si durante las negociaciones, una de las partes hubiera facilitado a la otra una información con carácter confidencial, el que la hubiera recibido sólo podrá revelarla o utilizarla en la medida que resulte del contenido del contrato que hubiera llegado a celebrarse. 4. La parte que hubiera procedido con mala fe al entablar o interrumpir las negociaciones será responsable de los daños causados a la otra. En todo caso, se considera contrario a la buena fe entrar en negociaciones o continuarlas sin intención de llegar a un acuerdo. 5. La infracción de los deberes de que tratan los apartados anteriores dará lugar a la indemnización de daños y perjuicios. En el supuesto del apartado anterior, la indemnización consistirá en dejar a la otra parte en la situación que tendría si no hubiera iniciado las negociaciones.*

<sup>882</sup> García Rubio, M.P. (2010) *op. cit.* pág. 1625.



### **7.4.3. Regulación de la materia en el resto de Europa.**

Era importante hacer cierto énfasis en la regulación alemana y su posición particular en cuanto a la CIC considerando que es la cuna de la misma, y por otro lado considerando el gran énfasis de la presente obra en la normativa española, era necesario dedicarle un apartado completo al mismo. Ahora bien, en muchos otros estados se han planteado soluciones a controversias de esta naturaleza.

Los redactores del DCFR al presentar su amplio estudio del derecho de contratos lograron identificar que la CIC ha sido regulada en el CC griego de 1940 en sus arts. 197 y 198, en la ley de obligaciones de Eslovenia art. 20, el CC portugués en su art. 227, el CC italiano la introduce en su art. 1337, la ley de obligaciones búlgara en su art. 12 imponen a las partes un deber de actuar conforme a la buena fe cuando se desea concluir un contrato<sup>883</sup>.

Por otro lado, en el derecho francés y belga se regula una responsabilidad delictual en el art. 1382 del CC francés en casos de rompimiento abrupto de las negociaciones. En el caso polaco, se regulan las negociaciones contrarias a la buena fe en el art. 72.2 del CC polaco<sup>884</sup>.

Por lo que, de lo antes expuesto, se aprecia que la problemática en estudiada en la presente obra si bien no encuentra una regulación totalmente uniforme, se ha pretendido regular de manera acorde en la historia reciente. De tal

---

<sup>883</sup> Von Bar, C., Clive, E., Schulte-Nölke, H. (Eds.) (2009) Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR) Prepared by the Study Group on a European Civil Code and the Research Group on EC Private Law (Acquis Group) Full Version 2008 p. 273 y 274 Accesible en: [http://www.transformacje.pl/wp-content/uploads/2012/12/european-private-law\\_en.pdf](http://www.transformacje.pl/wp-content/uploads/2012/12/european-private-law_en.pdf) (08/30/2020) . Cfr. Monsalve Caballero (2010) *op. cit.* pág. 56 citando el Código Civil Griego artículos 197 y 198 el *Codice Civile italiano* la consagra en los artículos 1337 y 1338, el portugués en su artículo 227.

<sup>884</sup> Von Bar, C., Clive, E., Schulte-Nölke, H. (Eds.) (2009) *op. cit.* p. 274.

manera y como se expondrá más adelante, los estudios en esta materia ya están siendo estudiados fuera del mundo occidental.

### **7.5. Comercio internacional en el dragón asiático: Desarrollo de la Culpa *in Contrehando* en China.**

La influencia europea en materia de derecho contractual es innegable, los proyectos más ambiciosos de referentes a la denominada *lex mercatoria* y la unificación del derecho de contratos se ha desarrollado en su mayoría en Europa continental en los países de tradición civil, mientras que la influencia inglesa ha primado en los países de tradición anglosajona.

En las siguientes líneas, se desarrollará en detalle el contexto en una de las grandes potencias actuales del mundo, tal y como lo ha demostrado en las últimas décadas la República Popular de China; nación que poco a poco ha incorporado elementos de una sociedad capitalista en una sociedad tradicionalmente comunista con mayor apertura a la inversión extranjera<sup>885</sup>. De tal manera que el presente apartado germina en la curiosidad de indagar un poco en el contexto chino y estudiar en mayor medida como se desarrolla su normativa en materia de contratos y responsabilidad precontractual.

#### **7.5.1. Contexto del comercio en China**

Los países orientales han tenido un crecimiento impresionante, Singapur, Corea del Sur y Japón son ahora grandes ejemplos de desarrollo en los últimos

---

<sup>885</sup> Liukkunen, U. (2020). Chinese context and complexities—comparative law and private international law facing new normativities in international commercial arbitration. *Ius comparatum*. p. 3. Accesible en: [https://helda.helsinki.fi/bitstream/handle/10138/328268/Chinese\\_context\\_and\\_complexities\\_Ulla\\_Liukkunen\\_2322019\\_1\\_.pdf?sequence=1](https://helda.helsinki.fi/bitstream/handle/10138/328268/Chinese_context_and_complexities_Ulla_Liukkunen_2322019_1_.pdf?sequence=1) (Consultado en fecha 15/04/2021).

70 años<sup>886</sup>. En esta ocasión se hará énfasis en el gran “dragón asiático”, la República Popular de China, la cual ahora es potencia mundial. Desde que China inició su giro hacia el capitalismo en 1978, el país ha venido creciendo a un promedio del 9% anual, y nada hace prever que su ritmo de crecimiento baje significativamente en los próximos años<sup>887</sup>. Gran parte de su éxito ha sido producto de una exitosa privatización gradual de una economía regulada por el Estado que continúa hasta la actualidad. Este cambio controlado que ha tenido China ha sido un modelo de gestión económica<sup>888</sup>.

Las empresas estatales chinas eran ineficientes y muchas quedaron en bancarrota, a tal grado que se redujeron a la mitad. Las que lograron mantenerse, comenzaron a ser gestionadas y dirigidas como empresas cotizadas para mejorar su administración logrando un aumento sustancial en la eficiencia. Esta reducción de las empresas estatales ineficientes y la rápida mejora en el funcionamiento de las restantes habría generado grandes ganancias económicas para la nación china<sup>889</sup>.

De esta manera, gracias a la liberalización económica de China, se observa en la actualidad un gran apoyo estatal hacia iniciativas empresariales las cuales continúan teniendo dependencia estatal desarrollando un modelo

---

<sup>886</sup> Gómez Ramos, E. L., Gómez Chinas, C., & Jaime Camacho, D. (2021). Las tecnologías de la información y la comunicación como determinantes en el modelo de crecimiento de Corea del Sur: perspectivas hacia una alianza comercial con México. *México y la cuenca del pacífico*, 10(28), 71-92, p. 87.

<sup>887</sup> Vid. Oppenheimer, A. (2013). *Cuentos Chinos: El engaño de Washington, la mentira populista y la esperanza de América Latina*. Debolsillo.

<sup>888</sup> Smith, D. (2010). *The dragon and the elephant: China, India and the new world order*. Profile Books first ed., p. 100.

<sup>889</sup> *Idem*. p. 100.

hibrido único de un Estado socialista que ha buscado priorizar el crecimiento económico y el comercio con todo el resto del mundo<sup>890</sup>.

El éxito de las naciones asiáticas es visible al observar el protagonismo que han tomado las grandes empresas asiáticas a nivel mundial, como ser Huawei (Corea), Nintendo (Japón), Alibaba (China). Lo antes expuesto crea varias interrogantes al momento de estudiar los diferentes elementos del derecho contractual. ¿Cuáles han sido las claves del éxito de estos países para crear las condiciones óptimas para el comercio electrónico que permita un desarrollo integral de la economía de sus Estados?

A partir de esta pregunta surge cierto interés de estudiar la regulación de la contratación comercial internacional en países de gran potencial económico en el Oriente. Claro está que no se hará énfasis necesariamente en aspectos macroeconómicos o sociopolíticos; en este apartado se desea desarrollar un análisis del derecho contractual en la República Popular de China. Lo anterior a fin de salir un poco de la óptica occidental del derecho comercial internacional y adentrarse en culturas con una cosmovisión diferente.

En esta línea de ideas, y comenzando a adentrarnos en este tema, la República de China ha desarrollado tres principios o políticas de comercio exterior<sup>891</sup>:

La primera consiste en una política de independencia y de mantener la iniciativa en sus propias manos. La misma es resultado directo de la experiencia de China durante el período de control extraterritorial. Este país siempre busca prevenir cualquier comprometimiento de su soberanía. Por lo

---

<sup>890</sup> Vid. Otero-Iglesias, M., & Vidal Muñoz, E. (2020). Las estrategias de internacionalización de las empresas chinas. *Documentos ocasionales/Banco de España*, p. 11, 12, 24. Accesible en: <https://repositorio.bde.es/bitstream/123456789/10460/1/do2015.pdf> (Consultado 20/04/2021).

<sup>891</sup> Watkins, R. (1980). "Analysis of Chinese Contractual Policy and Practice". *An. Wayne L. Rev.*, 27, 1229-1258. p. 1235

tanto, en el comercio exterior, ellos consideran sus propias necesidades y deseos independientes de presiones foráneas. Todo el comercio exterior será desarrollado sólo después de la consideración cuidadosa de su efecto sobre los intereses y las prácticas de la República Popular<sup>892</sup>.

Este evidente nacionalismo es visible al entrar a internet en territorio chino, ya que las grandes redes sociales norteamericanas se encuentran bloqueadas en dicha nación. De tal manera que, la compañía china *TENCENT* desarrolló el servicio de mensajería “WeChat” el cual cubre las mismas funciones de aplicaciones como ser “Whatsapp” o “Facebook”, además, mediante dicha aplicación, se ha desarrollado un mecanismo de pago mediante código QR donde hasta en el mercado más humilde se puede pagar mediante WeChat<sup>893</sup>. De igual manera, *Alibaba* presentó su servicio de “*Alipay*”<sup>894</sup>. En dicha nación, ni siquiera se usa Google como buscador, si no que se introdujo el buscador “*Baidu*”<sup>895</sup>. Por tanto, se observa la importancia que se le da a la independencia china de influencias extranjeras al momento de desarrollar sus políticas económicas.

Ahora bien, a pesar de la posición antes detallada, existe una “Política de igualdad y ventaja mutua”<sup>896</sup>. En este sentido, se plantea que las negociaciones serán como “una relación entre amigos caracterizada por la sinceridad” o “entre pares”. Esto es un concepto inusual en el comercio internacional, donde las partes utilizan su posición en el mercado a su ventaja. Los comerciantes chinos

---

<sup>892</sup> Watkins, R. (1980) *op. cit.* p. 1235.

<sup>893</sup> *Vid.* Wu, J., & Wan, Q. (2014). From Wechat to we Fight: Tencent and China Mobile's Dilemma. In *PACIS* (p. 265).

<sup>894</sup> Lihua, H., Hu, G., & Lu, X. (2009). E-business ecosystem and its evolutionary path: the case of the Alibaba group in China. *Pacific Asia Journal of the Association for Information Systems*, Vol. 1 (4), pp.. 25-36, p. 29.

<sup>895</sup> Jiang, M. (2014). The business and politics of search engines: A comparative study of Baidu and Google's search results of Internet events in China. *New media & society*, 16(2), 212-233 p. 215.

<sup>896</sup> Watkins, R. (1980) *op. cit.* p. 1236.

probablemente no negociarían en el mercado si ellos sintieran que ellos se encuentran en una posición de debilidad<sup>897</sup>.

Por último, plantean una “Política de tener en consideración la práctica internacional”: Esta política parece contradecir la política de independencia, sin embargo, esto es el reconocimiento por los chinos que para satisfacer sus proyectos ellos también deben equilibrar sus necesidades con las prácticas y las necesidades del mercado. En otras palabras, cada parte en conflicto debe intentar ver el conflicto desde la posición de la parte contraria. Colocando estos intereses en conjunción con sus propias preocupaciones, las partes deben crear una solución independiente a través de la negociación y el compromiso<sup>898</sup>.

Como se puede observar, nuestra región puede aprender mucho de estos planteamientos y obtener elementos que puedan aportar a las políticas económicas de nuestras naciones. No obstante, siempre se tendrán que tener en consideración muchos otros elementos endémicos de nuestra región que son parte de las sociedades latinoamericanas.

### **7.5.2. Formación del contrato y Responsabilidad precontractual en la norma china, presente y futuro.**

Una vez desarrollados múltiples argumentos que acreditan el crecimiento económico del gigante asiático además de los diferentes modelos económicos a los que han apostado, se introduce ahora una exposición de su norma relativa al derecho de contratos. En tal sentido se considera pertinente hacer referencia a como ha sido la regulación en los últimos 20 años concluyendo

---

<sup>897</sup> Watkins, R. (1980) *op. cit.* p. 1236.

<sup>898</sup> *Idem.*

con una comparación con el ambicioso Código Civil de la RPC que entró en vigencia en enero 2021.

Ahora bien, en cuanto a la responsabilidad precontractual, cabe mencionar que, si ha sido discutido por los juristas chinos, y presentan una serie de requisitos indispensables para que pueda entrar en juego esta figura. La misma se presenta en el “PRC Contract Law” de 1999 y se encuentra regulado en sus artículos 42<sup>899</sup> y 43<sup>900</sup> de forma indirecta haciendo referencia al desarrollo del interés negativo o *reliance interest* desarrollado en instrumentos como ser los UPICC y los PECL entre otros instrumentos<sup>901</sup>

En primer término, la doctrina China presente como primer requisito para la figura en estudio que entre las partes debe existir la intención manifiesta de querer contratar y que se haya realizado un acercamiento entre las partes acreditando sus pretensiones. A partir de este requisito, el siguiente requiere que se incumpla una obligación precontractual por una de las partes y que exista una pérdida considerable para la otra<sup>902</sup>.

En cuanto a las reparaciones por casos en los que se considera que existe responsabilidad precontractual, la ley china no contenía un estándar resarcitorio claro, generalmente se tiene como remedio inmediato la

---

<sup>899</sup> Article 42 In the course of negotiations, the party that falls under any of the following circumstances, thus causing losses to the other party, shall be liable for the losses: (1) pretending to conclude a contract and negotiating in bad faith; (2) deliberately concealing important facts relating to the contract conclusion or providing false information; or (3) taking any other act contrary to the principle of good faith.

<sup>900</sup> Article 43 Neither party may disclose or improperly use business secrets obtained in the course of concluding a contract, no matter if the contract is established or not. The party that discloses or improperly uses such business secrets, thus causing loss to the other party shall be liable for the loss.

<sup>901</sup> Shuyuan, H. (2014). *Culpa In Contrahendo In Chinese Contract Law*. *Tsinghua China Law Review*, 157- 170 p. 167.

<sup>902</sup> Shuyuan, H. (2014). *op. cit.*, p. 165.

compensación como indemnización<sup>903</sup>. El artículo 113(1) adopta la regla de la “forceability” o previsibilidad para la responsabilidad contractual, y es la regla preferida para atender casos de culpa *in contrahendo* en la práctica judicial. También se ha tomado en consideración la “adecuación” en relación a los gastos incurridos por la parte dañada para calcular daños por incumplimiento de obligaciones precontractuales en un menor grado<sup>904</sup>.

Es interesante esta óptica a partir de la norma china, la cual ha tenido mucha influencia europea, principalmente de Alemania e Italia y representa un antecedente importante en el continente asiático<sup>905</sup>.

Ahora bien, es importante exponer que el 1 de enero de 2021 entró en vigencia el nuevo Código Civil chino, (*Civil Code of the People’s Republic of China*) el cual fue adoptado en fecha 28 de mayo 2020<sup>906</sup>. Dicho código ha incluido unos apartados nuevos dedicados a la formación de contratos electrónicos (491 para 2) y la ejecución de los mismos (512)<sup>907</sup>. El art. 491.2 estipula que, si la información del producto o servicios publicado por una de las partes a través

---

<sup>903</sup> Shuyuan, H. (2014). *op. cit.* p. 167 haciendo referencia a los arts. 42, 43 y 58 de ley de contratos china de 1999.

<sup>904</sup> *Idem.* p. 167.

<sup>905</sup> *Idem.* p. 166.

<sup>906</sup> 2020 NPC Session: A Guide to China’s Civil Code (Updated) Civil Code of the People’s Republic of China (adopted May 28, 2020, effective Jan. 1, 2021). Cfr. Szpotakowski, I. (2020). The New Chinese Civil Code and its contribution to Sustainable Development. *Transformacje Prawa Prywatnego*, 3, 233-246, p. 239 y 245.

<sup>907</sup> CCC Article 512: *If the subject matter of an electronic contract concluded through an information network such as the Internet is the delivery of goods and the delivery is carried out by express logistics, the time of receipt by the consignee shall be the delivery time. If the object of the electronic contract is to provide services, the time specified in the generated electronic voucher or physical voucher is the service time; if the foregoing voucher does not specify the time or the time is inconsistent with the actual service time, the actual service time Prevail. The subject matter of the electronic contract is delivered by online transmission. The time when the subject matter of the contract enters the specific system designated by the other party and can be retrieved and identified is the delivery time. If the parties to an electronic contract have otherwise agreed on the method and time for delivering goods or providing services, such agreement shall be followed.* Traducción libre, versión original en mandarín accesible en: [http://www.xinhuanet.com/politics/2020-06/01/c\\_1126061072\\_3.htm](http://www.xinhuanet.com/politics/2020-06/01/c_1126061072_3.htm) (revisado en fecha 23/09/2020).



de internet u otras tecnologías cumple las condiciones de la oferta, el contrato se formalizará cuando la otra parte escoge ese producto o servicio y envía con éxito el pedido, salvo acuerdo en contrario de las partes<sup>908</sup>.

Por otro lado, en cuanto al principio de buena fe, hay tres menciones en su apartado dedicado a los contratos, primero en el 466.2<sup>909</sup>, 500 y 509<sup>910</sup>. Ahora bien, hay que resaltar que es el art. 500 el que hace referencia a la responsabilidad durante las negociaciones y su redacción contiene elementos de la redacción propuesta en instrumentos de soft law europeas como ser:1:201 de los PECL, los arts 2.1.15 UPICC, y dentro del ámbito académico los Arts. II. 3:301, y II-3:501 del DCFR. El art en mención tiene la siguiente redacción:

---

<sup>908</sup> CCC Article 491: 1. *Where the parties enter into a contract in the form of letters, data messages, etc. and require the signing of a confirmation letter, the contract shall be established when the confirmation letter is signed. 2. If the product or service information released by one of the parties through the Internet or other information networks meets the conditions of the offer, the contract shall be established when the other party selects the product or service and successfully submits the order, unless otherwise agreed by the parties.* Traducción libre, versión original en mandarín accesible en: [http://www.xinhuanet.com/politics/2020-06/01/c\\_1126061072\\_3.htm](http://www.xinhuanet.com/politics/2020-06/01/c_1126061072_3.htm) (revisado en fecha 23/09/2020).

<sup>909</sup> CCC Article 466: 1. *If the parties have a dispute over the understanding of the contract terms, the meaning of the disputed terms shall be determined in accordance with the provisions of the first paragraph of Article 142 of this law. 2. If the text of the contract is concluded in two or more languages and the agreement has the same effect, the words and sentences used in each text are presumed to have the same meaning. If the words and sentences used in the various texts are inconsistent, the interpretation shall be based on the relevant clauses, nature, purpose and principle of good faith in the contract.*

<sup>910</sup> CCC. Chapter IV Performance of Contract: Article 509 *The parties shall fully perform their obligations in accordance with the agreement. The parties shall abide by the principle of good faith, and perform the obligations of notification, assistance, and confidentiality in accordance with the nature, purpose and trading habits of the contract. In the process of performing the contract, the parties shall avoid wasting resources, polluting the environment and destroying the ecology.* Versión original en mandarín accesible en: [http://www.xinhuanet.com/politics/2020-06/01/c\\_1126061072\\_3.htm](http://www.xinhuanet.com/politics/2020-06/01/c_1126061072_3.htm) (revisado en fecha 23/09/2020).

Art. 500: *En el proceso de celebración de un contrato, una parte será responsable de la indemnización si una de las siguientes situaciones causa pérdidas a la otra parte*<sup>911</sup>:

- a. *La celebración de un contrato bajo la apariencia de negociación dolosa*<sup>912</sup>;
- b. *Ocultar deliberadamente hechos importantes relacionados con la celebración del contrato o proporcionar información falsa*<sup>913</sup>;
- c. *Otros actos que violan el principio de la buena fe.*

Por otro lado, en el 501 se encuentra un apartado dedicado al deber de confidencialidad contractual, la cual debe ser protegida en la etapa de formación del contrato y en su ejecución<sup>914</sup>. Cabe mencionar que dicha redacción es similar a la propuesta en los UPICC Art. 2.1.16 y el 2:302 de los PECL, con la única diferencia de que la propuesta del CCC hace referencia a todo el iter contractual mientras que los UPICC y PECL se limitan a la etapa precontractual.

Conforme al articulado antes expuesto, se observa la tendencia del legislador chino a tomar insumos no solo de las legislaciones nacionales como lo hizo en periodos anteriores, en la redacción del nuevo código se fundamenta más en los diferentes instrumentos de soft law en búsqueda de una mayor uniformidad bajo la filosofía expansionista china bajo la *Digital Belt And Road*<sup>915</sup> que

---

<sup>911</sup> Vid. 1:102 de los PECL, los arts 2.1.16 UPICC, y dentro del ámbito académico los Arts. II. 3:301, II-3:302 y II-3:501 del DCFR referente a este mismo asunto.

<sup>912</sup> Vid. Dolo 3.2.5 -3.2.7 PECL 4: 107 Fraud.

<sup>913</sup> Vid. Misrepresentation y el error 3.2.1 - 3.2.4, PECL 4:103 Fundamental Mistake 4:104.

