

Entre la intención y el vínculo jurídico: Un análisis de las obligaciones en la etapa precontractual colombiana y la pertinencia del consensualismo.

Maryily Vega Sotelo



Maestría en Derecho Privado

2025

entre la intención y el vínculo jurídico: un análisis de las obligaciones en la etapa precontractual colombiana y la pertinencia del consensualismo.

Trabajo de grado para aspirar al grado de
Magíster en Derecho Privado

Presentado por:
Maryily Vega Sotelo

Director: Iván Vargas Chaves



Maestría en Derecho Privado

Tunja

2025

Agradecimientos

A la luz que guía mis pasos, mi mamá.
A Eliza y Carmen, mujeres de mi linaje,
gracias por sembrar con lucha y soñar con
esperanza.

A mi abuelo Pastor, que cargó su historia
con dureza y me regaló ternura en la suya.

A mis ancestros, cuya fuerza y sabiduría
resuenan en mí, guiando cada uno de mis
pasos.

A mi tutor, por creer en mí y acompañarme
con su confianza en este camino.

Y a mis mejores amigos, por su amor
constante.

Resumen

Esta investigación explora la generación de obligaciones en la etapa precontractual del derecho contractual colombiano, diferenciando sus diversas subetapas y examinando la pertinencia del principio de consensualismo en cada una. Se parte de la concepción de la fase precontractual como un periodo de negociación preliminar. No obstante, se explora cómo en las distintas etapas, las conductas y deberes de los interesados pueden configurar obligaciones exigibles bajo el principio *solus consensus obligat*. La hipótesis central sostiene que la aplicabilidad del principio de consensualismo varía según la subetapa del proceso precontractual. Se argumenta que este principio es más relevante en las fases avanzadas, como los tratos previos, que en la etapa inicial de negociación, donde la voluntad aún no está plenamente formada. La metodología se basó en un análisis documental exhaustivo de legislación, jurisprudencia y doctrina especializada, lo que permitió proponer un nuevo enfoque para el estudio de las subetapas precontractuales, distinguiéndolas y proponiendo criterios jurídicos para determinar la aplicabilidad del consensualismo en cada una. El objetivo de esta investigación es ofrecer una comprensión integral y diferenciada de la dinámica precontractual y su impacto en la formación del contrato en Colombia, aportando herramientas conceptuales para el ámbito jurídico y comercial.

Palabras Clave: Tratativas precontractuales; Tratos previos; Consensualismo; Obligaciones precontractuales; Formación del contrato; etapa precontractual; Negociación contractual.

Abstract

This research explores the generation of obligations in the pre-contractual stage of Colombian contract law, differentiating its various sub-stages and examining the pertinence of the principle of consensualism in each. It departs from the conception of the pre-contractual phase as a preliminary negotiation period. Nevertheless, it explores how, in