<sup>914</sup> CCC. Article 501: *Regardless of whether the contract is established or not, the trade secrets or other information that should be kept secret that the parties have learned in the process of concluding the contract shall not be disclosed or used improperly; the trade secret or information is disclosed or improperly used, causing losses to the other party, should be liable for compensation.*

<sup>915</sup> Guo, H., Liu, J., Qiu, Y., Menenti, M., Chen, F., Uhlir, P. F., Zhang, L. Van Genderen, J., Liang, D. Natarajan, I., Zhu, L. & Liu, J. (2018). The Digital Belt and Road program in support of regional sustainability. *International Journal of Digital Earth*, 11(7), 657-669 p. 658, 659, p. 658.

pretende facilitar las relaciones comerciales del gigante asiático con tanto con economías emergentes como con potencias en crecimiento. Así expandiendo su imperio comercial a todos los rincones del mundo.

Desde un punto de vista estrictamente comercial, RPC ha presentado a lo largo de los años una propuesta única que le ha valido para ser una de las grandes potencias económicas en la actualidad. En la vigente era digital es innegable la influencia del dragón oriental en el mundo por sus grandes innovaciones tecnológicas, es por eso que se ha tomado en consideración su cultura y manera de hacer negocios para el presente trabajo esperando que las conclusiones acá expuestas puedan representar un insumo interesante para la academia y, siendo algo ambiciosos, a diferentes Estados que pretenden reformar su normativa comercial a fin de crear la infraestructura legal necesaria para facilitar las relaciones comerciales en la red y nivel mundial.

## **7.6. Conclusiones.**

La *lex mercatoria* representa una realidad latente en el ámbito del comercio internacional en la sociedad actual reinada por la innovación tecnológica donde la información tiene un valor incalculable y su desarrollo se ha convertido en una prioridad tanto y esto se ha evidenciado por los diferentes instrumentos que pretenden uniformar el derecho de contratos en diferentes regiones del mundo, siendo Europa el continente con más trabajos en la materia; ya sea dentro de la Unión Europea por medio sus reglamentos como ser el de Roma II o Bruselas Bid I o a través de otras iniciativas institucionales como ser los DCFR.

La CISG mantiene su importancia tanto en la práctica judicial como en la academia, sin perjuicio de la existencia de muchas más opciones en el *soft law*

como ser los UPICC y los PECL los cuales siempre tienen su protagonismo en la práctica comercial como en la academia a nivel mundial.

A nivel estatal, las soluciones existentes en el marco de la responsabilidad precontractual varían y son bastante heterogéneas, y se han adecuando conforme a las diferentes realidades jurídicas y sociales de cada Estado tal y como fue en el caso alemán y los países con sistema de derecho común como lo es Reino Unido.

Lo importante de este capítulo es que se acredita que se continúan realizando esfuerzos encaminados a la uniformidad y modernización del derecho de contratos y de obligaciones. Cabe mencionar que al menos en cuanto a la regulación de la etapa precontractual ya existen líneas claras de su desarrollo. Se ha priorizado la determinación e identificación de los principales deberes precontractuales como el deber de información y en cuanto a la determinación de la existencia de CIC, muchos instrumentos han optado por una redacción en la que se hace referencia a “acciones contrarias a la buena fe”.

Con la presentación de los PLDC en la región latinoamericana en años recientes por parte de la academia, se espera que dicha iniciativa logre sembrar la semilla en los Estados latinoamericanos a fin de que se pueda continuar con el proceso para unificar el derecho de contratos y contratación electrónica en nuestra región. No obstante, para lograr este objetivo, se deberá tomar en consideración las particularidades históricas y culturales de nuestras sociedades.

**TERCERA PARTE: REVOLUCION TECNOLÓGICA Y EL FUTURO DEL ESTUDIO DE LA ETAPA PRECONTRACTUAL HACIA EL FUTURO.**

### **VIII. Consideraciones Relativas a los Smart Legal Contracts y su Formación**

En el presente capítulo se continuará con el estudio del concepto de economía de plataformas o economía colaborativa<sup>916</sup> que ha ido tomando fuerza en el mercado global el cual se mantiene dominado por titanes de la tecnología y la información como lo son Apple, Amazon o Google. De igual manera se desglosará el concepto de la tecnología *Blockchain*, misma que ha venido a revolucionar los mercados y las maneras en las que las personas hacen negocios. En consecuencia, el académico del derecho especializado en materia de comercio electrónico, y la influencia de las nuevas tecnologías en el derecho se ha dedicado a estudiar este fenómeno y sus diferentes facetas mismas que serán repasadas en las siguientes líneas.

La economía colaborativa o *sharing economy* se refiere a transacciones entre particulares<sup>917</sup>. Lehdonvirta et. Al., hacen referencia a la similitud de la economía de plataformas y la economía de plataformas, y que los mismos son usados casi como sinónimos, no obstante, también exponen que la diferencia entre estos radica en que la economía de plataformas también refiere a transacciones comerciales<sup>918</sup>.

En este modelo, el suministro de capital y trabajo viene de multitudes descentralizadas en vez de entidades estatales o corporativas. Estos participantes individuales están organizados en plataformas digitales que se

---

<sup>916</sup> Finck, M. (2018). *op. cit.* p. 3.

<sup>917</sup> Lehdonvirta, V., Kässi, O., Hjorth, I., Barnard, H., & Graham, M. (2019). The global platform economy: A new offshoring institution enabling emerging-economy microproviders. *Journal of Management*, 45(2), 567-599, p. 569.

<sup>918</sup> *Idem.* p. 569.

adaptan a la oferta y demanda, y realizan varias funciones de naturaleza gerencial como el control de calidad<sup>919</sup>.

La Comisión Europea ha conceptualizado las plataformas como empresas que operan en dos (o múltiples) mercados, usando el internet para permitir interacciones entre dos o más grupos de usuarios distintos pero interdependientes con el fin de generar valor para al menos uno de ellos<sup>920</sup>, además son proveedores de mecanismos de gobernanza sofisticada que son esenciales para el funcionamiento de los mercados digitales en la actualidad<sup>921</sup>. Plataformas como *Airbnb*, *TaskRabbit*, y *Uber* evidencian la flexibilidad y éxito que ha tenido este fenómeno en el mercado global, mismas que han crecido gracias a la digitalización de productos servicios, y procesos empresariales<sup>922</sup> potencializado por los *Smartphones* y el uso de “apps”<sup>923</sup>.

Otro elemento determinante en el desarrollo de estas nuevas modalidades y apertura a un mercado digital evolucionado han sido también las redes distribuidas, las cuales han dado la apertura a nuevas maneras de hacer negocios y que han permitido el desarrollo de algunas otras figuras que han surgido bajo este contexto que poco a poco se va apoderando de los mercados a nivel mundial. En tal sentido, a fin de comprender la naturaleza de los *Smart*

---

<sup>919</sup> Lehdonvirta, V., Kässi, O., Hjorth, I., Barnard, H., & Graham, M. (2019) *op. cit.* p. 569

<sup>920</sup> Finck, M. (2018). *op. cit.* p. 4 citando a European Commission, ‘Public Consultation on the Regulatory Environment for Platforms, Online Intermediaries, Data and Cloud Computing and the Collaborative Economy’ (2015) 5, <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/public-consultation-regulatoryenvironmentplatforms-online-intermediaries-data-and-cloud>.

<sup>921</sup> Busch, C. (2020). *op. cit.* p. 134.

<sup>922</sup> Busch, C., Schulte-Nölke, H, Wiewiórowska-Domagalska, A., Zoll, F. (2016). The rise of the platform economy: a new challenge for EU Consumer Law *Journal of European Consumer and Market Law, Issue 1/2016* pp. 3-09. Cfr. Montalban, M., Frigant, V., & Jullien, B. (2019). Platform economy as a new form of capitalism: a Régulationist research programme. *Cambridge Journal of Economics*, 43(4), 805-824, p. 805.

<sup>923</sup> Montalban, M., Frigant, V., & Jullien, B. (2019) *op. cit.* p. 805.

*Contracts* será necesario detallar una serie de conceptos importantes dentro de la economía de plataformas, como lo es la tecnología *Blockchain*.

### **6.1. Introducción al concepto de las redes distribuidas (*Distributed Ledger Technologies*), la Tecnología “Blockchain” y su evolución.**

Esta tecnología se basa en tres elementos esenciales: cadenas de bloques, criptografía y mecanismos descentralizados de consenso<sup>924</sup>. La tecnología de registros distribuidos o *distributed ledger technology* (DLT) parte de una base de datos de la que existen múltiples copias idénticas distribuidas entre varios participantes que las gestionan, las cuales se actualizan de manera sincronizada por consenso de las partes<sup>925</sup>.

A su vez, los registros distribuidos o DLT se diferencian de las bases de datos distribuidas tradicionales en el procedimiento de actualización. Mientras en la base de datos distribuida tradicional, los participantes confían unos en otros y colaboran para mantener la consistencia de los datos, en una DLT no existe confianza total entre las partes por lo que implementa un mecanismo de consenso para verificar los registros antes de compartirlos<sup>926</sup>. Por lo cual, todos los participantes deben dar su visto bueno para realizar una acción.

---

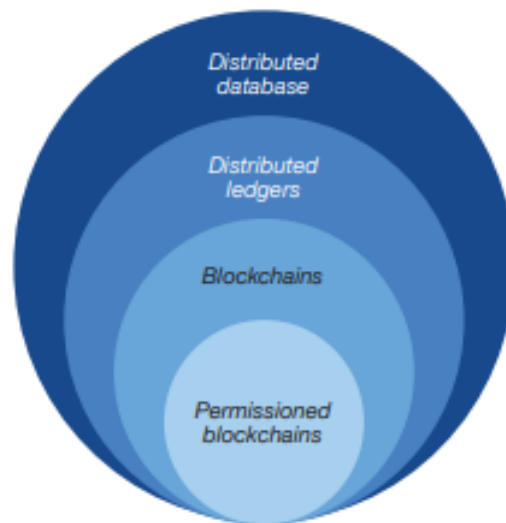
<sup>924</sup> Feliu Rey, J. (2018). “Smart Contract: concepto, ecosistema y principales cuestiones de Derecho privado”. 2018. *La Ley Mercantil*, nº 47, 1-27, p. 15

<sup>925</sup> Romero Ugarte, J. L. (2018). Tecnología de registros distribuidos (DLT): una introducción. *Boletín económico/Banco de España [Artículos]*, n. 4, 2018, 12 p.1. Accesible en: <https://repositorio.bde.es/bitstream/123456789/8390/1/beaa1804-art26.pdf> (Revisado en fecha 01/01/2021).

<sup>926</sup> Romero Ugarte, J. L. (2018) *op. cit.* p. 1



Figura 5



927

Por medio de la figura anterior, se presenta la relación entre los conceptos a los que se ha hecho referencia. De tal manera, se observa que la tecnología *Blockchain* tiene su base en registros distribuidos o DLT; y estas a su vez son casos particulares de bases de datos distribuidas con mecanismos de consenso. De igual manera, dentro del *Blockchain* Ugarte identifica dos categorías, en función de si el acceso a la misma resulta abierto o restringido<sup>928</sup>.

Ahora bien, la tecnología *Blockchain*, como concepto, es relativamente reciente, el mismo fue creado por una persona o un grupo de personas bajo el

---

<sup>927</sup> Romero Ugarte, J. L. (2018) *op. cit.* p. 2, FUENTE: Global blockchain benchmarking study, Cambridge Center for Alternative Finance.

<sup>928</sup> *Idem.* p. 2

seudónimo de Satoshi Nakamoto en 2008<sup>929</sup>. Guillaume F. la describe como una de las tecnologías más disruptivas en décadas y considera que es presumiblemente tan revolucionario como el internet<sup>930</sup>. En esencia, un blockchain o cadena de bloques es un registro de transacciones, el cual está a su vez fragmentada en bloques secuenciales de información, los cuales están vinculados entre sí por medio de algoritmos cartográficos<sup>931</sup>.

Por medio de ella se han desarrollado muchos instrumentos novedosos, siendo uno de ellos, los denominados *smart contracts* o contratos inteligentes. Como se mencionó en el apartado anterior, la tecnología *Blockchain* está conformada de bases de datos descentralizadas, mantenidas por una red distribuida de computadoras o nodos. En ella se mezclan una variedad de tecnologías diferentes incluyendo redes peer-to-peer, criptografía (*public-private key cryptography*), algoritmos de consenso, las cuales permiten el intercambio seguro de información entre dos partes y garantizar la integridad del contenido de un mensaje, y mecanismos de consenso para crear un tipo nuevo de base de datos<sup>932</sup>; permitiendo de esta manera, realizar transacciones entre dos agentes sin la necesidad de intermediarios<sup>933</sup>.

---

<sup>929</sup> Davidson, S., De Filippi, P., & Potts, J. (2016). Economics of blockchain, Public Choice Conference, May 2016, Fort Lauderdale, United States. p. 7. Vid. De Filippi, P., & Wright, A. (2018) "*Blockchain and the Law: The Rule of Code*". Harvard University Press ProQuest Ebook Central, p. 20.

<sup>930</sup> Guillaume, F. (2019) *Chapter 3. Aspects of private international law related to blockchain transactions*. Kraus, D., Obrist, T., & Hari, O. *Blockchains, smart contracts, decentralised autonomous organisations and the law*. Edward Elgar Publishing, pp. 49-82, p. 49.

<sup>931</sup> Romero-Aguilar, R. (2019). Entendiendo el blockchain. Documento de Trabajo SECMCA-01-2019 No. 1, diciembre de 2019 *Consejo Monetario Centroamericano. Costa Rica*, p. 3. Accesible en: <http://www.secmca.org/wp-content/uploads/2019/12/Blockchain.pdf> (Consultado en fecha: 15/04/2021).

<sup>932</sup> De Filippi, P., & Wright, A. (2018) *op. cit.*, p. 13. Cfr. Romero Ugarte, J. L. (2018) *op. cit.* p. 3.

<sup>933</sup> Téllez Ordoñez, L. A., Ruiz Niviayo, E. J., & Rodríguez Molano, J. I. (2019). Approach to Blockchain and Smart Contract in Latin America: Application in Colombia. In *Workshop on Engineering Applications* pp. 500-510, p. 500.

Cada transacción se registra en un bloque, dicho bloque no puede ser modificado y cada uno de estos bloques va formando una cadena, la cual lleva todo el tracto de los movimientos de capital (generalmente mediante criptomonedas) que se han realizado. Añade Panagiotis<sup>934</sup>, que la tecnología *Blockchain* está basada en cinco principios<sup>935</sup>:

1. Es una base datos distribuida; en principio cada parte tiene acceso a la base de datos completa y su historial sin un control central de la información.
2. Transmisión P2P o entre pares, cada nodo guarda y transmite información a los demás nodos.
3. Transparencia por medio de seudónimos y criptografía, donde cada transacción es visible para todos los que tienen acceso al sistema. Cada usuario tiene una dirección única alfanumérico como identificación el cual les permite mantenerse en el anonimato si así lo desean.
4. Irreversibilidad de los registros, los cuales se mantienen inmutables ya que se encuentran conectados con todas las transacciones anteriores. Algoritmos especiales son creados para garantizar que los registros se encuentran debidamente resguardados, ordenados y accesibles para todos los usuarios de la red.
5. Existe una amplia lógica computacional, en virtud que las transacciones son programadas, permitiendo al usuario usar los algoritmos y reglas para ejecutar transacciones entre nodos.

Es importante mencionar que países como Estados Unidos han legislado en favor de la tecnología blockchain, notablemente en Estados como Arizona,

---

<sup>934</sup> Panagiotis, D. (2019) *Chapter 4. When disruptive meets streamline: international standardization in blockchain*. Kraus, D., Obrist, T., & Hari, O. *Blockchains, smart contracts, decentralised autonomous organisations and the law*. Edward Elgar Publishing, pp. 83-100.

<sup>935</sup> *Idem*. p. 90, 91.

Delaware, Nevada, Tennessee y Wyoming<sup>936</sup>; conforme a datos del *International Bar Association*, las proyecciones de inversión en tecnología Blockchain crecerá entre US\$ 41 y 60 billones de dólares para 2025<sup>937</sup> por lo que se puede observar que el uso y desarrollo de esta tecnología va en aumento.

En Reino Unido se ha llevado esta tecnología a una estrategia nacional, mientras que en Suiza, se cuenta con campañas especializadas en cuanto a su uso como Bancorp, Melonport que hacen del país un epicentro para el desarrollo económico y tecnológico<sup>938</sup>. Cabe mencionar que la Comisión Europea ha patrocinado la construcción del “EU Blockchain Observatory & Forum”<sup>939</sup> cuyo objetivo es acelerar la innovación y desarrollo de un ecosistema adecuado en la Unión Europea y consecuentemente consolidar a Europa como líder mundial en la implementación de dicha tecnología<sup>940</sup>. En su informe *EU Blockchain Ecosystem latest Developments* dicha Comisión concluye que el ecosistema europeo está creciendo considerablemente gracias a las iniciativas

---

<sup>936</sup> Grenon, S. (2019) *Codifying code? Evaluating US smart contract legislation*, Legal Policy & Research Unit International Bar Association (IBA), London p. 6. Vermont aprobó la Bill Status H868 (<https://legislature.vermont.gov/statutes/section/12/081/01913>), en el Estado de Nevada se regula en la Senate Bill No. 398 (<https://legiscan.com/NV/text/SB398/id/1626453>) el cual modificaba el *Uniform Electronic Transactions Act*. En Delaware se aprobó la Senate Bull 69: An Act to amend Title 8 of the Delaware Code relating to the General Corporation Law (<https://legiscan.com/DE/text/SB69/2017>) y por ultimo se encuentra la House Bull 2603: Corporations; blockchain technology de Arizona (<https://legiscan.com/AZ/text/HB2603/id/1718691>). Estos datos son cita de Argelich-Comelles, C. (2020) Smart Contracts O Code Is Law: Soluciones Legales Para La Robotización Contractual (Smart Contracts or Code Is Law: Legal Remedies for Contractual Robotization). *InDret*, Vol. 2, p. 3.

<sup>937</sup> *Idem*. p. 6.

<sup>938</sup> Téllez Ordoñez, L. A., Ruiz Niviayo, E. J., & Rodríguez Molano, J. I. (2019) *op. cit.* p. 502.

<sup>939</sup> *Vid.* <https://www.eublockchainforum.eu/> (Revisado en fecha 21/12/2020).

<sup>940</sup> Téllez Ordoñez, L. A., Ruiz Niviayo, E. J., & Rodríguez Molano, J. I. (2019) *op. cit.* p. 503.

presentadas por autoridades estatales con apoyo de la industria y la academia<sup>941</sup>.

En cuanto a la región latinoamericana, la temática no ha sido explorada ni desarrollada sustancialmente. No obstante Chile ha implementado iniciativas con la tecnología *Blockchain* en el mercado de valores de Santiago con apoyo de IBM a fin de poder realizar transacciones en el mercado local<sup>942</sup>. Por otro lado, en Argentina hay compañías como *Rootstock*, dedicada al desarrollo de software para la generación de Smart contracts<sup>943</sup>.

Ya en regiones como Centroamérica, la materia es conocida por los pocos estudiosos de las nuevas tecnologías, pero está dando algunos pasos considerables. En Honduras, por ejemplo, en el Decreto PCM 086-2020, Reglamento sobre Gobierno Electrónico, se contempla el uso de tecnología *Blockchain* en procesos de la administración pública de manera expresa<sup>944</sup>. No obstante, el mayor reto será el desarrollo de la infraestructura necesaria para poder contar con esta tecnología en la nación centroamericana.

En informes de Deloitte para el 2020, se detalla que líderes en el mundo han expresado que la tecnología *Blockchain* será una del top 5 prioridades estratégicas y que se está incrementado las inversiones para crear una

---

<sup>941</sup> EUBlockchain Observatory and Forum (2020) EU Blockchain Ecosystem latest Developments European Commission, noviembre 2020. También se hace referencia a la *Tallin Declaration on eGovernment* firmado entre los Estados miembros de la UE y los Estados del European Free Trade Association (EFTA) P. 183

<sup>942</sup> Téllez Ordoñez, L. A., Ruiz Niviayo, E. J., & Rodríguez Molano, J. I. (2019) *op. cit.* p. 503.

<sup>943</sup> *Idem.* p. 503.

<sup>944</sup> PCM-086-2020 Reglamento sobre Gobierno Electrónico Art. 6.4. y 49: [...] *Se considerarán válidos los documentos electrónicos, que, cumpliendo estos requisitos, sean trasladados a un tercero a través de medios electrónicos. Para la autenticación de documentos electrónicos es lícito el uso de la tecnología de cadena de bloques (BlockChain). Para este fin deben desarrollarse o adquirirse las aplicaciones electrónicas necesarias para uso de los notarios y demás ministros de fe pública.*

infraestructura adecuada desde las mismas<sup>945</sup>. Estos datos son expuestos en el siguiente cuadro:

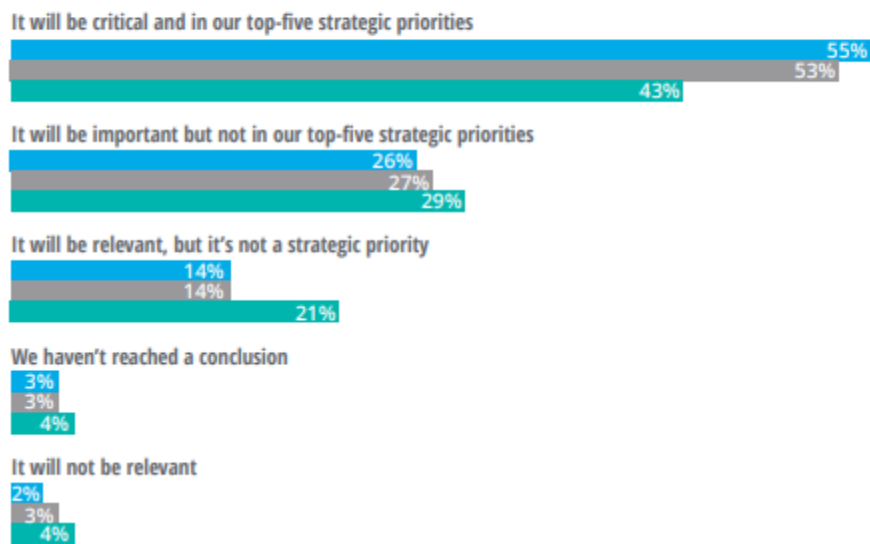
Figura 6.

### Changing views of blockchain's relevance within organizations

Blockchain's standing as a top-five strategic priority continued in 2020 with a clear majority of respondents.

Q. Which of the following best describes how you currently view the relevance of blockchain to your organization or project in the coming 24 months?

■ 2020 ■ 2019 ■ 2018



946

Como se observa en el cuadro de Deloitte, es notoria la percepción de la importancia y necesidad de comenzar a implementar estrategias basadas en la tecnología *blockchain* en diferentes ámbitos. De igual manera, exponen en el informe citado, dicha tecnología antes era vista únicamente como un experimento tecnológico y ahora representa un verdadero agente de cambio y

<sup>945</sup> Pawczuk, L. Holdowsky, J., Massey, R., Hansen, B. (2020) Deloitte's 2020 Global Blockchain Survey: From promise to reality. Deloitte Center for Integrated Research. Accesible en: [https://www2.deloitte.com/content/dam/insights/us/articles/6608\\_2020-global-blockchain-survey/DI\\_CIR%202020%20global%20blockchain%20survey.pdf](https://www2.deloitte.com/content/dam/insights/us/articles/6608_2020-global-blockchain-survey/DI_CIR%202020%20global%20blockchain%20survey.pdf) (Consultado en fecha: 25/12/2020).

<sup>946</sup> Pawczuk, L. Holdowsky, J., Massey, R., Hansen, B. (2020) *op. cit.* p. 4.

el 39% de los encuestados globales ya han incorporado tecnología *blockchain* en sus rubros<sup>947</sup>.

De tal manera, se evidencia que el uso de esta tecnología se incrementará de manera sustancial en las sociedades modernas, siendo una prioridad a mediano largo plazo el desarrollo de la infraestructura necesaria a fin de poder sostener esta tecnología en la práctica privada como por parte de la administración pública en los Estados.

## **6.2. Las criptomonedas como contrato multilateral, una antesala al “contrato inteligente”**

Preliminarmente, las criptomonedas, son archivos que buscan cumplir con las funciones que se le asignan al dinero tradicional<sup>948</sup>; usando internet como medio de transmisión y plataformas DLT como la tecnología Blockchain, la cual permite que tengan aplicación universal y más extendida, además la misma facilita la realización de transacciones seguras. Estas buscan crear un sistema de transferencia de capitales que no requiere intervención gubernamental, bancaria u otras terceras partes<sup>949</sup>. La más notoria de estas criptomonedas es la denominada Bitcoin, no obstante, hay muchas más criptomonedas en existencia.<sup>950</sup>

Estas pueden ser consideradas una representación digital del valor que no es emitida por un banco central o autoridad pública, no está necesariamente

---

<sup>947</sup> Pawczuk, L. Holdowsky, J., Massey. R., Hansen, B. (2020) *op. cit.* p. 7.

<sup>948</sup> Barroilhet Díez, A. (2019). Criptomonedas, economía y derecho. *Revista chilena de derecho y tecnología*, Volumen 8 N. 1, págs 29-67, p. 31.

<sup>949</sup> Geiregat, S. (2018). Cryptocurrencies are (smart) contracts. *Computer law & security review*, 34(5), 1144-1149, p. 1145, citando de igual manera a Nakamoto, S., 'Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System.

<sup>950</sup> *Idem.* p. 1145, citando a Tasca, P., 'Digital Currencies: Principles, Trends, Opportunities, and Risk' (2015) ECUREX Research Working Paper 2015/7, 5 and 78-79

vinculada a una moneda legalmente establecida y no posee un estatus legal de moneda o dinero, pero aceptado por personas naturales o jurídicas como medio de intercambio y que puede transferirse, almacenarse o negociarse electrónicamente<sup>951</sup>.

Para comprender en mayor detalle cómo funcionan las DLT y las criptomonedas, es importante mencionar como se desarrollaron las redes P2P. Dichas redes tuvieron su auge a comienzos de los 2000 contenían una infraestructura descentralizada en la que los pares o “peers” actuaban como proveedores y consumidor de contenido digital al mismo tiempo<sup>952</sup>. Las mismas tuvieron su época de popularidad con el lanzamiento de *Napster*, la cual era una red centralizada utilizada para compartir archivos multimedia<sup>953</sup>, no obstante su éxito fue corto considerando las múltiples demandas que tuvo la red por violaciones a derechos de autor<sup>954</sup>. Su caída se debió a que era una red centralizada y esta facilitaba directamente la violación de los derechos de autor por la descarga ilegal de obras protegidas.

De las lecciones aprendidas por el caso *Napster*, subsiguientes generaciones de redes P2P ampliaron su alcance, *Gnutella* y *BitTorrent*, permitieron compartir archivos sin la necesidad de manera descentralizada teniendo cada red sus particularidades especiales en sus procesos. Con el surgimiento de estas, se fueron fundando las bases del desarrollo de otras tecnologías que

---

<sup>951</sup> Guillaume, F. (2019) *op. cit.* p. 52.

<sup>952</sup> De Filippi, P., & Wright, A. (2018) *op. cit.*, p. 17.

<sup>953</sup> *Idem.*

<sup>954</sup> A&M Records, Inc. v. Napster, Inc., 239 F.3d 1004 (9th Cir. 2001). Resumen Accesible en: <https://www.copyright.gov/fair-use/summaries/a&mrecords-napster-9thcir2001.pdf>. Vid. Edwards, R. C. (2001). Who Said Nothing in This World is Free—A&M Records, Inc. v. Napster, Inc.: Problems Presented, Solutions Explored, and Answers Posed. *Kentucky Law Journal*, Vol 89, Issue 3, p. 835-880. Accesible en: <https://core.ac.uk/download/pdf/232590408.pdf> (Revisado en fecha 26/12/2020).



permitieran la transferencia de datos sin la necesidad de tener intermediarios como lo que en años posteriores vendría siendo la tecnología Blockchain<sup>955</sup>.

En esta línea de ideas, De Filippi & Wright comparan a Bitcoin con un correo electrónico<sup>956</sup> ya que ambas son protocolos abiertos e interoperables que no tienen un control central por ninguna parte. Además, al igual que los correos las transacciones de *bitcoins* no tienen restricciones y viajan libremente entre fronteras nacionales.

Los individuos que realicen transferencias mediante criptomonedas, utilizan unidades criptográficas llamadas “coins” o monedas. Una *coin* es código construido con una combinación de firmas digitales. Cada transferencia de monedas requiere una firma digital que pertenece a la persona que previamente mantuvo esa moneda en su poder. Esta persona puede usar su firma electrónica mediante una credencial o “código” secreto único, también denominada como “private key” o llave privada sin la intervención de terceras partes<sup>957</sup>. De esta manera se puede probar el consentimiento del usuario a fin de realizar una transferencia de monedas en la red<sup>958</sup>.

Una posición interesante que será importante mencionarla es la de Geiregat, quien manifiesta que los sistemas de criptomonedas deben su existencia a un contrato multilateral. Por un lado, los tenedores de “*cryptocurrency wallets*”, “*digital wallets*”<sup>959</sup> o fondos de criptomonedas califican como acreedores de derechos contractuales frente a todos las demás partes que se adhieran al acuerdo de las criptomonedas. En esta condición de acreedor, se espera que las otras partes que acepten sus monedas cuando este entre en la obligación

---

<sup>955</sup> De Filippi, P., & Wright, A. (2018) *op. cit.*, p. 18.

<sup>956</sup> *Idem.* p. 21.

<sup>957</sup> Li, X., Jiang, P., Chen, T., Luo, X., & Wen, Q. (2017). A survey on the security of blockchain systems. *Future Generation Computer Systems*. Volume 107, June 2020, Pages 841-853 p. 845.

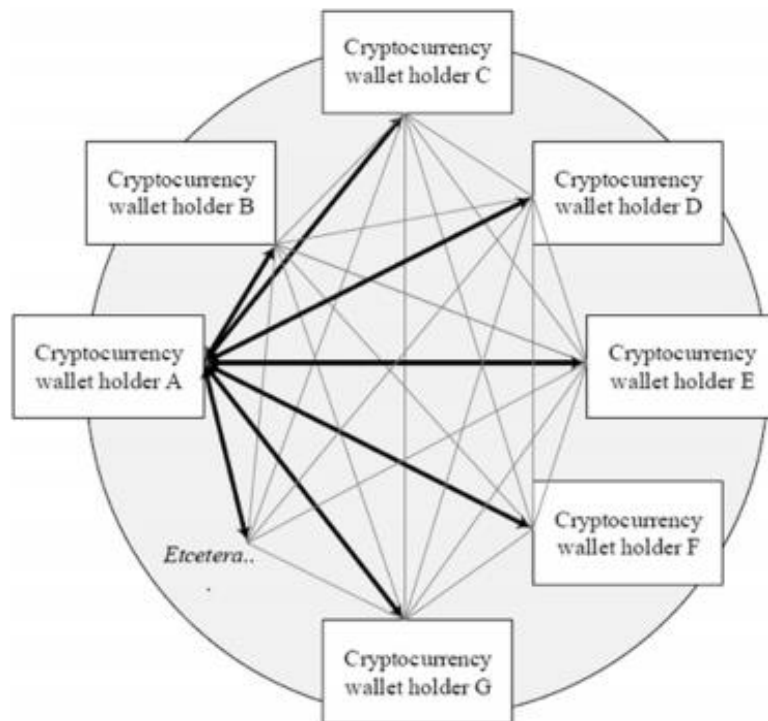
<sup>958</sup> Geiregat, S. (2018) *Op. Cit.* p. 1145.

<sup>959</sup> Guillaume, F. (2019) *op. cit.* p. 53

de pagar una suma de dinero por las mismas a las otras partes. Por otro lado, otros tenedores de fondos simultáneamente entran en compromisos idénticos. En este sentido, concluye Geiregat que los usuarios son tanto acreedores como deudores de las partes contratantes en el contrato multilateral<sup>960</sup>. Para facilitar su comprensión, se incluye el cuadro figura siguiente:

De esta manera, dicho proceso evidencia la influencia y similitud de las redes P2P que tuvieron su auge a comienzos de siglo, con la estructura de las criptomonedas.

Figura 7



**Fig. 1 - Simplified representation of the legal position of cryptocurrency users.**  
The grey circle indicates the cryptocurrency system including all participants (the community); the lines between participants indicate the two-sided contractual relationship (debtor/creditor) of each participant; the thicker lines demonstrate what the legal position of participant A looks like.

961

<sup>960</sup> Geiregat, S. (2018) *op. cit.* p. 1146.

<sup>961</sup> *Idem.* p. 1147. Fig 7.

En el cuadro anterior, se detalla la representación simplificada de la posición legal de los usuarios de criptomonedas. El área en gris representa la comunidad de participantes en el sistema; la línea entre los participantes representa la relación contractual entre deudor y acreedor, mientras que la línea negra gruesa demuestra la posición legal entre las partes.

Habiendo expuesto lo anterior, es importante hacer mención del “Ethereum”, el cual es una plataforma sofisticada de blockchain que permite transacciones más complejas que la transferencia de fondos; Cohn *et al*, afirman que la misma ha sido utilizada en gran medida para el desarrollo de los denominados *smart contracts*<sup>962</sup>. Gran parte de esta popularidad se debe a que esta plataforma tiene su propio idioma, la cual es llamada “Solidity”,<sup>963</sup> la cual ha funcionado para la construcción de contratos en muchas áreas como ser contratos de energía,<sup>964</sup> además que tiene su propia moneda, el *Ether*.

Exponen De Filippi & Wright que: *“desde el lanzamiento de Ethereum”<sup>965</sup>, hemos sido testigos de la aparición de una creciente gama de contratos inteligentes para gestionar acuerdos comerciales. Se están diseñando contratos inteligentes para regular la transferencia de monedas digitales o fichas que representen activos tangibles o intangibles, así como para controlar*

---

<sup>962</sup> Cohn, A., West, T., & Parker, C. (2017): Smart After All: Blockchain, Smart Contracts, Parametric Insurance, and Smart Energy Grids *Georgetown Law Technology Review* 273 (2017), p. 283.

Accesible en: <https://georgetownlawtechreview.org/wp-content/uploads/2017/04/Cohn-West-Parker-1-GEO.-L.-TECH.-REV.-273.pdf> (Revisado por última vez: 4/05/2020).

<sup>963</sup> Vid. Durovic, M., Janssen A. (2019), The formation of Smart Contracts and Beyond: Shaking the fundamentals of contract law? DiMatteo, L., Cannarsa L. & Poncibo, C. eds. “Smart Contracts and Blockchain Technology: Role of Contract law”, Cambridge University Press. P. 6

<sup>964</sup> Cohn, A., West, T., & Parker, C. (2017): *op. cit.* p. 283.

<sup>965</sup> Ethereum es una plataforma global para aplicaciones descentralizadas. En Ethereum, puede escribir código que controla el valor digital, funciona exactamente como está programado, y es accesible en cualquier parte del mundo. Mediante esta tecnología se crean los smart contracts.

*el acceso a los datos u otros recursos informativos referenciados en una red basada en una cadena de bloques*<sup>966</sup>.

### **6.3. El Smart Contract como modalidad novedosa en relación a la contratación tradicional.**

La tecnología *Blockchain* la cual ha revolucionado la sociedad moderna, y presenta un proceso en el que partes desconocidas entre sí pueden mantener o editar conjuntamente bases de datos de una manera completamente descentralizada, sin que ninguna parte intermediaria ejerza el control central<sup>967</sup>. Gracias a tan versátil sistema, se ha dado apertura a muchas aplicaciones, entre ellas, la creación mediante lenguajes informáticos de un denominado “contrato inteligente”; en tal sentido, se han desarrollado múltiples plataformas y todo un ecosistema alrededor de dichos “contratos” para su expansión en el mercado global, especialmente en los sectores de banca y finanzas<sup>968</sup>, dando apertura también al *Fintech* o *Financial Technology*<sup>969</sup>.

El *Smart contract* puede definirse como un acuerdo que cuya realización es automatizada mediante un código de ejecución que ha traducido una prosa

---

<sup>966</sup> De Filippi, P., & Wright, A. (2018) op. cit. p. 75.

<sup>967</sup> Lauslahti, K., Mattila, J. & Seppälä, T. (2017). “Smart Contracts – How will Blockchain Technology Affect Contractual Practices?”. ETLA Reports No 68 p. 3. <https://pub.etla.fi/ETLA-Raportit-Reports-68.pdf>. Parte del texto de Szabo (1997) es accesible en: [http://www.fon.hum.uva.nl/rob/Courses/InformationInSpeech/CDROM/Literature/LOTwinterschool2006/szabo.best.wh.net/smart\\_contracts\\_idea.html](http://www.fon.hum.uva.nl/rob/Courses/InformationInSpeech/CDROM/Literature/LOTwinterschool2006/szabo.best.wh.net/smart_contracts_idea.html) (Revisado por última vez en: 05/05/2020). Cfr. Carron, B. & Botteron, V. (2019) *Chapter 5. How smart can a contract be?* Kraus, D., Obrist, T., & Hari, O. *Blockchains, smart contracts, decentralised autonomous organisations and the law*. Edward Elgar Publishing, pp. 101-143, p. 110.

<sup>968</sup> Lauslahti, K., Mattila, J. & Seppälä, T. (2017). op. cit. p. 7.

<sup>969</sup> Padilla Sánchez, J. A. (2020). Blockchain y contratos inteligentes: aproximación a sus problemáticas y retos jurídicos. *Revista de Derecho Privado*, Vol. No. 39, 175-201, p. 179.

legal en un programa ejecutable en un ordenador<sup>970</sup>. Es importante mencionar que dicho concepto fue concebido por el criptógrafo norteamericano Nick Szabo en su artículo “*The concept of smart contracts*”<sup>971</sup> y lo define como protocolos de transacciones legibles por máquina que crean un contrato con términos predeterminados<sup>972</sup> o una serie de promesas, especificadas de manera digital, incluyendo protocolos dentro de las cuales las partes cumplen estas promesas<sup>973</sup>. Por otro lado Lauslahti *et al.*, simplifican dicho concepto y lo presentan como un programa escrito en código que es auto ejecutable cuando una serie de términos predeterminados son cumplimentados<sup>974</sup>.

Feliú Rey los puntualiza como “*un conjunto de protocolos informáticos, que permite a un dispositivo por sí mismo procesarlos y ejecutarlos de forma autónoma, sin necesidad de intervención humana*”<sup>975</sup>. Surden los identifica como contratos “*data oriented*”, y estos son aquellos “*en el que las partes han expresado uno o más términos o condiciones de su acuerdo de una manera diseñada para ser procesable por un sistema informático*”<sup>976</sup>. Por otro lado, añaden Durovic & Jansen que esta modalidad no necesariamente se basa en la tecnología “*Blockchain*” únicamente y la presenta como un conjunto de

---

<sup>970</sup> Raskin, M. (2017) “The Law and Legality of Smart Contracts” Georgetown Law and Technology Review, april 2017, p. 309.

<sup>971</sup> Lauslahti, K., Mattila, J. & Seppälä, T. (2017) *op. cit.* p. 3. Cfr. Governatori, G., Idelberger, F., Milosevic, Z., Riveret, R., Sartor, G., & Xu, X. (2018). *op cit.*, p. 379.

<sup>972</sup> *Idem.* p. 3.

<sup>973</sup> World Bank (2020) Smart Contract Technology and Financial Inclusion. Finance Competitiveness & Innovation Global Practice, Fintech Note No. 6, Washington DC, p. 5. Accesible en: <https://openknowledge.worldbank.org/bitstream/handle/10986/33723/Smart-Contract-Technology-and-Financial-Inclusion.pdf?sequence=1&isAllowed=y> (Revisado en fecha 25/12/2020).

<sup>974</sup> Lauslahti, K., Mattila, J. & Seppälä, T. (2017) *op. cit.* p. 3. En similar línea lo define el Law Commission británico, *vid.* Law Commission (December 2020) “Smart Contracts; Call for evidence” p. 6 Accesible en: <https://www.lawcom.gov.uk/project/smart-contracts/>. (Revisado en fecha 19/12/2020).

<sup>975</sup> Feliu Rey, J. (2018). *op. cit.*, p. 2.

<sup>976</sup> Surden, H. (2012) “Computer Contracts” University of California, Davis Law Review, Vol. 46, 629-699, p. 639.

promesas, especificadas en forma digital, incluidos los protocolos en los que las partes cumplan estas promesas<sup>977</sup>.

Uno de los aspectos que se deben delimitar es la diferencia entre el contrato inteligente y el contrato electrónico que se conoce “tradicionalmente”. En este sentido, Valencia Rodríguez hace una primera aproximación a esta diferenciación, y menciona que el contrato electrónico es aquel acuerdo de voluntades realizado por cualquier medio electrónico mientras que el *smart contract* aunque si bien se realiza por medios digitales, este necesita además un lenguaje de programación especial para su correcto funcionamiento, consecuentemente dicho contrato será capaz de ejecutarse automáticamente bajo las condiciones pactadas por las partes<sup>978</sup>.

Bajo el mismo razonamiento en relación al contrato electrónico, la principal diferencia en relación a la contratación tradicional radica en la forma en que se expresan. En un contrato convencional, las partes expresan sus contratos usando palabras, lenguaje descriptivo escrito (o de manera verbal), mientras que los segundos tienen los términos básicos memorizados como registros estructurados de datos informáticos más que como acuerdos lingüísticos escritos<sup>979</sup>. Por otro lado, los *data-oriented contracts* difieren en la forma en que adquieren un significado sustantivo. En un contrato tradicional, el significado surge de la comprensión del lenguaje utilizado por las partes.<sup>980</sup>

De Filippi & Wright consideran que estos contratos tienen la característica de ser menos privados que los acuerdos escritos de hoy y, en la medida en que su código no sea divulgado públicamente y explicado en un lenguaje legible

---

<sup>977</sup> Durovic, M., Janssen A. (2019) *op. cit.* p. 2

<sup>978</sup> Valencia Ramírez (2019), "Contratos Inteligentes Smart Contracts." RITI Journal, Vol. 7, 14 (julio-diciembre 2019) p. 5.

<sup>979</sup> Surden, H. (2012) *op. cit.* p. 639.

<sup>980</sup> *Idem.* p. 641.

humano, pueden facilitar la creación de acuerdos contractuales estandarizados que pocas personas entienden. Por otro lado, causa mayor preocupación el hecho de que el carácter autónomo de esta tecnología podría facilitar la actividad criminal<sup>981</sup>. Por lo cual, entender esta tecnología de manera adecuada previo a su implementación será vital para evitar situaciones de usos irregulares de la misma.

Werbach & Cornell coligen que el derecho contractual como institución de reparación, en el supuesto de contratos inteligentes, su principal objetivo no es garantizar el cumplimiento *ex ante*, sino resolver las reclamaciones que puedan surgir *ex post* en cualquier relación jurídica, y estos presentan la característica de que podrían eliminar el acto de reparación al no admitir ninguna posibilidad de incumplimiento<sup>982</sup>. Bajo este razonamiento, cualquier controversia en relación a estos contratos podría surgir en la etapa de tratativas por las diferentes causales estudiadas a lo largo de la presente obra, como ser por vicios en el consentimiento o en el deber de información precontractual.

Padilla Sánchez resume de manera conveniente los tres elementos relevantes de los contratos inteligentes y entre estos se encuentran los siguientes:

1. La tecnología *Blockchain* en la cual se desarrolla;
2. La ejecución automática de las obligaciones, y
  1. El denominado *contractware* referente a la traducción del lenguaje natural al lenguaje de código<sup>983</sup>.

De lo antes expuesto se colige que, actualmente el uso de este tipo de contratos parecería considerablemente complejo si se piensa en la infraestructura necesaria para esta tecnología, además de los posibles riesgos

---

<sup>981</sup> De Filippi & Wright (2018) *op. cit.* p. 72.

<sup>982</sup> Werbach, K., & Cornell, N. (2017). "Contracts Ex Machina". *Duke Law Journal Vol. 67.*, 102-170, p. 106.

<sup>983</sup> Padilla Sánchez (2020) *op. cit.* p. 179.



existentes; no obstante, es una propuesta prometedora, que en ciertas áreas del derecho puede ser de gran utilidad. En este sentido, se espera lograr un mayor acercamiento a estos conceptos mediante la presente tesis.

Si bien se han presentado en estas líneas las bases de la idea del SC, ahora habrá que indagar en la pregunta si esta modalidad revolucionaria, podrá ser aplicada a todos los supuestos contractuales ampliamente desarrollados en la teoría general del contrato a partir del argumento presentado por parte de Durovic & Jansen y parte de la academia, quienes concluyen que los contratos inteligentes no son contratos legales en el sentido tradicional ni son inteligentes y que, por lo tanto, el término es erróneo<sup>984</sup>.

### **6.3.1. ¿El denominado Smart contract es realmente un contrato?**

Partiendo del argumento anterior, otros estudiosos de la influencia de las nuevas tecnologías en el derecho se han planteado una pregunta esencial en esta materia. ¿Puede considerarse este un “contrato” conforme a la doctrina clásica contractual? En este sentido, es importante recordar los elementos del contrato aceptados por la mayoría de países del *civil law* son consentimiento, objeto y causa<sup>985</sup>. *Prima facie*, si el acuerdo reúne los requisitos antes mencionados, podría considerarse como un contrato, esto en consonancia con los principios del comercio electrónico como ser la equivalencia funcional y neutralidad tecnológica en cuanto a todos los medios electrónicos que pueden ser utilizados para la formación del *iter* contractual.

---

<sup>984</sup> Durovic, M., & Janssen, A. (2019). "The Formation of Blockchain-based Smart Contracts in the Light of Contract Law". *European Review of Private Law 6-2019 Kluwer Law International BV*, 753–772, p. 753, Cfr. Feliu Rey, J. (2018). *op. cit.* p. 7.

<sup>985</sup> *Vid.* Art 1261 CCE, Cfr. 1502 C.C. colombiano, Art. 1445 C.C. chileno, Art. 1552 C.C. hondureño.



Académicos finlandeses exponen que el término “Smart Contract” puede ser bastante ambiguo, ya que hay varios tipos en existencia. Desde la perspectiva del derecho contractual, la interpretación de tales como propiamente un vínculo contractual dependerá de la evaluación que realicen los jueces en cada caso en concreto<sup>986</sup>. Ahora bien, tal y como se hizo mención anteriormente, esta modalidad no es exclusiva a la tecnología *Blockchain*, múltiples académicos han hecho la analogía con un mecanismo que podría decirse, es un antecesor de los SC, y estas son las máquinas expendedoras. Estas en su hardware contienen mecanismos para que la máquina sea capaz de “formalizar” la compraventa de un producto, ejemplo que toma el creador del concepto Nick Szabo a fin de presentar su teoría<sup>987</sup>.

No obstante, la validez del contrato de compraventa no es suscitada por el funcionamiento adecuado de la máquina, sino por la labor exterior de las partes en el seguimiento de los requisitos legales. Ahondando con esta analogía con la máquina expendedora Lauslahti, *et al*, exponen que en ese supuesto, el propietario de los bienes o servicios accesibles mediante una máquina implícitamente expresa su deseo de concluir un contrato bajo los términos detallados en la misma, el consumidor de igual manera expresa su consentimiento al realizar el procedimiento de compra en la máquina.<sup>988</sup> Consecuentemente, Hernández Díaz arguye que la máquina expendedora es una instancia primitiva del contrato inteligente que ha sido mejorada por los avances tecnológicos<sup>989</sup>.

---

<sup>986</sup> Lauslahti, K., Mattila, J. & Seppälä, T. (2017) *op. cit.* p. 13.

<sup>987</sup> Hernández Díaz, J. L. (2018) Decodificando el Smart-Contract: Naturaleza Jurídica y Problemas de Uso. Universidad Externado de Colombia p. 5, citando a 7 Bacina, M., When two worlds collide: Smart Contracts and the Australian Legal System, *Journal of Internet Law*, Vol 21-8, 2018, p. 3. Vid. Durovic, M., Janssen A. (2019) *op. cit.* p. 12. En su capítulo, también hacen la comparación con la máquina expendedora. Vid. Geiregat, S. (2018) *op. cit.* p. 1148

<sup>988</sup> Lauslahti, K., Mattila, J. & Seppälä, T. (2017) *Op. Cit.* p. 15.

<sup>989</sup> Hernández Díaz, J. L. (2018) *op. cit.*, p. 06.

Hay una vertiente de la doctrina que considera que el término “contrato inteligente” no se refiere al concepto legal propio la palabra. En cambio, estos “contratos” pueden ser descritos como un software o hardware que inicia, controla y documenta actos legales relevantes, dependiendo eventos predeterminados y digitalmente probados por medio de los cuales se puede dar por perfeccionado un contrato dependiendo de las circunstancias<sup>990</sup>. De esta manera, el denominado Smart Contract, concepto usado de manera engañosa, es en realidad un medio técnico que puede ser usado en el *iter* contractual a fin de ejecutar contratos por medios diferentes a los tradicionales como ser por medio del papel<sup>991</sup>.

Por otro lado, el *EU Blockchain Observatory and Forum* colige que la selección del término “contrato inteligente” crea bastante confusión, ya que estos no son necesariamente contratos en la manera usual que los conocemos y esto ha sido exteriorizado por Vitalik Buterin, persona que adoptó el término<sup>992</sup>. Por tanto, dicho observatorio define el “Smart contract” en el contexto de la tecnología en mención como un código que es almacenado en una cadena de bloques al cual una o varias partes pueden tener acceso; y pueden auto ejecutarse.

Continuando con la férrea labor de delimitar el concepto en estudio, Feliú Rey, señala que la complejidad de esta definición se agudiza considerando la diversidad de disciplinas que convergen en el estudio de este fenómeno (p. ej. Jurídica, matemática, e informática). Por tanto, dependiendo de la disciplina a la que se refiera, las definiciones y sus características varían<sup>993</sup> sobre todo su lenguaje y forma<sup>994</sup>. En esta línea de ideas, concluye que, para abarcar con la

---

<sup>990</sup> Geiregat, S. (2018) *op. cit.*, p. 1148.

<sup>991</sup> *Idem.* p. 1148.

<sup>992</sup> EU Blockchain Observatory and Forum (2020) *op. cit.* p. 22

<sup>993</sup> Feliu Rey, J. (2018) *op. cit.* p. 4.

<sup>994</sup> *Idem.* p. 8.

mayoría de supuestos, la definición tiene que ser neutra, recogiendo sus características principales, sin perjuicio de que en algunos supuestos el Smart Contract pueda tener naturaleza contractual en el sentido jurídico<sup>995</sup>.

En esta línea de pensamiento se expresa Legerén-Molina en el sentido de que el *smart contract* desde un aspecto técnico es una secuencia de códigos y datos que efectúa la operación en su caso prevista y que no constituye un contrato en sentido jurídico a pesar de su nombre<sup>996</sup>. Ahora bien, desde un enfoque legal, Legerén-Molina lo describe como la expresión “contrato inteligente” se aludiría al acuerdo existente entre las partes del que la secuencia de código sería una porción del mismo o en su totalidad. Es decir, el código en sí mismo no constituye un contrato, pero si responde a un acuerdo que le da sentido y al que le sirve de expresión<sup>997</sup>. También aclara que los contratos que él estudia no son registradas ni se ejecutan a través de blockchains, no obstante, reconoce que actualmente hay cierta identificación de estos contratos con la tecnología en mención ya que ésta facilita la circulación de bienes digitales, pagos programados, así como la existencia de un ordenador imparcial que ejecute las ordenes preestablecidas<sup>998</sup>.

Por otro lado, Rodríguez Olmos considera que *la comprensión del fenómeno desde la perspectiva del derecho contractual puede variar dependiendo del énfasis que se otorgue al papel del código informático en la formación, configuración ejecución de un contrato en sentido jurídico*<sup>999</sup>. De esta manera resulta que se puede hacer énfasis en el código contenedor de un contrato (“el código es el contrato”), mientras que otra forma de verlo es de qué manera ese

---

<sup>995</sup> Feliu Rey, J. (2018) *op. cit.* p. 6.

<sup>996</sup> Legerén-Molina, A. (2018). Los contratos inteligentes en España (La disciplina de los smart contracts)/Smart contracts in Spain; the regulation of smart contracts. *Revista de Derecho civil*, 5(2), pp. 193-241, p. 195.

<sup>997</sup> *Idem.*

<sup>998</sup> *Idem.*p. 197.

<sup>999</sup> Rodríguez Olmos, J. M. (2020) *op. cit.* p. 7.

código interactúa con el contrato como institución, y es bajo esta perspectiva que se hace referencia al contrato legal inteligente en contraste con el contrato inteligente puro desde aspectos técnicos<sup>1000</sup>.

Siempre manteniendo esta línea de pensamiento, es importante hacer hincapié en una de las conclusiones realizadas por Arguelich Comelles quien expresa que el derecho no siempre puede condensarse en un código informático, porque su automaticidad impide atender determinados elementos como ser los que requieran de una valoración subjetiva, los que atienden a sujetos y conceptos tasados en la normativa o en la jurisprudencia<sup>1001</sup>. De esta manera, la academia ha señalado que existe el contrato legal inteligente<sup>1002</sup> (Smart legal contracts) y los contratos inteligentes (Smart contracts with legal implications<sup>1003</sup> o smart code contracts<sup>1004</sup>).

Habiendo expuesto los argumentos anteriores, se puede concluir que hay dos supuestos importantes. El primero es el denominado “Smart contract” que es en esencia una aplicación tecnológica encaminada a ejecutar una acción particular o transacción bajo una condicionante aislada. Por otro lado, tenemos el contrato inteligente legal (Smart legal contract) el cual sería un contrato conforme a la teoría del contrato entre dos partes que puede ser traducida de lenguaje natural a un lenguaje informático y que dicha traducción permita una ejecución automática del acuerdo antes mencionado pudiendo aplicar la tecnología *Blockchain* para tal fin.

---

<sup>1000</sup> Rodríguez Olmos, J. M. (2020) *op. cit.* p. 7.

<sup>1001</sup> Argelich Comelles, C. (2020) *op. cit.* p. 7.

<sup>1002</sup> Rodríguez Olmos, J. M. (2020), Smart Contracts y arquitectura del contrato: reflexiones desde el derecho contractual Capítulo entregado para la Colección 'Así habla el Externado. Colección TIC'. En publicación (2020), p. 16. Accesible en: SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3684925> (Revisado en fecha: 28.12.2020). Cfr. Legerén-Molina, A. (2018) *op. cit.* p. 196, también hace referencia a concepto de *smart legal contracts*.

<sup>1003</sup> EU Blockchain Observatory and Forum (2020) *op. cit.* p. 23.

<sup>1004</sup> Legerén-Molina, A. (2018) *op. cit.* p. 196.

Por tanto, se observa, que el concepto inicialmente presenta matices de ambigüedad al momento de entrar al ámbito jurídico por tanto será importante que al querer desarrollar una política permitiendo la aplicación de esta aplicación tecnológica tendrá que tener en consideración los aspectos entre otros más a fin de diferenciar ambos conceptos con claridad.

### **6.3.2. Importancia del lenguaje y el *Contractware* en los Smart Contracts.**

Retomando los elementos del SM detallados por Padilla Sánchez, el uso de lenguajes informáticos es inherente en el desarrollo y creación de los contratos inteligentes y representa una de sus principales características en su conceptualización. En este sentido es imperante para los fines del presente estudio analizar y definir la función de estos en la creación de los llamados contratos inteligentes.

Un concepto al cual hay que hacer referencia es el “contractware”, el cual implica la representación física de un contrato computarizado descifrable. Dicho término fue acogido por Raskin, y hace referencia a que los términos de un contrato pueden ser escritos en lenguaje de programación a fin de ser comunicados a un ordenador y poder ejecutar el contrato<sup>1005</sup>.

De esta manera, mediante un lenguaje informático, las prestaciones de las partes se realizarán mediante un código de computador (*if-then-rules* o términos de verdadero o falso bajo la lógica booleana) ante la verificación de la información que la desencadena,<sup>1006</sup> ya que la contraprestación debe poder ser leída y ejecutada por un computador<sup>1007</sup>.

---

<sup>1005</sup> Raskin, M. (2017) *op. cit.* p. 312.

<sup>1006</sup> Padilla Sánchez (2020) *op. cit.* p. 194.

<sup>1007</sup> *Idem.*

Añade Feliú Rey en cuanto al *smart legal contract* que “será un contrato que habrá de revestir una forma determinada y estar redactado en un lenguaje específico para la obtención de determinados efectos”<sup>1008</sup>. En este sentido, desarrolla en su artículo un apartado dedicado a la importancia del lenguaje y sus implicaciones y expone que:

*“Para lograr los efectos de automatismo y auto ejecución, es necesario que el dispositivo pueda ejecutar las acciones deseadas para el cumplimiento de las obligaciones. A tal fin, estas acciones deben programarse mediante protocolos o instrucciones incorporadas en el lenguaje código, el lenguaje máquina, ya que el lenguaje humano no es capaz de procesarlo”*<sup>1009</sup>.

Ahora bien, Durovic & Jansen plantean el debate entre el código y el lenguaje natural, y mencionan que aún existe cierta incertidumbre en cuanto a la conveniencia de un código informático para poder construir un contrato.<sup>1010</sup> Exponen que muchas actuaciones no podrían ser representadas ni ejecutadas mediante un código, en este sentido, en un futuro cercano será necesario mantener una mezcla de lenguaje natural como los diferentes lenguajes informáticos. De igual manera, esta actividad siempre necesitará la intervención de procuradores judiciales<sup>1011</sup>. En esta misma línea de pensamiento, añade Padilla Sánchez que:

---

<sup>1008</sup> Feliú Rey, J. (2018) *op. cit.* p. 08.

<sup>1009</sup> *Idem.* p. 18, citando y traduciendo el texto de Surden, H. (2012).

<sup>1010</sup> Durovic, M., Janssen A. (2019): The formation of Smart Contracts and Beyond: Shaking the fundamentals of contract law? DiMatteo, L., Cannarsa L. & Poncibo, C. eds. “Smart Contracts and Blockchain Technology: Role of Contract law”, Cambridge University Press, p. 23.

<sup>1011</sup> Durovic, M., & Janssen A. (2019), *op. cit.* 24. *Cfr.* Feliú Rey (2018) *op. cit.* p. 9, dicho autor se manifiesta en esta línea de pensamiento al afirmar que, [...] *dado el estado actual de la técnica, no será posible codificar cualquier obligación en un Smart Contract, por las propias limitaciones del lenguaje para describir la obligación* [...].

“Resulta imposible traducir la totalidad de un documento contractual a un lenguaje de código sin que se comprometa su contenido, máxime cuando los codificadores no deberían incidir o influir en los aspectos sustanciales concernientes a las obligaciones que se pretenden ejecutar vía contratos inteligentes<sup>1012</sup>.

En línea con lo expuesto por Werbach & Cornell, el colombiano concluye que las partes pueden solucionar esta problemática realizando una interpretación *ex ante* fijando en detalle el alcance de los términos del contrato<sup>1013</sup>. Legerén Molina expone que los *Smart contracts* tienen un carácter no omnicomprendivo, y que aunque estos constituyan una alternativa a la contratación tradicional, estos solo son aplicables a supuestos que resulten verificables de manera objetiva y automática; por ejemplo se puede establecer que los pasajeros de un avión reciban de manera automática la indemnización correspondiente causada por la demora de un vuelo, una vez el ordenador compruebe dicho extremo, siendo este hecho el elemento objetivo y verificable como desencadenante de la consecuencia consistente en el derecho al cobro de una indemnización<sup>1014</sup>.

Definitivamente, este es el segundo elemento distintivo de la figura en estudio, en tal sentido es importante dedicarle un par de líneas al respecto. Sin importar el soporte o medio por el cual el contrato se exteriorice, los principios de equivalencia funcional, neutralidad tecnológica, e inalteración del derecho preexistente del comercio electrónico<sup>1015</sup> continúan siendo importantes para la

---

<sup>1012</sup> Padilla Sánchez (2020) *op. cit.* p. 194.

<sup>1013</sup> *Idem.* p. 19.

<sup>1014</sup> Legerén-Molina, A. (2018) *op. cit.* p. 201. *Cfr.* Feliú Rey, J. (2018) *op. cit.* p. 3. El citado autor también hace referencia al ejemplo de la cancelación o retraso de vuelos.

<sup>1015</sup> Vid. Feliú Rey (2018) *op. cit.* p. 12. El profesor hace el comentario de su importancia y reconoce su influencia en diferentes Estados.

legalidad de los *Smart legal contracts* desarrollados por CNUDMI y explicados en el apartado introductorio de la presente tesis.

De igual manera, se ratifica la posición de diferenciar el contrato regulado por el derecho de contratos y la herramienta tecnológica basada en redes distribuidas o DLT que puede complementar en la práctica comercial. Cabe mencionar que a pesar de que el término “*Smart contract*” no siempre tendrá cabida en el concepto de contrato conforme a la doctrina del derecho privado, siempre presentará alternativas interesantes en la actividad comercial y civil.

#### **6.4. Etapas en la contratación comercial que se ejecuta por medio de tecnología *Blockchain*.**

En capítulos anteriores de la presente obra, ya se ha hecho referencia a las diferentes etapas del *iter* contractual, la etapa precontractual y de formación del contrato la cual es objeto central en la presente tesis, la perfección del mismo y la etapa de ejecución. En esta etapa es normal hacerse la pregunta: ¿De qué manera se adaptará el *iter* contractual a estas nuevas modalidades existentes en la actualidad?

Ahora bien, definir las etapas de los *smart legal contracts* no es tarea fácil considerando los múltiples aspectos técnicos a tener en consideración. No obstante un interesante punto de partida es presentado por el Banco Mundial, donde en sus uno de sus informes ha expuesto que los contratos basados en tecnología *Blockchain*, deben de tener de 4 etapas<sup>1016</sup>: 1. las partes deben acordar y codificar los términos del acuerdo en un *SM* con la ayuda de un desarrollador. 2. Un tercero escogido por las partes valida el contrato y lo graba en un DLT o base de datos descentralizada. 3. El contrato normalmente se

---

<sup>1016</sup> World Bank (2020) Smart Contract Technology and Financial Inclusion. Finance Competitiveness & Innovation Global Practice, Fintech Note No. 6, Washington DC, p. 7.



conectará con fuentes de datos externas. Estos pueden incluir una fuente de datos o cuentas en instituciones financieras. 4. El SM evaluará la información y dependiendo del caso, expirará o se ejecutará conforme a los términos del acuerdo entre las partes.

De lo anterior se observa que dichas etapas son precisamente del proceso técnico del denominado SM, sin hacer referencia propiamente a las etapas desde una perspectiva legal. Podría considerarse que la mayoría de estos procesos se desarrollan en la etapa precontractual de manera paralela con las negociaciones en el marco de la modalidad que se desea aplicar. Por tanto, a continuación, se hará presentarán algunas consideraciones con respecto al periodo de formación de los *Smart legal contracts*, y cuáles serían las implicaciones del proceso técnico antes descrito en los diferentes deberes precontractuales presentados por la doctrina.

#### **6.4.1. Formación del Smart Contracts.**

El periodo de tratativas y formación contractual, como ha sido expuesto a lo largo de la presente obra, es de naturaleza heterogénea, y en ella se pueden dar muchos supuestos lo cual ha generado a lo largo de la historia reciente un debate rico en relación a este periodo. A continuación se realizará una aplicación de lo expuesto en capítulos anteriores en relación a esta etapa formativa y cuáles serían los elementos que podrían cambiar las reglas del juego al buscar plataformas tecnológicas que pretendan automatizar la ejecución total o parcial mediante redes distribuidas mismas que representan la característica esencial de este modelo, y los nuevos factores que pueden incidir en la determinación de la existencia de responsabilidad precontractual bajo estos supuestos.

Múltiples académicos han analizado que la etapa precontractual de un *SM* no es marcadamente diferente a la contratación tradicional<sup>1017</sup>. No obstante, entre algunas características distintivas se puede mencionar que la aceptación se otorga por la ejecución. Por tanto, expone Raskin que no se puede hablar de un contrato inteligente hasta que se ejecute el programa<sup>1018</sup>.

Existen antecedentes interesantes en referencia a la formación de contratos de ejecución automática en el derecho inglés a los cuales debe hacerse referencia como ser el caso *Thorton v. Shoe Lane Parking Ltd*, en relación a las maquinas vendedoras de billetes de un aparcamiento, en donde se detalla que la oferta contractual debe ser comunicada oportunamente al receptor de la oferta y no después del perfeccionamiento del contrato<sup>1019</sup>.

Ahora bien, es imperante realizar varias consideraciones relativas a la etapa formativa y que ya ha sido desarrollada por normas de la CNUDMI. En primer término, la Ley Modelo Sobre Comercio Electrónico en su artículo 11, donde se expone que, a *“un mensaje electrónico utilizado para la formación de un contrato, no se le puede negar su validez y obligatoriedad por el mero hecho de utilizarse dicho mensaje para ese propósito”*. Por otro lado, la CNUCECI en su artículo 12 amplía lo expuesto por la LMSCE y plantea que:

*“No se negará validez ni fuerza ejecutoria a un contrato que se haya formado por la interacción entre sistemas automatizados de mensajes, por la simple razón de que ninguna persona física haya revisado cada*

---

<sup>1017</sup> Legerén-Molina, A. (2018) *op. cit.* p. 222. *Vid.* Durovic, M., Janssen A. (2019), The formation of Smart Contracts and Beyond: Shaking the fundamentals of contract law? DiMatteo, L., Cannarsa L. & Poncibo, C. eds. “Smart Contracts and Blockchain Technology: Role of Contract law”, Cambridge University Press. P. 10 Capítulo accesible en: [https://www.researchgate.net/publication/327732779\\_The\\_Formation\\_of\\_Smart\\_Contracts\\_and\\_Beyond\\_Shaking\\_the\\_Fundamentals\\_of\\_Contract\\_Law](https://www.researchgate.net/publication/327732779_The_Formation_of_Smart_Contracts_and_Beyond_Shaking_the_Fundamentals_of_Contract_Law) (última visita en: 19/04/2020).

<sup>1018</sup> Raskin (2017) *Op. Cit.* 322.

<sup>1019</sup> *Thornton v Shoe Lane Parking Ltd* [1970] EWCA Civ 2 (18 December 1970), Accesible en: <https://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/1970/2.html> (Revisado en fecha 14/02/2021).

*uno de los distintos actos realizados a través de los sistemas o el contrato resultante de tales actos ni haya intervenido en ellos*<sup>1020</sup>.

Como se observa, en la CNUCECI se llega a incluir los sistemas automatizados; de esta manera, en estos instrumentos se encuentra una herramienta para la interpretación de la formación de contratos que autoejecutables como los desarrollados por medio de tecnología Bockchain.

Acertadamente Guillaume F. afirma que la unificación de las reglas internacionales en materia de derecho privado beneficia la regulación de estas figuras que se encuentran en desarrollo, no obstante estas aún son insuficientes para lograr responder todas las preguntas que pueden surgir de esta tecnología<sup>1021</sup>. Muchas interrogantes que puedan surgir pueden ser en esencia cuestiones eminentemente técnicas, y posiblemente algunas de las respuestas podrán irse desarrollando en la actividad judicial o arbitral

En el caso del *common law* norteamericano, el hecho de que un contrato contenga promesas en código un lenguaje informático y no en prosa jurídica hará poca diferencia; los contratos pueden ser expresos o implícitos, y en muchos casos, no existen requisitos formales sobre la forma en que se redacta un contrato para que un tribunal encuentre pruebas suficientes de un contrato vinculante. El factor clave no es la forma del acuerdo sino más bien si un tribunal puede inferir que las partes tienen la intención de quedar contractualmente vinculado<sup>1022</sup>. De igual manera, en el caso de 1893 de *Bibb v. Allen*, el Tribunal Supremo de EE.UU. confirmó un vínculo contractual

---

<sup>1020</sup> Feliú Rey, J. (2018) *op. cit.* p. 12.

<sup>1021</sup> Guillaume, F. (2019) *op. cit.* p. 60.

<sup>1022</sup> De Filippi & Wright (2018) *op. cit.* p. 79.

comunicado electrónicamente utilizando mensajes de telégrafo cifrado que se basaba en el *Shepperson Cotton Code*<sup>1023</sup>.

Por tanto, un tribunal estadounidense no puede negar efectos jurídicos a un contrato electrónico (con excepciones limitadas) si las partes manifiestan la intención de obligarse por el acuerdo<sup>1024</sup>; además, las leyes federales y estatales protegen aún más a las partes con fundamento en la Ley uniforme de transacciones electrónicas (UETA por sus siglas en inglés)<sup>1025</sup> y de la Ley federal de firmas electrónicas en el comercio mundial y nacional (la "Ley E-Sign")<sup>1026</sup>. Esto sin mencionar la aplicabilidad de los principios de equivalencia funcional y la neutralidad tecnológica desarrollados en las leyes modelo de CNUDMI.

De esta manera, partiendo de la interpretación del *common law* norteamericano la formación del contrato no tendrá cambios sustanciales, considerando que, en la ley de Estados Unidos, los contratos pueden ser expresados y en muchos casos no se requieren formalidades en cuanto a la forma de redactar un contrato para que sea reconocido por la ley de Estados Unidos, tal y como fue expuesto anteriormente haciendo referencia al caso *Bibb vs. Allen* de 1893.

Se puede concluir que, en aplicación de la equivalencia funcional y la neutralidad tecnológica, los contratos que se desarrollan con aplicación parcial o total de bases de datos distribuidas, no deberían tener problemas para su reconocimiento cuando se cumplan los presupuestos del contrato en los dos sistemas, tanto de derecho civil como de derecho común. Sin perjuicio de esto,

---

<sup>1023</sup>*Bibb v. Allen*, 149 U.S. 481 (1893) Resumen Accesible en: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/149/481/> (Revisado en fecha 27/12/2020) Cfr. De Filippi & Wright (2018) *op. cit.* p. 79.

<sup>1024</sup> De Filippi & Wright (2018) *op. cit.* p. 79.

<sup>1025</sup> Uniform Electronic Transactions Act (UETA) USA.

<sup>1026</sup> *Vid.* Grenon, S. (2019) *op. cit.* p. 8. Cfr. De Filippi & Wright (2018) *op. cit.* p. 79.

se tendrán que hacer varias consideraciones referentes a la oferta contractual, aceptación y consentimiento contractual en el contexto de las redes descentralizadas o DLT.

#### **6.4.2. Oferta, consentimiento y capacidad.**

Durovic & Jansen añaden que, en términos generales, la doctrina ya existente de oferta y aceptación de la misma no cambiaría en relación al SM<sup>1027</sup> tomando en consideración la libertad contractual y la denominada libertad de forma, una oferta podrá ser presentada por escrito o cualquier otro medio de comunicación que permita la expresión de su intención como un código computacional.<sup>1028</sup>

Aunado a lo anterior, la CISG, en su artículo 18(2) que pregona que *la aceptación de la oferta surtirá efecto en el momento en que la indicación de asentimiento llegue al oferente*. En tal sentido, el Consejo Asesor de la CISG ha expuesto que una aceptación surtirá efecto cuando una indicación electrónica de consentimiento haya entrado en el servidor del oferente, siempre que este haya consentido expresa o implícitamente en recibir comunicaciones electrónicas de ese tipo, en ese formato, y a esa dirección<sup>1029</sup>.

En el caso particular de la normativa española, es importante recordar que a la fecha aún no existe una legislación dedicada en particular en relación al SM, no obstante, expone Legerén-Molina que la normativa relacionada a la contratación electrónica será la aplicable considerando que dicha regulación

---

<sup>1027</sup> Durovic, M., Janssen A. (2019) *op. cit.* p. 763 Dicha posición es presentada desde una perspectiva del common law inglés en donde existen los elementos como ser 1. La oferta y demanda, consideración (el cual se conocería como la contraprestación), la intención de crear un vínculo jurídico y por último la capacidad de contratar.

<sup>1028</sup> Carron, B. & Botteron, V. (2019) *op. cit.* p. 124.

<sup>1029</sup> Wang, F. F. (2010). *op. cit.* , p. 41.

presenta soluciones para la despersonalización del consentimiento contractual.

Sin perjuicio de lo anterior, se debe hacer referencia del art. 54 del CCOE<sup>1030</sup>, el cual expone que “en los contratos celebrados mediante dispositivos automáticos hay consentimiento desde que se manifiesta la aceptación”. De igual manera, el art 1262 del CCE se encuentra redactado de manera similar en relación con los contratos civiles celebrados mediante dispositivos automáticos. De esta manera, la emisión del consentimiento puede realizarse de manera oral, escrita o por medios informáticos<sup>1031</sup>, ya sea mediante firma electrónica, o *browsewrap* o *clickwrap agreements*<sup>1032</sup> (cuando es en relación a consumidores).

Otro aspecto importante a considerar es el planteado por Feliú Rey, quien distingue el acuerdo de voluntades entre las partes para quedar obligados y la expresión de este acuerdo en una forma concreta o determinada. Bajo este argumento, en un *SM* la expresión del acuerdo ha de realizarse mediante lenguaje máquina adecuado para su ejecución<sup>1033</sup>.

Por tanto, considera dicho autor pertinente plantearse la siguiente interrogante: ¿Cómo asegurar la comprensión del contenido del contrato y la emisión consciente (y válida) del consentimiento sobre las prestaciones cuando el

---

<sup>1030</sup> Real Decreto de 22 de agosto de 1885 por el que se publica el Código de Comercio. Publicado en: Boletín Oficial Español (BOE) núm. 289, de 16/10/1885.

<sup>1031</sup> Ley 32/2002 Art. 23: *Validez y eficacia de los contratos celebrados por vía electrónica. 1. Los contratos celebrados por vía electrónica producirán todos los efectos previstos por el ordenamiento jurídico, cuando concurren el consentimiento y los demás requisitos necesarios para su validez. Los contratos electrónicos se regirán por lo dispuesto en este Título, por los Códigos Civil y de Comercio y por las restantes normas civiles o mercantiles sobre contratos, en especial, las normas de protección de los consumidores y usuarios y de ordenación de la actividad comercial.*

<sup>1032</sup> *Vid.* 2.1.1.1 Tipos de acuerdos de consentimiento en internet en contratos B2C del capítulo II de la presente obra *supra*.

<sup>1033</sup> Feliú Rey, J. (2018) *op. cit.* p. 18.

acuerdo sólo se elabora en lenguaje máquina sin “transcripción” en lenguaje humano?<sup>1034</sup>.

Raskin hace referencia a los diferentes problemas causados por el error en la formación de contratos inteligentes haciendo referencia a jurisprudencia norteamericana y expone que, si bien pueden existir ambigüedades en relación a los lenguajes de programación, estas son menos frecuentes que en las negociaciones personales por el simple hecho que un ordenador reconoce menos términos y conceptos que el ser humano<sup>1035</sup> y concluye que los conflictos relacionados a la formación del contrato son iguales tanto en relación con un contrato tradicional como con un *SM*. La principal diferencia radica en la precisión con la que se pueden definir e insertar los términos a usar en el lenguaje escogido<sup>1036</sup>.

Considerando lo antes expuesto, es interesante hacer referencia a lo expuesto por Surden, quien presenta un *data-meaning threshold agreement* el cual implicaría la suscripción de un contrato en lenguaje natural donde se establezca todo el contenido del contrato y, a su vez, se determine el código del *smart contract* y su interpretación<sup>1037</sup>.

Una opción similar es planteada por Legerén-Molina, quien expone que una de las figuras que mejor se adapta al proceso de formación de un contrato inteligente es el precontrato. De esta manera, se lograrían condicionar la perfección del contrato futuro definiendo todas sus condiciones elementos preestablecidos definidos por las partes, incluyendo, *inter alia*, precios y plazos<sup>1038</sup>. Dicha posición complementarí lo expuesto por Feliú Rey en

---

<sup>1034</sup> Feliú Rey, J. (2018) *op. cit.* p. 18.

<sup>1035</sup> Raskin (2017) *op. cit.* p. 324.

<sup>1036</sup> *Idem.* p. 326

<sup>1037</sup> Feliú Rey, J. (2018) *op. cit.* p. 19.

<sup>1038</sup> Legerén-Molina, A. (2018) *op. cit.* p. 223.

relación a la comprensibilidad<sup>1039</sup>, considerando que mediante un precontrato se pueden definir las condiciones de un contrato en lenguaje natural determinando con exactitud la pretensión de las partes y posteriormente se procedería a su traducción a lenguaje informático.

De igual manera, conforme al pensamiento de Legerén-Molina que este sería un “precontrato imperfecto” en el cual existe un acuerdo contractual inicial que difiere la conclusión y entrada en vigor del o de los definitivos a un momento ulterior, caracterizado por el cumplimiento de determinadas circunstancias configuradas de manera condicional<sup>1040</sup>. En otras palabras, en un precontrato imperfecto las partes se comprometen a perfeccionar el contrato proyectado pero su contenido no está totalmente precisado, aunque si suficientemente definido, quedando pendiente de un desarrollo posterior<sup>1041</sup>.

Por tanto, en el caso de la formación de un contrato inteligente, se dejan abiertos los términos del precontrato que se concreten ulteriormente, pero sin necesidad de nueva intervención de las partes (en las que ya hayan dado su consentimiento), al ser las propias máquinas las que efectúen tal tarea y verifican la concurrencia de circunstancias preestablecidas<sup>1042</sup>.

Un último detalle importante a considerar son los vicios del consentimiento ante el carácter irreversible de la ejecución pre configurada del contrato además de la determinación de la capacidad de las partes, misma que se encuentra estrechamente ligado al consentimiento. En esta línea de ideas, expone Rodríguez Olmos que estos problemas deben ser sometidos a la norma en

---

<sup>1039</sup> Feliú Rey, J. (2018) *op. cit.* p. 18.

<sup>1040</sup> Legerén-Molina, A. (2018) *op. cit.* p. 224

<sup>1041</sup> *Idem.* p. 224, citando a Cavanillas Múgica A. (2000) “Acuerdo de intenciones y opción de compra. Comentario a la STS de 11 de abril de 2000”, Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil, nº 54, octubre-diciembre, pp. 1157-1158.

<sup>1042</sup> *Idem.* p. 225



materia contractual para su solución como en cualquier otro contrato independientemente de la manera en que se exterioriza<sup>1043</sup>.

Sin perjuicio de lo anterior, en cuanto al problema de la capacidad de las partes, Durovic & Jansen exponen que la mayoría de las plataformas *blockchain* no hacen revisión de la capacidad legal de las personas que ingresan en las mismas, además existe una gran parte de usuarios realizan transacciones por medio de seudónimos<sup>1044</sup>. De tal manera, que menores de edad, o una persona en estado de ebriedad podrían formalizar un contrato inteligente<sup>1045</sup>. No obstante existen maneras de garantizar la identificación adecuada del contratante, ya sea por medio de una clave criptográfica, por medio de la firma electrónica o el *proof of identity*<sup>1046</sup>.

De igual manera, existe la opción de formalizar un precontrato previo a la redacción del contrato en lenguaje informático puede ser viable a fin de garantizar la capacidad de las partes otorgando mayor seguridad jurídica en la transacción ya que, en el estado de la ciencia actual, no siempre existirá un mecanismo adecuado para determinar con un software de manera eficiente<sup>1047</sup> si una persona se encuentra en capacidad de pactar conforme a la teoría de contratos y el derecho civil.

---

<sup>1043</sup> Rodríguez Olmos, J. M. (2020), *op. cit.* p. 16

<sup>1044</sup> Durovic, M., Janssen A. (2019) *op. cit.* p. 768.

<sup>1045</sup> *Idem.*

<sup>1046</sup> Arguelich Comelles, C. (2020) *op. cit.* p. 27

<sup>1047</sup> *Idem.* p. 12.

#### **6.4.4. Responsabilidad surgida de los Smart contracts**

Ahora bien, en cuanto a la responsabilidad por cualquier controversia relacionada con la SM Feliú Rey hace la siguiente observación:

*“[...] el cumplimiento de la prestación, en algunos supuestos, no lo realiza el ser humano sino la máquina, que cumple con los protocolos que han sido programados. Por tanto, se deberá determinar quién es el responsable de la inadecuada o insatisfactoria ejecución de las instrucciones de la prestación, a efectos de la responsabilidad y la determinación del incumplimiento”<sup>1048</sup>.*

En este sentido, la etapa precontractual en este tipo actividad toma una importancia sustancial tomando en consideración el hecho que dependiendo de los acuerdos previos y el proceso de formación llevado entre las partes, se determinará el éxito o no del negocio jurídico posterior a su ejecución automática. Por tanto, será necesario analizar las opciones que existirían a fin de que las partes contratantes puedan evitar cualquier problema que complique la ejecución del mismo.

Habiendo expuesto lo anterior, Feliú Rey hace un par de comentarios en cuanto a un tipo de responsabilidad que podría surgir en este tipo de contratos y expone que:

*“[...] podríamos afirmar que la litigiosidad no queda eliminada, pero el remedio principal, por lógica, tendería a ser más el restitutorio/indemnizatorio que el de cumplimiento en forma específica. Efectivamente, si el contrato se cumple en sus propios términos, cuando no debería por alguna causa legal o contractual que lo justificara, las*

---

<sup>1048</sup> Feliú Rey, J. (2018) *op. cit.* p. 18.

*prestaciones llevadas a cabo tendrían, en su caso, que restituirse. De ahí que el remedio sería restitutorio. Cuestión más compleja sería el ejercicio de la acción indemnizatoria, ya que primero se debería determinar el sujeto que ha causado el daño y la relación de causalidad*<sup>1049</sup>.

De tal manera que esta modalidad no está exenta de controversias y la mayoría serán causadas por hechos desarrollados en la etapa de tratativas. De tal manera que, si el contrato no se ejecuta conforme a lo pretendido por una de las partes o existe un error en el código, implicaría la existencia de una restitución por la parte causante de dicho agravio<sup>1050</sup>.

Bajo el razonamiento expuesto por el profesor en mención, esta modalidad contractual ampliaría sustancialmente la importancia de los deberes precontractuales fundamentados en el principio de buena fe. El supuesto más común en el que se dan estos contratos en la actualidad, es en servicios financieros y como fue expuesto anteriormente, en las relaciones B2C, sobre todo en cuando hay instituciones financieras involucradas, existe una asimetría informativa entre las partes, por tanto, deberes tales como el deber de información al consumidor toma mayor fuerza.

#### **6.4.5. Responsabilidad precontractual por incumplimiento del deber de información precontractual.**

El deber precontractual de información es vital en el *iter* contractual, en el derecho de consumo mucho más considerando la asimetría informativa existente entre las partes. En cuanto a los contratos automatizados, expone Argelich Comelles en consonancia con lo desarrollado en el trabajo de Feliú

---

<sup>1049</sup> Feliú Rey, J. (2018) *op. cit.* p. 24 y 25.

<sup>1050</sup> *Idem.* p. 25.

Rey, que dicho deber pretendería mitigar la existencia de resultados inadecuados, derivados del automatismo del código informático<sup>1051</sup>, además de la personalización del contrato, los errores de programación y la responsabilidad civil, la protección y encriptación de datos de carácter personal, así como su invalidez e ineficiencia en sentido estricto<sup>1052</sup>.

En tal sentido es importante citar el art. 10 de la Directiva 2000/31/CE referente a la Información exigida:

*[...] en el Derecho Comunitario, los Estados miembros garantizarán, excepto cuando las partes que no son consumidores así lo acuerden, que el prestador de servicios facilite al menos la siguiente información de manera clara, comprensible e inequívoca y antes de que el destinatario del servicio efectúe un pedido: a. los diferentes pasos técnicos que deben darse para celebrarse el contrato; b. Si el prestador de servicios va a registrar o no el contrato celebrado, y este va a ser accesible, c. los medios técnicos para identificar y corregir los errores de introducción de datos antes de efectuar el pedido, d. las lenguas ofrecidas para la celebración del contrato<sup>1053</sup>.*

Prima facie, en el literal d. a de este artículo, se podría hacer referencia a las lenguas naturales, ahora bien, a partir de una interpretación más amplia, en dicho apartado también se podría hacer referencia a las lenguas informáticas, mediante las cuales se desarrollan los contratos automatizados a base de tecnología Blockchain. Dicho lenguaje será importante que sea detallado y definido por las partes de manera expresa en la etapa de las negociaciones a

---

<sup>1051</sup> Argelich Comelles, C. (2020) *op. cit.* p. 7

<sup>1052</sup> *Idem.* p. 7

<sup>1053</sup> Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre el comercio electrónico).

fin de que ambas partes estén debidamente informadas en cuanto al alcance y uso de las diferentes lenguas a utilizar en la formación del contrato.

En tal sentido, tanto en las relaciones entre comerciantes como en relaciones de consumo, la falta de definición de los múltiples aspectos del lenguaje informático mediante el cual se auto ejecutará parte del contrato o en su totalidad podría conllevar responsabilidad por incumplimiento del deber de información precontractual.

De igual manera, los diferentes aspectos técnicos deberán ser detallados, como ser el proceso de automatización del contrato o si se desarrollará preliminarmente un precontrato en lengua natural y posteriormente se traduce a lenguaje informático. Por tanto, y considerando los múltiples aspectos técnicos de la modalidad en estudio, este deber será el que deba tener mayor protección y una regulación mucho más detallada. En el supuesto de que no se determinen en detalle las condiciones de la automatización del contrato, existe un mayor riesgo que de que el contrato no se ejecute o termine siendo nulo.

Por otro lado, no se debe descartar otras causales de responsabilidad precontractual como lo es el rompimiento intempestivo de las negociaciones la cual se someterá a la doctrina ya estudiada en la presente obra en relación en el contexto de la sociedad de la información y siempre será un riesgo en el *iter* contractual.

#### **6.4.6. Posición británica:**

Recordando que en el *common law* británico, no se reconoce una responsabilidad *per se* “precontractual” es de hacer mención lo desarrollado por la *Law Commission* británica en donde exponen que los SM que pueden ser considerados nulos (*voidable contracts*) por razones de

*missrepresentation*, *duress* y *undue influence*, figuras que han sido mencionadas a lo largo del presente trabajo<sup>1054</sup>.

En este sentido, el juez inglés debería regresar a las partes a la posición en la que se encontraban durante las negociaciones por medio de la restitución<sup>1055</sup>. Además se tendrá que tomar en consideración las características de la plataforma utilizada para el desarrollo del contrato inteligente y el tipo de contrato<sup>1056</sup>.

## **6.5. Conclusiones.**

Para comenzar las conclusiones del presente capítulo, se cita a Veiga Copo quien expone que “no se trata del comienzo del fin del derecho de contratos, sino de una forma diferente de entender y participar en las dinámicas negociales y que pueden, a futuro, arrinconar la participación humana de un modo directo”<sup>1057</sup>.

A partir de la presente cita, se interpreta que, a pesar de las novedades tecnológicas, el legislador europeo y en la mayoría de regiones del mundo ha pretendido desarrollar una norma visionaria y reforzada a fin de que cualquier innovación tecnológica pueda ser amparada en la norma, con fundamento en los diferentes principios desarrollados en relación con la innovación tecnológica.

De igual manera, y tal como se expuso a lo largo del presente capítulo, no todo SM podrá ser considerado como un vínculo contractual conforme a la

---

<sup>1054</sup> Law Commission (December 2020) *op. cit.* p. 85 (5.76).

<sup>1055</sup> *Idem.* p. 85 (5.76).

<sup>1056</sup> *Idem.* p. 85 (5.78)

<sup>1057</sup><sup>1057</sup> Veiga Copo, A. B. (2020). Smart Contract y contrato de seguro. Una ecuación asimétrica y no solo algorítmica. *Revista de Derecho del Sistema Financiero*, junio 2020 Págs. 119–184 p. 141.

desarrollado en la teoría del contrato. De esta manera, es importante la segregación de conceptos realizadas por los académicos expertos en el tema, considerando que existe un SM desde el punto de vista técnico, concepto que termina siendo completamente ambiguo y confuso, existiendo también existe el *smart legal contract*, el cual es un contrato que ha sido negociado y cumple con los requisitos explorados por la doctrina que podrá ser traducido de lenguaje natural a un lenguaje informático permitiendo su ejecución automática.

De esta manera, la tecnología *Blockchain* viene a complementar los avances realizados por el comercio electrónico y añade una nueva faceta importante, el cual es la automatización y auto ejecución del contrato completa o parcialmente gracias a su traducción en lenguaje informático. Consecuentemente, una de las características más importantes de esta modalidad, es el uso tanto del lenguaje natural como el lenguaje informático.

De esta manera en la etapa precontractual, este aspecto en particular toma bastante trascendencia en las negociaciones y representa un elemento importante en el deber de información precontractual. Ahora bien, este añadido dicho deber reviste mayor importancia en la negociación de contratos B2C considerando la asimetría entre las partes inherente en estas relaciones jurídicas.

Por tanto, el deber de información se amplía y una parte que proponga la creación de un contrato autoejecutable deberá detallar todas las características de la tecnología a aplicar para el contrato, por tanto, en el caso que no se cumpla debidamente con el mismo, pueda que exista responsabilidad. Ahora bien, sin perjuicio de lo anterior, la teoría de responsabilidad precontractual por rompimiento intempestivo de las

***NUEVOS RETOS DE LA CULPA IN CONTRAHENDO, LA FASE PRECONTRACTUAL EN LA CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA Y SU REGULACIÓN.***

---

negociaciones y tratos preliminares conforme a lo desarrollado en capítulos anteriores también aplicará en estos casos.



## **IX. Apuntes Finales y Conclusiones.**

El estudio realizado para culminar la presente tesis ha sido bastante enriquecedor. El trabajo requería el estudio de varias disciplinas dentro del derecho como ser *inter alia* filosofía, derecho de consumo, responsabilidad civil, además de diferentes elementos técnicos y relacionados particularmente con las tecnologías de la comunicación y computación al querer comprender todo el ecosistema de las redes distribuidas y la economía colaborativa, resultando en una labor aún más compleja pero a la vez fue descubrir un mundo que no se conocía en detalle, que se espera que en un futuro cercano pueda ser implementado de manera masiva en aras del interés general.

La presente tesis no pretende plantear cambios radicales en la sociedad del siglo XXI, la idea es poder dar luces de muchos aspectos que se están estudiando en la actualidad en diferentes partes del mundo. Además, se espera aportar un granito de arena a nuestras sociedades con un estudio que pueda ser un insumo a futuro para complementar el desarrollo de políticas que ayuden a que las economías centroamericanas particularmente logren adaptarse a las exigencias del mundo actual y que puedan ser más competitivas.

Conforme a lo antes expuesto, se presentan las siguientes conclusiones:

### **Primero**

Las sociedades evolucionan constantemente, igualmente lo harán los diferentes elementos que le son inherentes, como ser la revalorización de conceptos morales o los avances tecnológicos característica de la sociedad de la información que, día a día, van presentando avances sorprendentes y paulatinamente van cambiando las maneras de desenvolverse en la sociedad.

El contexto de la pandemia del COVID-19 forzó a muchas naciones y comerciantes a adaptarse a nuevos mecanismos para realizar sus actividades diarias, en aras de rescatar una situación compleja que se vio sustancialmente dañada por las diferentes medidas de bioseguridad impuestas en el mundo desde el año 2020. Bajo este contexto se pudo presenciar un cambio radical en el mundo, las empresas que no pudieron adaptarse a estos fenómenos sencillamente quebraron, mientras que las que lograron mantenerse ya prestaban servicios en línea o alcanzaron a implementar múltiples herramientas para dar el siguiente paso y adentrarse al comercio electrónico.

En la presente obra se detalló dicho contexto con referencia a informes y estadísticas de diferentes instituciones nacionales e internacionales, además del estudio de múltiples normas que desarrollan la temática, y de normas de *soft law* que pretenden instaurar la denominada *lex mercatoria* y la uniformidad del derecho internacional privado. Bajo el análisis realizado del contexto actual, se logra evidenciar en mayor medida, la necesidad de estudios que amplíen el estudio de las interacciones comerciales tanto B2B como B2C implementando diferentes innovaciones tecnológicas que introducen nuevas alternativas para la sociedad en general.

## **Segundo**

En la segunda parte se realizó un estudio detallado del periodo de tratativas, la naturaleza de la responsabilidad precontractual, el aún existente debate referente a la buena fe en la etapa precontractual dentro de los Estados con sistemas del derecho común, además de la interacción del *corpus iuris* que la regula y las innovaciones tecnológicas que van desarrollándose en la práctica comercial a nivel mundial.

En los primeros apartados del capítulo segundo se pretendió hacer apuntes relativos al fundamento filosófico del derecho contractual, donde la mayoría de las teorías más aceptadas parten de un fundamento deóntico relativo a la autonomía y libertad contractual que tiene el hombre en la sociedad y esto se evidencia a lo largo de la presente tesis. Esto sin obviar la importancia de las teorías económicas mismas que parten de un principio de maximización de la riqueza que si bien no son consideradas las teorías principales de la materia en estudio, representan también el fundamento teleológico de la actividad comercial, la cual en esencia es el flujo de capital, bienes y servicios con fines de lucro.

Con el estudio de las normas de Derecho Internacional Privado aplicadas a los contratos electrónicos se ratifica la importancia de la autonomía de las partes para determinar la norma aplicable a un contrato internacional dando y de esta manera evidenciar la influencia de las teorías deónticas del contrato en la realidad jurídica moderna. Esto sin perjuicio de las particularidades del derecho de consumo en donde se pretende regular a manera de reforzar las desigualdades existentes entre las partes en la relación de consumo y la denominada asimetría negocial existente.

El comercio electrónico y las diferentes modalidades que han surgido en ese contexto han tenido un amplio desarrollo, tal y como se ha explorado en cuanto al contrato a distancia. De igual manera, habiendo expuesto múltiples aspectos de la contratación electrónica y normas de derecho internacional privado se puede concluir que los principios de la contratación electrónica se mantienen vigentes y su relevancia es evidente considerando los rápidos avances tecnológicos que existen en la actualidad en todo el *íter* contractual incluyendo el periodo de *in contrahendo*.

### **Tercero**

Ha quedado evidenciada la heterogeneidad de la etapa precontractual, su naturaleza jurídica, y finalidad. La etapa precontractual comprende una gran cantidad de actos realizados por particulares encaminados hacia la formalización de un vínculo contractual.

En primer término, se encuentran los tratos preliminares en los cuales se encuentran los primeros acercamientos entre los futuros contratantes, mismos que tienen la finalidad de sentar las bases para la formulación de una oferta contractual mediante la cual el emisor expresa su intención de perfeccionar un contrato. Dependiendo del caso en concreto y su complejidad, se podrá contemplar un precontrato tal como una promesa de venta. Todo este proceso conlleva a las partes al perfeccionamiento del contrato en caso de no surgir una controversia con anterioridad.

La extensión de dicha etapa se delimita desde el momento que comienzan las primeras comunicaciones constitutivas de tratativas previas, y culmina propiamente al conocerse el consentimiento de las partes dando lugar al perfeccionamiento del contrato.

#### **Cuarto**

En el *iter* contractual coexisten dos principios que regularán todos los tratos desarrollados en dicha etapa. Uno que permite el libre desenvolvimiento del hombre para hacer negocios conforme al pensamiento de las teorías deónticas del contrato, la autonomía de la voluntad o libertad contractual. Por otro lado, está el principio de buena fe, misma que limitará el accionar de las partes a fin de que eviten perjuicios en contra de ellos en todas las etapas de la vida del vínculo contractual.

El principio de la buena fe en el derecho contractual ha sido ampliamente desarrollado en España, convenciones, instrumentos de *soft law* y en cierta

medida, en gran parte de Latinoamérica. El principio de buena fe regula la libertad contractual, que, en caso de que se desarrolle una actuación contraria a dicho principio, existiría una posible causal de responsabilidad dependiendo del caso concreto.

Sin perjuicio de lo anterior, no todos los sistemas legales comparte la apertura que otorgan los Estados de sistema civil a este principio. La diferencia primordial entre el sistema anglosajón y el derecho civil radica en su reconocimiento como principio regulador de la etapa precontractual.

En el *common law* no se exige una obligación de buena fe en las negociaciones, tal y como pasa con los estados de tradición civil. En la jurisprudencia de los tribunales ingleses, se han planteado diversas soluciones con respecto a supuestos actos antijurídicos desarrollados durante las negociaciones las cuales consideran los juristas de dicha nación como más adecuadas que un principio general que existiría en detrimento de la libertad contractual que se pretende proteger en dicho sistema. En otros Estados regidos por el derecho anglosajón han tomado posiciones similares como lo es Australia y Canadá. No obstante, en Estados Unidos, se reconoce un principio general de buena fe contractual conforme a lo desarrollado en si Código Comercial Uniforme.

Habiendo expuesto lo anterior, dicho principio representa una pieza fundamental para el estudio del íter contractual en todas sus etapas a pesar del continuo debate existente al respecto con otros sistemas jurídicos diferentes al derecho civil que domina el mundo hispano parlante. De tal manera que su estudio continúa siendo un reto relevante en la sociedad del siglo XXI a fin de lograr reducir la brecha existente entre la norma británica con la del resto de Europa.

## **Quinto**

Los principales deberes precontractuales tienen su fundamento en la buena fe *in contrahendo* y también se les denomina deberes secundarios por el principio del cual se derivan. El deber de lealtad en las negociaciones engloba en su naturaleza muchos de los elementos de la buena fe *in contrahendo*, y el mismo pretende permitir un ambiente propicio para desarrollar las negociaciones.

Por medio de un estudio comparativo del deber de confidencialidad y de información en varios cuerpos normativos, se evidencia la importancia de que las partes mantengan un canal de comunicación idóneo, considerando que muchas de las causales de responsabilidad surgirán por información errónea o por falta de la misma.

Por otro lado, dependiendo de la modalidad tecnológica aplicada en el *iter* contractual como ser un contrato electrónico o cuando se hace referencia a contratos con elementos de auto ejecución como lo son los SM, podrá variar el tipo de información que tienen que proporcionar las partes, tanto en relaciones entre comerciantes como de consumo. Por lo cual, será importante que el deber de información precontractual siempre mantenga una redacción abierta siempre en sintonía con el principio de neutralidad tecnológica. Cabe mencionar que no todas las regulaciones presentan elementos de este tipo por lo que este es uno de los retos pendientes en esta materia.

## **Sexto**

La responsabilidad precontractual tuvo su génesis en la escuela jurídica alemana siendo su mayor exponente Rudolf Von Ihering y la misma evolucionó a partir de las nociones desarrolladas a partir de estudios teleológicos

referentes a las promesas a partir de los estudios desarrollados por Grotius, además de las teorías volitivas y las teorías de la declaración estudiadas por Savigny.

La responsabilidad precontractual surge en la mayoría de los casos por el rompimiento intempestivo de las negociaciones de manera unilateral y el bien jurídico a proteger por dicho deber es el interés negativo, o la pretensión de lograr cerrar el negocio jurídico de manera satisfactoria de tal manera que en la gran mayoría de casos solo cabría la reparación del daño emergente.

En los sistemas de corte civil la balanza se ha inclinado hacia la teoría de la responsabilidad extracontractual y esto se evidencia en la normativa de la UE al incluir la culpa *in contrahendo* en el texto del Reglamento de Roma II relativo a la responsabilidad extracontractual, refiriéndose únicamente al incumplimiento de los acuerdos preliminares. De esta manera, tal posición ha sido confirmada en España y varios Estados latinoamericanos en su jurisprudencia. No obstante, muchos estados, sobre todo en Centroamérica no han desarrollado una posición clara en cuanto a los temas estudiados en la presente tesis, y se espera que, en un futuro cercano, considerando el contexto de la pandemia, se pueda dar mayor estudio a la etapa de tratativas en la contratación electrónica en la región.

### **Séptimo**

El desarrollo de la *lex mercatoria* representa una de las prioridades en el ámbito del comercio internacional en la sociedad actual reinada por la innovación tecnológica donde la información tiene un valor incalculable. Se ha evidenciado por los diferentes instrumentos que pretenden uniformar el derecho de contratos en diferentes regiones del mundo, que Europa el continente que ha liderado este proceso ya sea dentro de la UE o a través de otras iniciativas institucionales como ser los principios DCFR. En tal sentido,

se continuarán los diferentes procesos encaminados a la uniformidad y modernización del derecho de contratos y de obligaciones.

Cabe mencionar que al menos en cuanto a la regulación de la etapa precontractual, en los diferentes cuerpos normativos de soft law, existen líneas claras de su desarrollo. Se prioriza la determinación e identificación de los principales deberes precontractuales como el deber de información. En cuanto a la CIC, muchos instrumentos han optado por una redacción en la que se hace referencia a “acciones contrarias a la buena fe”.

Es importante mencionar en cuanto a normativa interna se refiere, las alternativas existentes en el marco de la responsabilidad precontractual son bastante heterogéneas, y se han adecuado conforme a las diferentes realidades jurídicas y sociales de cada Estado tal y como fue en el caso alemán y los países con sistema de derecho común como lo es Reino Unido.

En el caso particular de Latinoamérica, con la presentación de los PLDC en la región por parte de la academia, se espera que dicha iniciativa logre sembrar la semilla en los Estados latinoamericanos a fin de que se pueda continuar con el proceso para unificar el derecho de contratos y contratación electrónica tomando en consideración las particularidades históricas y culturales de la región, siendo este, el reto pendiente de la región en la materia.

### **Octavo**

El legislador moderno ha pretendido desarrollar una norma visionaria y reforzada a fin de que cualquier innovación tecnológica pueda ser amparada en la norma, por medio de un efecto sombrilla, con fundamento en los diferentes principios desarrollados en relación con la innovación tecnológica partiendo de las leyes modelos de la CNUDMI



La innovadora tecnología *Blockchain* ha complementado los avances realizados por la teoría de la contratación electrónica y añade una nueva faceta importante en la misma, el cual es la automatización y auto ejecución parcial o completa del contrato gracias a su traducción en lenguaje informático. Consecuentemente, una de las características más importantes de la modalidad denominada SM, es el uso tanto del lenguaje natural como del lenguaje informático.

No todo SM podrá ser considerado como un vínculo contractual conforme a la desarrollado en la teoría del contrato. Por tanto, es importante la separación de conceptos realizadas por los académicos expertos en el tema, considerando que existe un SM desde el punto de vista tecnológico, concepto que termina siendo completamente ambiguo y confuso, existiendo también existe el denominado *smart legal contract*, el cual es un contrato que ha sido negociado y cumple con los requisitos explorados por la doctrina que podrá ser traducido de lenguaje natural a un lenguaje informático permitiendo su ejecución automática parcial o totalmente.

En cuanto al deber de información, una parte que proponga la creación de un contrato autoejecutable deberá detallar todas las características de la tecnología a aplicar para la formación del contrato incluyendo el detalle del o los lenguajes a utilizar en el mismo (lenguaje natural o lenguaje informático) y el momento en el que se aplicarán. Por tanto, en el caso que no se cumpla debidamente con el mismo, pueda que exista responsabilidad precontractual. Además, dicho deber reviste de mayor importancia en la negociación de contratos B2B y en un nivel mayor en las relaciones B2C considerando la asimetría entre las partes inherente en estas relaciones jurídicas descrito a lo largo de la tesis.

Ahora bien, sin perjuicio de lo anterior, la teoría de responsabilidad precontractual por rompimiento intempestivo de las negociaciones conforme a lo desarrollado en el presente estudio también aplicará en estos casos. Ambos supuestos descritos siempre tendrían como fundamento la protección del interés negativo de la parte afectada, como el resarcimiento del daño emergente causado, tomando en consideración el debido balance entre la autonomía de la voluntad y la buena fe precontractual.

Por tanto, el verdadero reto para un Estado que desee implementar esta tecnología requerirá lo siguiente:

- Una normativa civil y mercantil con una posición definida en relación a la formación del contrato sin importar la modalidad que se pretenda implementar para el desarrollo del negocio jurídico.
- Una normativa que permita y fomente la creación de la infraestructura necesaria para el desarrollo de la economía colaborativa contando particularmente con regulación de la aplicación de la tecnología *blockchain* en relaciones comerciales,
- Una amplia reforma a la protección al consumidor que contemple el consumo de servicios digitales en la red.
- Se tendrá que determinar los mecanismos adecuados para que los gobiernos y sus bancos centrales puedan usar esta tecnología para optimizar sus servicios, tal y como pretende hacer el Estado de Honduras por medio de su Reglamento General de Gobierno Electrónico de 2020.

## **BIBLIOGRAFÍA**

- Aguilar Gutiérrez, A. (1950). "El periodo Preliminar o de formación del Contrato y la responsabilidad precontractual". *Boletín del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, No. 7, año III, México DF, enero – abril.*
- Albaladejo García, M. (1997). *Derecho Civil II, Derecho de Obligaciones, Vol. I.* Barcelona: Bosh.
- Alcalde Silva, J. (2011). Alcalde Silva, J. (2011) Comentario Sobre la “Propuesta de la Anteproyecto de Ley de Modificación del Código de Comercio Español en la Parte General sobre Contratos Mercantiles y Sobre Prescripción y Caducidad”. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXXVII (Valparaíso, Chile 2do Semestre de 2011)*, pp. 32-92.
- Alfonso, V., Boar, C., Frost, J., Gambacorta, L., & Liu, J. (2021). *E-commerce in the pandemic and beyond.* (36). BIS Bulletin.
- Alonzo Pérez, M. (1971). “La Responsabilidad Precontractual”. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario - Núm. 485, Julio - Agosto 1971*, 859-922.
- Argelich-Comelles, C. (2020). Smart Contracts O Code Is Law: Soluciones Legales Para La Robotización Contractual (Smart Contracts or Code Is Law: Legal Remedies for Contractual Robotization). *InDret, Vol. 2.*
- Arias Henao, D. P., & Arias Henao, H. E. (2012). 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. *Tecnura*, 16(32), 143-154.

Arroyo Aparicio, A. (2010). LOS CONSUMIDORES ANTE LOS CONTRATOS A DISTANCIA, Estudio del ordenamiento español a la luz de la jurisprudencia del TJUE: Asuntos EasyCar y Handelsgesellschaft Heinrich Heine GmbH. *Revista de Derecho UNED* núm. 6, 41-96.

Barceló, R. (2000). "*Comercio Electronico entre Empresarios. La formación y prueba del contrato (EDI)*". Valencia: Tirant Le Blanch.

Barroilhet Díez, A. (2019). Criptomonedas, economía y derecho. *Revista chilena de derecho y tecnología, Volumen 8 N. 1.*, 29-67.

BBCMundo. (23 de Septiembre de 2010). "*Blockbuster se declara en bancarrota*". Obtenido de [bbc.com](https://www.bbc.com/mundo/economia/2010/09/100923_blockbuster_en_bancarota_amab) : [https://www.bbc.com/mundo/economia/2010/09/100923\\_blockbuster\\_en\\_bancarota\\_amab](https://www.bbc.com/mundo/economia/2010/09/100923_blockbuster_en_bancarota_amab)

Becerra, J. (., Cotino Hueso, L., León, I. P., Sánchez-Acevedo, M. E., Torres Ávila, J., & Velandia Vega, J. (2018). *Derecho y Big Data, Coleccion Jus Público 25.*, Bogotá: Editorial Universidad Católica de Colombia.

Bedir, C. (2020). Contract Law in the Age of Big Data. . *European Review of Contract Law, Vol. 16 Issue 3*, 347-365.

Bencomo Fariñas, Y. (2020). Apuntes críticos en torno a la actual regulación jurídica de los tratos preliminares y la responsabilidad precontractual en la contratación económica en Cuba. . *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, 50 (132)*, 170-191.

Berger, K. P. (2010). The Lex Mercatoria (Old and New) and the TransLex-Principles. "*Trans-Lex.org Law Research*".

- Blanco, P. J., & Menéndez, Á. E. (2021). Nuevos Escenarios del Derecho Internacional Privado de la Contratación. *Tirant Le Blanch, Valencia*.
- Borda, A. (2014). "La buena fe en la etapa precontractual". *129 Vniversitas*, 39-80.
- Borja Martínez, M. (2009). "El Contrato Preparatorio". *Revista de Derecho Notarial Mexicano, Numero 122*, p 41-76.
- Bosch Capdevila, E. (2006). Precontrato y Opcion. En J. Adame Goddard, *Derecho civil y culturas y sistemas juridicos comparados (No. 34 (37) (078.7) 346)*. e-libro, Corp. (págs. 3-24). México D.F.: Primera Edición Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- Braut Filipović, M., & Tomulić Vehovec, M. (2012). Precontractual liability in EU and Croatian law. Harmonius. *Journal of Legal and Social Studies in South East Europe, 1(1)*, 13-32.
- Bridge, M. (2019). "Limits on Contractual Freedom". *The Chinese Journal of Comparative Law, Volume 7, Issue 3, December 2019*, 387–412.
- Brownsword, N., Hird, N., & Howells, G. (1999). *Good Faith in Contract, Concept and Cases*. London: Dartmouth Publishing Company Ltd.
- Bryman, A. (2012). *Social Research Methods, 4th Ed.* . Oxford: Oxford University Press.
- Buades Feliú, J. (08 de junio 2020). Comentario de la sentencia de 29 de mayo de 2020 de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 19, sobre el alcance y efectos obligacionales de los tratos preparatorios o actos preliminares en el "iter" contractual. *Bufete Buades Derecho Mercantil*.

- Buiten, M. C. (2019). Towards intelligent regulation of artificial intelligence. . *European Journal of Risk Regulation*, 10(1) Cambridge University Press, 41-59.
- Busch, C. (2020). Chapter 6: Self-regulation and regulatory intermediation in the platform economy. . En M. Cantero Gamito, & H. (. Micklitz, *The Role of the EU in Transnational Legal Ordering: Standards, Contracts and Codes*. (págs. 115-134). Cheltenham, UK: Edward Elgar Publishing.
- Busch, C., Schulte-Nölke, H., Wiewiórowska-Domagalska, A., & Zoll, F. (2016). The rise of the platform economy: a new challenge for EU Consumer Law . *Journal of European Consumer and Market Law*, Issue 1/2016, 3-09.
- Bustos Pueche, J. E. (2004). La antijuricidad, presupuesto de la responsabilidad extracontractual. *Revista de LA LEY septiembre 2004*, 29-38.
- Cai, P. (2017). *Understanding China's Belt and Road Initiative*. Lowy Institute for International Policy.
- Calvo Caravaca, A. (2020). Consumer Contracts in the European Court of Justice case law. Latest trends . *Cuadernos de derecho transnacional*, 12(1), 86-96.
- Cámara Lapuente, S. (2014). La nueva Protección del Consumidor de Contenidos Digitales tras la ley 3/2014 de 27 de marzo. *Centro de Estudios de Consumo, Universidad Castilla de la mancha Octubre 2014*.
- Carreño Mendoza, S. (2015). La negociación precontractual: su delimitación en el íter contractual/precontractual. *Global lure vol 3*, 79-91.

- Carreño Mendoza, S. (2019). "La ruptura de la negociación: La potestad de retiro y los motivos que acompañan su ejercicio en el derecho privado". *36 Rev. Derecho Privado*, 233-255.
- Carron, B., & Botteron, V. (2019). Chapter 5. How smart can a contract be? En D. O. Kraus, *Blockchains, smart contracts, decentralised autonomous organisations and the law* (págs. 101-143). Edward Elgar Publishing.
- Cartwright, J., & Hesselink, M. (. (2009). *Precontractual Liability in European Contract Law*. New York: Cambridge University Press.
- Castellanos Ruiz, E. (2009). Las Normas de Derecho Internacional Privado Sobre Consumidores en la Ley 34/2002 de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico". *Cuadernos de Derecho Transnacional* 1(2) , 134-159.
- Castrillón y Luna, V. (2008). La Libertad Contractual. *Revista de la Facultad de Derecho de México*, 58(250),, 155-181.
- Castro Ayala, J., & Calonje Londoño, N. (2015). "Derecho de Obligaciones: Una aproximación a la praxis y a la constitucionalización" . *Derecho Civil, Universidad Católica de Colombia*.
- Casu, G. (2015). "Le projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats" . *Revue de la Recherche Juridique - Droit prospectif, Presses Universitaires d'Aix-Marseille*, 601.
- Chissick, M., & Kelman, A. (2002). "*E-commerce law and practice*". London: (3rd edition) Sweet & Maxwell.
- CNUDMI. (2007). *La guía de la CNUDMI Datos básicos y funciones de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional*. Viena: Naciones Unidas.

*Codigo Civil de Honduras.* (1906). Tegucigalpa: OIM.

Cohn, A., West, T., & Parker, C. (2017). Smart After All: Blockchain, Smart Contracts, Parametric Insurance, and Smart Energy Grids. *Georgetown Law Technology Review* 273, 273-304.

Collins, H. (2014). Implied terms: the foundation in good faith and fair dealing. *Current Legal Problems, The London School of Economics and Political Science* 67(1), 297-331.

Contreras Vaca, F. J. (1999). Análisis de la Convención Interamericana sobre derecho aplicable a los contratos internacionales. . *OPENAIRE*.

Cordero-Moss, G. (2014). *International commercial contracts: Applicable sources and enforceability*. Cambridge University Press.

Couture, E. J. (1948). El porvenir de la codificación del common law en el continente americano. . *Revista Juridica de la Universidad de Puerto Rico*, 18(1), 1-21.

Creswell, J. (2007). Philosophical, paradigm, and interpretative Frameworks. En J. Creswell, *Qualitative inquiry and research design: choosing among five approaches*. (págs. 15-34). Thousand Oaks: Sage.

Cuadrado Pérez, C. (2003). "Oferta, Aceptación y Conclusión del Contrato". *Publicaciones del Real Colegio de España*.

Davidson, S., De Filippi, P., & Potts, J. (2016). Economics of blockchain. *Public Choice Conference, May 2016, Fort Lauderdale, United States*.

De Filippi, P., & Wright, A. (2018). *"Blockchain and the Law: The Rule of Code"*. Harvard University Press ProQuest Ebook Central.



- De la Maza Gazmuri, I. (2007). Deber de informar, dolo incidental e incumplimiento contractual. Nota a la STS de 11 de julio de 2007. *Anuario de derecho civil*, 60(4), , 1843-1859.
- De la Maza, I., Pizarro, C., & Vidal, A. (. (2017). "Los Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos". Madrid : Agencia Estatal Boletín Oficial Español, Colección Derecho Privado 13.
- Diez-Picazo, L. (1970). "Derecho Civil" *tomo II, vol I*. Barcelona: Bosch.
- Diez-Picazo, L. (1996). *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, Vol. 1. Introducción a la teoría del Contrato Quinta Edición, Editorial Civitas .* Madrid: Civitas .
- Díez-Picazo, L. (2009). Notas sobre la indemnización del daño causado por el dolo incidental. . *Anuario de derecho civil*, 62(3), , 1043-1054.
- Diez-Picazo, L. (2013). *Sistema de Derechos Fundamentales*. Pamplona: Thompson Reuters cuarta edición.
- Durovic, M., & Janssen, A. (2019). "The Formation of Blockchain-based Smart Contracts in the Light of Contract Law". *European Review of Private Law 6-2019 Kluwer Law International BV*, 753–772.
- EMARKETER. (27 de junio de 2019). *Retail e-commerce sales worldwide from 2014 to 2023 (in billion U.S. dollars) [Graph]*. Obtenido de Statista: <https://www.statista.com/statistics/379046/worldwide-retail-e-commerce-sales/>
- Enochs, M. (23 de 04 de 2020). "The Covid-19 shift to Digital is Forcing Retailers to Change Forever". *COVID-19 Commerce Insight, an Emarsys initiative cooperation with GoodData*. . Obtenido de

ccinsight.org: <https://ccinsight.org/resources/the-covid-19-shift-to-digital-is-forcing-retailers-to-change-forever/>

Escudero Alday, R. (2012). El concepto de Soft Law. En J. J. Moreso, & J. (. Martí, *Contribuciones a la Filosofía del Derecho. Imperia en Barcelona 2010* (págs. 97-116). Marcial Pons.

Europea, C. (1989). *DECISIÓN DEL CONSEJO de 5 de abril de 1989 que modifica la Decisión 87/499/CEE por la que se establece un programa comunitario relativo a la transferencia electrónica de datos de uso comercial utilizando las redes de comunicación (TEDIS)*.

Europea., U. (2000). Directiva 2000/31/CE Sobre Comercio Electrónico. *Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior*.

Fa, H. (1999). [Contract Law] (promulgated by the Standing Coumn. Nat'1 People's Cong., Mar. 15, 1999, effective Oct. 1, 1999) art. 42. *China Law Info*.

Faúndez Ledezma, H. (2007). El agotamiento de los recursos internos en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. *Centro de Estudios de Derechos Humanos. Universidad Central de Venezuela*.

Feenstra, R. (1975). Grocio y el derecho privado europeo , (45). *Anuario de historia del derecho español*, 605-622.

Feliú Rey, J. (2018). "Smart Contract: concepto, ecosistema y principales cuestiones de Derecho privado". 2018. *La Ley Mercantil*, nº 47, 1-27.

- Fernández Flores, R. (2015). La ejecución de los contratos click-wrap y browse-wrap en Derecho español. *Revista Jurídica "Economist & Jurist"* Vol. 23, Nº. 187, 82-87.
- Figuroa Vargas, S. C., & Anaya Torres, M. A. (2018). Sentencia No. C-1008/2010 de la Corte Constitucional de Colombia y su fundamentación en la Lex Mercatoria. *IUS ET VERITAS*, (57), 30-42.
- Finck, M. (2018). Digital co-regulation: designing a supranational legal framework for the platform economy. . *European Law Review*.
- Flanagan, P. M. (2004). "Demythologising the law merchant: the impropriety of the lex mercatoria as a choice of law". . *International Company and Commercial Law Review*.
- FMI. (2018). *Regional Economic Outlook: Western Hemisphere, an uneven recovery*. Washington D.C.: World Economic and Financial Surveys.
- Forner Delaygua, J. J. (2013). B) DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO. *Revista Española de Derecho Internacional* 65(1), 277-308.
- Frosio, G. F. (2017). Reforming intermediary liability in the platform economy: A European digital single market strategy. *Northwestern University Law Review* Vol. 112, 18-46.
- Garcés Vásquez, P. A. (2014). *EL CONSENTIMIENTO: Su formación y sus vicios*. nstitución Universitaria de Envigado .
- García Cantarero, G. (2010). "*Estudios sobre el Proyecto de Código Europeo de Contratos de la Academia Pavia*". Madrid: Editorial Reus S.A.
- García Rubio, M. P. (2010). Responsabilidad Precontractual en la Propuesta de Modificación del Derecho de Obligaciones y Contratos . *Anuario de Derecho Civil (ADC)* 63(4) Tomo LXIII fasc. IV., 1621-1642.

- García Rubio, M. P. (2010). La responsabilidad precontractual en la propuesta de modificación del derecho de obligaciones y contratos. . *Anuario de Derecho Civil*, 63(4). , 1621-1642.
- García Rubio, M., & Otero Crespo, M. (2010). “La responsabilidad precontractual en el Derecho Contractual Europeo” . *Revista para el Análisis del Derecho InDret* 2/2010 p. 4.
- Garriga Domínguez, A. (2016). *Nuevos retos para la protección de datos personales. En la Era del Big Data y de la computación ubicua*. Dykinson.
- Geiregat, S. (2018). Cryptocurrencies are (smart) contracts. . *Computer law & security review*, 34(5), 1144-1149.
- Giliker, P. (2003). A role for tort in pre-contractual negotiations? An examination of English, French, and Canadian law. *The International and Comparative Law Quarterly, Cambridge University Press*, 52(4), 969-993.
- Giraldo Bustamante, C. (2017). “La justicia en el derecho privado contractual: una realidad en construcción” . *Revista de Derecho Privado*, núm. 57, enero-junio, pp. 1-32 .
- Giraldo Bustamante, C. (2019). El Code y el contrato, nacimiento y desarrollo de una teoría. *Revista De Derecho, Barranquilla* (51), 112-133.
- Gómez Ramos, E. L., Gómez Chinas, C., & Camacho, D. J. (2021). Las tecnologías de la información y la comunicación como determinantes en el modelo de crecimiento de Corea del Sur: perspectivas hacia una alianza comercial con México. *México y la Cuenca del Pacífico*, 10 (28), 71-92.

Gómez Vásquez, C. F. (2006). "El principio de conservación del contrato en el derecho contractual internacional (análisis dogmático y contextual). En L. Ed. CORREA RESTREPO, *Algunos problemas de la contratación privada Colección Memorias Jurídicas #2* (págs. 53-82). Medellín: Sello Editorial Universidad de Medellín.

Governatori, G., Idelberger, F., Milosevic, Z., Riveret, R., Sartor, G., & Xu, X. (2018). On legal contracts, imperative and declarative smart contracts, and blockchain systems. . *Artificial Intelligence and Law*, 26(4)., 377-409.

Gregoraci Fernández, B. (2017). Los Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos: una mirada desde el Derecho europeo. *Pontificia Universidad Católica de Valparaíso (Chile). Anuario de derecho civil* 70(4), 1575-1611.

Grenon, S. (2019). Codifying code? Evaluating US smart contract legislation. *Legal Policy & Research Unit International Bar Association (IBA)*.

Guillaume, F. (2019). Chapter 3. Aspects of private international law related to blockchain transactions. En D. Kraus, T. Obrist, & O. Hari, *Blockchains, smart contracts, decentralised autonomous organisations and the law*. (págs. 49-82). Edward Elgar Publishing, .

Guillén Catalán, R. (2009). "Oferta Contractual y Nuevas Tecnologías". *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías Editorial Aranzadi S. A.*

Guo, H., Liu, J., Qiu, Y., Menenti, M., Chen, F., Uhlir, P. F., . . . Liu, J. (2018). The Digital Belt and Road program in support of regional sustainability. *International Journal of Digital Earth*, Vol. 11 (7), 657-669.

Gutmann, T. (2013). "Theories of contract and concept of Autonomy". *Law and Contemporary Problems, Münster: Zvi Meitar Center for Advanced Legal Studies* .

Guzmán Brito, A. (2000). "PARA LA HISTORIA DE LA FORMACIÓN DE LA TEORÍA GENERAL DE ACTO O NEGOCIO JURÍDICO Y DEL CONTRATO,III: LOS ORÍGENES HISTÓRICOS DE LA TEORÍA GENERAL DEL CONTRATO". *Revista de estudios histórico-jurídicos*, (22)., 45-60.

Hedley, S. (2006). *"The Law of Electronic Commerce and the Internet in the UK and Ireland"*. London: Cavendish Publishing Ltd.

Hernández Fraga, K., & Guerra Cosme, D. (2012). "El Principio de Autonomía de la Voluntad Contractual Civil. sus Límites y Limitaciones". . *REJIE: Revista Jurídica de Investigación e Innovación Educativa* Núm.6, junio 2012, 27-46.

Herrera Bravo, R., & Salazar Revuelta, M. (2019). La Teoría del Consentimiento Contractual y su Proyección en la Tradición Romanística y en la Codificación Europea: Un Análisis Histórico-Comparativo. En A. M. Villar, A. C. González, & S. C. Pérez-Gómez, *Homenaje al Profesor Armando Torrent*. (págs. 445-475). Midac, SL.

Hevia, M. (2014). "Razonabilidad y responsabilidad: Rawls, Kant y la teoría del derecho contractual". . *Discusiones XV no. 15,2* , 15-47.

Hevia, M. (2015). Kant y la filosofía del derecho contractual: las teorías basadas en la autonomía. . *Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho. Instituto de Investigaciones Jurídicas.* , 2501-2351.

IBA. (2019). *Perspectives in Practice of the UNIDROIT Principles 2016 Views of the IBA Working Group on the practice of the UNIDROIT Principles 2016*. International Bar Association .

Illescas Ortiz, R. (2013). *"Derecho del Comercio Internacional y de la Contratacion Electrónica"*. San José: IJSA Investigaciones Juridicas.

- Jiménez Cano, R. M. (2000). Sobre los principios generales del Derecho. Especial consideración en Derecho español. *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, 2000, n. 3,, 1-18.
- Jordan, C. (2010). "International Financial Standards and the Explanatory Force of Lex Mercatoria". *Center for Transnational Legal Studies Faculty Papers & Publications Research Paper*, 12-120.
- Kessler, F., & Fine, E. (1964). "Culpa in contrahendo", Bargaining in good faith, and freedom of contract: a comparative study. *Harvard Law Review*, Boston, vol. 77, núm. 3,.
- Klein, J., & Bachechi, C. (1994). "Precontractual Liability and the Duty of Good Faith Negotiation in International Transactions". *Houston Journal of International Law Volume 17, Fall 1994, Number 1*.
- Kock, G. L. (1960). Formación del contrato los criterios que la determinan. . *Inter-American Law Review*, 2(2), 357-374.
- Kovac, M. (2019). Culpa in Contrahendo, Promissory Estoppel, precontractual good faith and irredeemable Acts. *Asian Journal of Law and Economics*.
- Kraus, J. (2004). "Philosophy of Contract Law". En C. J., & S. (. Shapiro, *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law* (págs. 687-751). New York: Oxford University Press.
- Kritzer, A. H. (2008). Pre-Contract Formation. *CISG Database* ([CISG.law.pace.edu](http://CISG.law.pace.edu)).
- Kuyven, L. F. (2010). *La Responsabilité Precontractuelle dans le commerce international: Fondaments et regles applicables dans une perspective d'harmonisation*. . Université de Strasbourg.

- Kwakwa, E. (2002). *Perspectives in International Economic Law* (Editado por QURESHI, A.H.). Londres: Kluwer Law International.
- Lando, O. (1990). "European Contract law" . En P. (. Sarcevic, "*International Contracts and Conflict of Laws: A collection of Essays*".
- Lando, O., Beale, H., Benlloch, M. P., Irujo, J. M., & Sanz, F. M. (2003). *Principios de derecho contractual europeo:(los trabajos parlamentarios de la" Comisión de Derecho contractual europeo).*
- Lauslahti, K., Mattila, J., & Seppälä, T. (2017). "Smart Contracts – How will Blockchain Technology Affect Contractual Practices?" . . *ETLA Reports No 68*.
- Law Commission UK. (2020). "*Smart Contracts; Call for evidence*". London.
- Legerén-Molina, A. (2018). "Los contratos inteligentes en España (La disciplina de los smart contracts)/Smart contracts in Spain; the regulation of smart contracts" . . *Revista de Derecho civil, 5(2).*, 193-241.
- Lehdonvirta, V., Kässi, O., Hjorth, I., Barnard, H., & Graham, M. (2019). The global platform economy: A new offshoring institution enabling emerging-economy microproviders. . *Journal of Management, 45(2)*, 567-599.
- León, L. L. (2006). Actualidad de Jhering. La responsabilidad por el daño a la confianza en haber celebrado un contrato regular. . *Derecho & Sociedad (26)*, 287-301.
- Li, X., Jiang, P., Chen, T., Luo, X., & Wen, Q. (2017). A survey on the security of blockchain systems. . *Future Generation Computer Systems. Volume 107, June 2020.*, Pages 841-853 .



- Lipsman, A. (27 de junio de 2019 ). "*Global Ecommerce 2019: Ecommerce continues strong gains amid global economic uncertainty*". Obtenido de Emarketer.com: <https://www.emarketer.com/content/global-ecommerce-2019>
- Liukkunen, U. (2020). Chinese context and complexities—comparative law and private international law facing new normativities in international commercial arbitration. . *Ius comparatum*. .
- Lloredo Alix, L. M. (2010). *Ideología y Filosofía en el positivismo jurídico de Rudolf Von Jhering*. Madrid : Universidad Carlos III de Madrid, Instituto de Derechos Humanos "Bartolomé de las Casas".
- Lookofsky, J. (2017). "*Understanding the CISG*". Copenhagen: 5th (Worldwide) Edition. Wolters Kluwer Law International.
- López Fung, J. (2016). Innovaciones contractuales: el Memorando de Entendimiento. . *Revista Ius et Veritas*, (52), 202-213.
- López-Tarruella Martínez, A. (2017). "El criterio de las actividades dirigidas como concepto autónomo de DiPr de la Unión Europea para la regulación de las actividades en internet". *Revista española de derecho internacional*, Vol. 69, N° 2., 223-256.
- Mahoney, P. G. (2001). The common law and economic growth: Hayek might be right. . *The Journal of Legal Studies*, 30(2), 503-525.
- Maniruzzaman, A. (1999). The lex mercatoria and international contracts: challenge for international commercial arbitration. . *American University of International Law Review*, 14(3), 657-734.

- Manzanares Secades, A. (1984). "La responsabilidad precontractual en la hipótesis de ruptura injustificada de las negociaciones preliminares". . *Anuario de Derecho civil*, 37(3).., 687-748.
- Manzanares Secades, A. (1985). La Naturaleza de la Responsabilidad Precontractual o culpa in contrahendo. *Anuario de Derecho Civil Vol. 38, No. 4*, 979-1010.
- Marin Narros, H. D. (2012). *Estudio de los principales acuerdos precontractuales con modelos en inglés y español*. J.M. BOSCH EDITOR. Pag 11.
- McGregor, H. (1993). Contract Code (Drawn up on behalf of the english law Commission),.
- Mejia Cambar, O. (2019). El Reglamento General de Protección de Datos Europea: Un Vistazo a la Actualidad de la Era Digital". . "La Revista de Derecho", *Universidad Nacional Autónoma de Honduras Vol. 40(1)*, 93-104.
- Mendieta Pineda, J. A. (2011). "La Culpa In contrahendo. Historia, Evolución y Estado Actual de la Cuestión. ". *Revista e-mercatoria*, (2), 40-74.
- Menéndez Mato, J. C. (1998). La oferta contractual. *Aranzadi*.
- Menendez Mato, J., & Santa Cecilia, M. E. (2014). "*Derecho e Informática: Ética y Legislación*". Madrid: Bosch Editor.
- Mirosa Martínez, P. (2017). "Libertad de Empresa, Derecho al Trabajo, Dignidad Humana y Crisis Económica (6ta ponencia)". En E. Bartlett, & M. (. Bardají, *Libertad, Igualdad, Solidaridad: Tres Principios, una democracia; la Liberal. Seminario Permanente de Derechos Humanos Antonio Marzal*. (págs. 105-119). Barcelona.: Bosch Editor.

- Monsalve Caballero, V. (2008). Consideraciones actuales sobre la obligación precontractual de información, una perspectiva europea. *Vniversitas*, Vol. 117, julio-diciembre, 115-152.
- Monsalve Caballero, V. (2010). *"Responsabilidad Precontractual, la ruptura injustificada de las negociaciones"*. Bogotá: Grupo Editorial Ibañez.
- Monsalve Caballero, V. (2013). The Legal and Historical Panorama of Culpa in Contrahendo at Contractual Negotiations. An Approach from European and Latin American Law . *Revista de Derecho*, núm. 39, enero-junio, 2013., 126-148.
- Montalban, M., Frigant, V., & Jullien, B. (2019). Platform economy as a new form of capitalism: a Régulationist research programme. *Cambridge Journal of Economics*, 43(4), 805-824.
- Mueller, B. (31 de enero de 2020). ¿Qué es el Brexit? Y ¿Qué va a pasar ahora? Una guía con lo básico del Brexit, el atribulado plan de Gran Bretaña para abandonar la Unión Europea. . *The New York Times*. .
- Naveira Zarra, M. M. (2004). *El resarcimiento del daño en la responsabilidad civil extracontractual*. La Coruña: UNIVERSIDADE DA CORUÑA.
- Neme Vilareal, M. (2012). "El error como vicio del "consentimiento" frente a la protección de la confianza en la celebración del contrato". *Revista de Derecho Privado No. 22 Enero-Junio de 2012* , pp. 169-218.
- Neme Villarreal, M. (2011). "La buena fe en el derecho romano: extensión del deber de actuar conforme a la buena fe en materia contractual". *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos XXXIII (Valparaíso, Chile)*, 742-745.

- Nieto Melgarejo, P. (2016). El comercio electrónico y la contratación electrónica: Bases del mercado virtual. . *Revista Foro Jurídico* (No. 15). Pontificia Universidad Católica del Perú, , 54-76.
- Nordhausen, A. (2005). Chapter 6. "Information Requirements in the E-Commerce Directive and the Proposed Directive on Unfair Commercial Practices". En G. Howells, Janssen, & S. (Eds), *Information Rights and Obligations: A Challenge for Party Autonomy* (págs. 93-114). Londres: Ashgate Publishing Company.
- Núñez Muñiz, C. (2015). La naturaleza de la responsabilidad civil precontractual y la obligación de indemnizar: deberes y obligaciones derivadas de la buena fe, información y lealtad. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, No. 749 , 1629 a 1642.
- OCDE . (2020). *Medidas políticas clave de la OCDE ante el coronavirus (COVID-19) "COVID-19 en América Latina y el Caribe: consecuencias socioeconómicas y prioridades de política"*. OCDE Centro de Desarrollo.
- Oppenheimer, A. (2013). *"Cuentos Chinos: El engaño de Washington, la mentira populista y la esperanza de América Latina"*. Debolsillo.
- Otero-Iglesias, M., & Vidal Muñoz, E. (2020). Las estrategias de internacionalización de las empresas chinas. . *Documentos ocasionales/Banco de España* .
- Oviedo Alban, J. (2016). Los Principios UNIDROIT para los Contratos Internacionales . *Revista Dikaion –Lo Justo- Año 16, No. 11*, 96-125 .
- Oviedo Alban, J., Urbina Galiano, L., & Posada Nuñez, L. (1999). "La Formación del Contrato en los Principios de Unidroit para los contratos comerciales internacionales (comparación con las normas

colombianas)" . *Revista Universitas No. 96 de la Pontificia Universidad Javeriana (Junio de 1999).*

Padilla Sánchez, J. A. (2020). Blockchain y contratos inteligentes: aproximación a sus problemáticas y retos jurídicos. . *Revista de Derecho Privado, Vol. No. 39, 175-201.*

Panagiotis, D. (2019). Chapter 4. When disruptive meets streamline: international standardization in blockchain. En D. O. Kraus, *Blockchains, smart contracts, decentralised autonomous organisations and the law.* (págs. 83-100). Edward Elgar Publishing.

Pantaleón Prieto, A. F. (2011). Responsabilidad precontractual: propuestas de regulación para un futuro Código Latinoamericano de Contratos. *Anuario de Derecho Civil, 64(3), 897-930.*

Parraguez Ruiz, L. S. (2015). La responsabilidad precontractual por ruptura de las tratativas preliminares. . *Iuris dictio, vol. 17 febrero-julio 2015 Año 16, 171-209.*

Pascual Estevill, L. (1995). *"Derecho de daños", tomo II.* Barcelona: Bosch.

Pawczuk, L., Holdowsky, J., Massey., R., & Hansen, B. (2020). *Deloitte´s 2020 Global Blockchain Survey: From promise to reality.* Boston: Deloitte Center for Integrated Research.

Pérez Escolar, M. (2018). "El art. 98 TRLCU, ¿requisitos formales de los contratos a distancia? Art. 98 TRLCU, Formal Requirements for Distance Contracts?". *InDret octubre 2018, Vol. 4, 2018.*

Pineda Jaramillo, S., Granados Gutiérrez, J. M., Espitia Murcia, M. A., & Mejía Pinillos, J. C. (2019). La buena fe y lealtad negocial en el derecho comercial internacional: estudios conceptuales a partir de los principios

Unidroit y el derecho comparado. *Universitas Studiantes* Vol. 19, 177-196.

Pinochet Olave, R. (2004). La Formación del Consentimiento a Través de las Nuevas Tecnologías de la Información Parte I: La Oferta Electrónica. . *Ius et praxis*, 10(2), 267-320. .

Pizarro Wilson, C. (2018). Un Vistazo General a los Principios Lationamericanos de Derecho de los Contratos . *Revista de Derecho Privado*, n.º 35, julio - diciembre de 2018, 351 a 368 .

Posner, R. A. (1998). Utilitarismo, economía y teoría del derecho. . *Estudios públicos*, Vol. 69, pp. 207-257.

Pozzi, S. (28 de 06 de 2018). "El fin de la gran juguetera: Toy's 'R' Us cierra hoy todas sus tiendas en EE UU". *Diario "El País"*.

Ramberg, C. (15 de 08 de 2003). *CISG-AC Opinion no 1, Electronic Communications under CISG*. Obtenido de CISG-AC Opinion no 1, Electronic Communications under CISG, 15 August 2003, Gothenburg, Sweden.: <https://www.cisg.law.pace.edu/cisg/CISG-AC-op1.html>

Ramírez Necochea, M. (2006). "La buena fe en los contratos internacionales". *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, 1(6) , pp. 785-792.

Raskin, M. (2017). "The law and Legality of Smart Contracts". *Georgetown Law and Technology Review*, april 2017,, 305-326.

Redondo Trigo, F. (2010). "De los Principios Lando al marco común de referencia del Derecho Privado Europeo. Hacia un nuevo" *Ius Commune*". *Anuario de Derecho civil*, 63(IV)., 1643-1682.

- Reyes Eloy, J. (2014). "Los tratos preliminares: Una aproximación a la formación del contrato". *Revista de Ciencias Jurídicas PUCMM, Vol. II No. 3 julio\*septiembre*, 39-53.
- Reyes López, M. J. (2015). La reforma introducida en el TRLGDCU por Ley 3/2014 sobre el derecho de desistimiento e información. *Actualidad Jurídica Iberoamericana, núm. 2, febrero 2015*, 253-292.
- Rico Carrillo, M. (2003). "*Comercio Electrónico, Internet y Derecho*". Caracas: Legis Editores, C. A. 1era edición Venezuela junio 2003. Pág. 58.
- Ridwan, F., Agustina, R., & Rizal, J. (2018). Does sanctity of contract exist in oil and gas contracts in Indonesia? . En H. e. Harkrisnowo, "*Law and Justice in a Globalized World*" (págs. 55-62). London: Routledge, Taylor and Francis Group.
- Rivera Restrepo, J. M. (2017). La Propuesta de Modernización del Código Civil Español en materia de Obligaciones y Contratos de la Comisión General de Codificación, Sección Civil, en lo que se refiere al derecho de opción del acreedor por incumplimiento contractual. *Revista de la Facultad de Derecho Universidad Gabriela Mistral (42)*, 247-278.
- Rivero Hernández, F. (., La Cruz Bardejo, J., Sancho Rebullida, F., Luna Serrano, A. D., & Rams Albesa, J. (2011). *II Derecho de Obligaciones, Volumen Primero. Parte General, Teoría del Contrato*. Madrid: Dykinson.
- Roca, F. A. (2002). *Incoterms, términos de compra-venta internacional*. Ediciones Fiscales ISEF.
- Rodríguez de las Heras Ballell, T. ( 2015). La etapa precontractual en la contratación mercantil. . En V. Autores, *Estudios sobre el futuro Código Mercantil: libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*. Madrid: Universidad Carlos III.

- Rodriguez de las Heras Ballell, T. (2010). *Introduction to Spanish Private Law: Facing the Social and Economic Challenges*. Abingdon: Routledge.
- Rodríguez de las Heras Ballell, T. (2015). La etapa precontractual en la contratación mercantil. En UC3M, *Estudios sobre el futuro Código Mercantil: libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*. Madrid.
- Rodríguez Olmos, J. M. (2020). Smart Contracts y arquitectura del contrato: reflexiones desde el derecho contractual. *"Así habla el Externado. Colección TIC"*.
- Rodríguez, G. S. (2012). Riesgos del consumidor electrónico en las prácticas publicitarias. *Revista de derecho: División de Ciencias Jurídicas de la Universidad del Norte*, (37), 254-282.
- Rodríguez-Puerto, M. (1998). El utilitarismo tímido de Samuel Pufendorf. *Persona y derecho: Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos No. 39* , 287-338 .
- Rojas Amandi, V. M. (2007). El perfeccionamiento del consentimiento en la contratación electrónica. *Revista de la Facultad de Derecho de México*, 58(249), 253-290.
- Rojina Villegas, R. (1998). *Compendio de Derecho Civil III: Teoría General de las Obligaciones*. México D. F.: Editorial Porrúa, Vigésima Primera Edición.
- Romero Ugarte, J. L. (2018). Tecnología de registros distribuidos (DLT): una introducción. . *Boletín económico/Banco de España [Artículos]*, n. 4, 2018, 12.



- Romero-Aguilar, R. (2019). Entendiendo el blockchain. . *Documento de Trabajo SECMCA-01-2019 No. 1, diciembre de 2019 Consejo Monetario Centroamericano.*
- Rosenberg, M., Confessore, N., & Cadwalladr, C. (17 de Marzo de 2018). "How Trump Consultants Exploited the Facebook Data of Millions". *New York Times*, pág. A1.
- Saavedra Muñoz, C. (2012). El deber de información al consumidor financiero: Caso de los deudores de créditos hipotecarios en la crisis del 2008. *REVISTA E – Mercatoria Volumen 11, Número 2 (julio - diciembre 2012).*
- Salgado Ramírez, C. (2012). " Historical Considerations Pertaining to Precontractual Liability. Part One: Before the Time of Rudolf von Jhering. Legal Literature Approach". *Revista de Derecho Privado, (22). Bogotá, 277-298.*
- Sánchez Urite, E. A. (1969). El Cuasicontrato. *Revista en el Acervo de la BJV No. 40 Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 401-420.*
- Sanz Salguero, F. J. (2020). Estado de la cuestión del deber general precontractual de información y la protección al consumidor en América Latina, con énfasis en el caso chileno. . *Revista CES Derecho 11(1), 157-176.* .
- Scotti, L. (2012). *"Contratos Electronicos, Un Estudio Desde el Derecho Internacional Privado Argentino"*. Buenos Aires: Eudeba.
- Shen, H. (2018). "Building a Digital Silk Road? Situating the internet in China's Belt and Road Initiative" , . *International Journal of Communication 12(2018), 2683-2701 .*

- Shuyuan, H. (2014). *Culpa In Contrahendo in Chinese Contract Law*. *Tsinghua China Law Review*, 157.
- Sir Hughes Parry, D. (1959). *Sanctity of Contracts in English Law*. Londres: Stevens & Sons Limited.
- Smith, D. (2010). *The dragon and the elephant: China, India and the new world order*. . London: Profile Books first ed.
- Spagnolo, L. (2007). Opening Pandora's Box: Good Faith and Precontractual Liability in the CISG . *Temple International & Comparative Law Journal*, Vol. 21, No. 2, 2007 Monash University Faculty of Law Legal Studies Research Paper No. 2007/37., p. 261-310.
- Stiglitz, R. (1992). *Responsabilidad precontractual*. Buenos Aires: Editorial Abeledo Perrot.
- Stone, R., & Devenney, J. (2017). *"The Modern Law of Contract"*. New York: Routledge, Twelfth edition.
- STS 19 de Julio de 1994 Caso José Almagro Nosete (Tribunal Supremo Español - Sala Primera, de lo Civil 19 de julio de 1994).
- Surden, H. (2012). Computable contracts. *University of California, Davis Law Review*, Vol. 46, 629-699.
- Szpotakowski, I. (2020). The New Chinese Civil Code and its contribution to Sustainable Development. *Transformacje Prawa Prywatnego*, 233-246.
- Tamani, C. (2019). La buena fe y los deberes de información precontractual. A propósito de la Casación N 2731-2018-Lima Revista . *Diálogo con la Jurisprudencia N° 253, octubre 2019*, 59-74.

- Téllez Ordoñez, L. A., Ruiz Niviayo, E. J., & Rodríguez Molano, J. I. (2019). Approach to Blockchain and Smart Contract in Latin America: Application in Colombia. . *Workshop on Engineering Applications* , 500-510.
- Tolosa, L. A. (2017). De los principios del Derecho Obligacional y Contractual contemporáneo. *REvistia de Estudios Socio-juridicos* 19(2), 13-61.
- Tomás Martínez., G. (2010). Naturaleza De La Responsabilidad Precontractual (Culpa In Contrahendo) En La Armonización Jurídica Europea 2010. *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte Sección: Ensayos Año 17 - N° 1,*, 187-210.
- Trakman, L. E., & Sharma, K. (2014). The Binding Force of Agreements to Negotiate in Good Faith. *The Cambridge Law Journal, November 2014, Vol. 73, No. 3,* 598-628. .
- Trejo Delarbre, R. (2001). Vivir en la Sociedad de la Información; Orden global y dimensiones locales en el universo digital,. *Revista Iberoamericana de Ciencia y Tecnología, Sociedad e Innovación. Número 1 / septiembre - diciembre 2001.*
- Upex, R., & Bennett, G. (2008). *“Davies on Contract”*. London : Sweet & Maxwell Tenth Edition Thompson.
- Valencia Ramírez, J. P. (2019). "Contratos Inteligentes Smart Contracts.". *RITI Journal, Vol. 7, 14 (Julio-Diciembre 2019)* .
- Valés Duque, P. (2012). *La Responsabilidad Precontractual*. Madrid: Ed. Reus - Derechos Español Contemporaneo.

- Varacalli, D. C., & Picasso, S. (1994). Responsabilidad precontractual y Postcontractual. *Revista Lecciones y Ensayos Universidad de Buenos Aires Abeledo-Perrot 1994-60/61.*, 209-238.
- Vattier Fuenzalida, C. (2008). El Derecho europeo de contratos y el anteproyecto de Pavía. *Anuario de Derecho Civil Núm. LXI-4, Octubre*, 1842-1865.
- Vázquez-Pastor Jiménez, L. (2014). Principales novedades que introduce la Ley 3/2014, de 27 de marzo, en el régimen jurídico de los contratos celebrados fuera del establecimiento. *REVISTA PARA EL ANÁLISIS DEL DERECHO InDret 4/2014*.
- Veiga Copo, A. B. (2020). Smart Contract y contrato de seguro. Una ecuación asimétrica y no solo algorítmica. . *Revista de Derecho del Sistema Financiero, junio 2020*, 119–184.
- Villamarín López, M. (2018). Competencia judicial internacional en supuestos de responsabilidad extracontractual en internet: nuevos criterios interpretativos en la determinación del lugar de producción del daño. A propósito de la STJUE Concurrence vs. Sa. *Cuadernos de Derecho Transnacional 10(1)*, 657-661.
- Vinaixa Miquel, M. (2002). La calificación de la responsabilidad precontractual en el marco del Convenio de Bruselas de 1968 (STJCE de 17 de septiembre de 2002, As. C-334/00, Fonderie Officine Meccaniche Tacconi Spa c. Heinrich Wagner Sinto Maschinenfabrik GnbH). *Revista de Derecho Comunitario Europeo, Vol. 13*, 977-997.
- Vogenauer, S., & Kleinheisterkamp, J. (. (2009). Commentary on the Unidroit Principles on International Commercial Contracts (PICC). *Oxford University Press*, 307-309.

- Von Bar, C., Clive, E., & Schulte-Nölke, H. (. (2009). *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law Draft Common Frame of Reference (DCFR) by Study Group on a European Civil Code and the Research Group on EC Private Law*. Munich: Sellier. European Law Publishers .
- Wang, F. F. (2010). *Law of electronic commercial transactions: Contemporary issues in the EU, US and China*. New York: Routledge.
- Watkins, R. (1980). "Analysis of Chinese Contractual Policy and Practice". *An.Wayne L. Rev.*, 27, 1229.
- Werbach, K., & Cornell, N. (2017). "Contracts Ex Machina". *Duke Law Journal Vol. 67.*, 102-170.
- Wild, C., Weinstein, S., McEwan, N., & Geach, N. (2011). *Electronic and Mobile Commerce Law. An analysis of trade, finance, media and cybercrime in the digital age*. University of Hertfordshire Press.
- World Bank. (2018). *"Cryptocurrencies and Blockchain."* *Europe and Central Asia Economic Update (May)*. Washington, DC: World Bank.
- World Bank. (2020). *Smart Contract Technology and Financial Inclusion. Finance Competitiveness & Innovation Global Practice, Fintech Note No. 6*. Washington DC: World Bank.
- Wu, J., & Wan, Q. (2014). From Wechat to we Fight: Tencent and China Mobile's Dilemma. *In PACIS*, p. 265.
- Zimmermann, R. (1996). *"The law of obligations: Roman Foundations of the civilian Tradition"*. Oxford: Oxford University Press.
- Zimmermann, R., & Whittaker, S. e. (2000). *"Good faith in European Contract Law"*. Cambridge, UK: Cambridge University Press.

## **Jurisprudencia:**

### **Canadá**

- *Martel Building Ltd v Canada párr. 70.* Sentencia accesible en: <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/1825/index.do>

### **Chile**

- Corte Suprema de Justicia Chilena, Fallo 4835-2017 de fecha 8 de enero de 2018, Sala Tercera, Pronunciado por la Tercera Sala integrada por los Ministros Sr. Sergio Muñoz G., Sra. Rosa Egnem S., Sra. María Eugenia Sandoval G., Sr. Carlos Aránguiz Z., y Sr. Manuel Valderrama R.
- Corte Suprema de Justicia Chilena, Fallo 38.683-2017 de fecha 13 de marzo de 2019, Sala Tercera, Pronunciado por la Tercera Sala integrada por los Ministros Sr. Sergio Muñoz G., Sr. Juan Eduardo Fuentes B. y Sr. Arturo Prado P. y los Abogados Integrantes Sr. Antonio Barra R. y Sr. Íñigo de la Maza G.

### **Colombia:**

- Corte Suprema de Justicia de Colombia Casación Civil caso 6151, 12 de agosto de 2002.

### **España**

- AP de Salamanca (Sección 1ª) Sentencia núm. 26/2005 de 31 enero AC\2005\181.

- AP de La Rioja (Sección 1ª) Sentencia num. 24/2020 de 24 enero JUR\2020\100948.
- AP de Salamanca (Sección 1ª) Sentencia núm. 26/2005 de 31 enero 2005 AC\2005\181.
- STS (Sala de lo Civil) Sentencia num. 1091/1999 de 16 de diciembre RJ\1999\8978
- STS (Sala de lo Civil, Sección1ª) Sentencia núm. 621/2014 de 6 noviembre. RJ 2014\5682.
- STS RJ\2008\34, Sentencia num. 60/2008 (Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) 30 de enero de 2008).
- STS Caso José Almagro Nosete (Tribunal Supremo Español - Sala Primera, de lo Civil 19 de julio de 1994).
- STS (Sala de lo Civil) RJ\1988\4308 Sentencia de 16 mayo 1988.
- STS de 18 de enero de 2007 (RJ 2007\529),
- STS de 5 de mayo de 2009 (RJ 2009\2907).
- STS (Sala de lo Civil) Sentencia RJ\1999\8978.
- STS RJ\1988\4308. Sala de lo Civil 16 de mayo de 1988).

## **USA**

- US Supreme Court *Bibb v. Allen*, 149 U.S. 481 sentencia de fecha 10 de mayo 1893
- *Superior Court of New Jersey, Appellate Division. Caspi vs Microsoft Corporation.*
- *Nguyen v Barnes & Noble, Inc.* United States Court of Appeals for the Ninth Circuit
- United States District Court for the Central District of California “*Ticketmaster Corp., et al. v. Tickets.Com, Inc.* 7 de marzo, 2003

- United States Federal District Court [California] (*Golden Valley Grape Juice and Wine, LLC v. Centrisys Corporation et al.*) CASE NO. CV F 09-1424 LJO GSA 21 de enero de 2010

### **United Kingdom**

- EWCA *Carlill v. Carbolic Smoke Ball Co. Ltd* [1982].
- QB *Eastwood v. Kenyon* 11 Ad. & E. 438, 113 Eng. Rep. 482
- UKHL *Banque Financière de la Cité v. Parc (Battersea) Limited and Others* [1998] del 26 de febrero de 1998.
- EWCA *Interfoto Picture Library Ltd v Stiletto Visual Programmes Ltd.* [1989] QB 433, [1988] 1 All ER 34
- EWHC *Sheikh Tahnoon Bin Saeed Bin Shakhboot Al Nehayan v. Ioannis Kent* [2018]
- EWHC *Yam Seng Pte Ltd v International Trade Corp Ltd*, [2013] 111 (QB), [2013] 1 CLC 662
- EWCA *Lloyds Bank Ltd v. Herbert James Bundy* [1974]
- *Walford v Miles*, WL [1992].
- EWCA *Courtney & Fairbairn Ltd. v Tolaini Bros (Hotels) Ltd.* [1975] 1 All ER 453
- UKHL *Hughes v Metropolitan Railway Co.* [1877] (5 June 1877)

### **CIADI:**

- CIADI Case No ARB/02/5 PSEG Global & others v Republic of Turkey, laudo de 17 enero 2007.

### **TJUE**

- TJUE C-189/87 *Athanasios Kalfelis v. Banco Schröder, Münchmeyer, Hengst & Co. y otros.*



- TJUE Case C-360/12. *Coty Germany GmbH v First Note Perfumes NV*, sentencia de 5 junio 2014.
- TJUE C-131/12 *Google Spain SL, Google Inc. v AEPD, Mario Costeja González* de 27 de septiembre de 1988
- TJUE caso C-334/00, *Fonderie Officine Meccaniche Tacconi Spa v. H. Wagner Sinto Maschinenfabrik GMBH (HWS)* de fecha 17 de septiembre de 2002

**Corte IDH:**

- Corte IDH caso *Eschery Otros vs. Brasil* Sentencia de 6 de julio de 2009 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas).
- Corte IDH caso *Lagos del Campo vs. Perú* sentencia de 31 de agosto de 2017 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas).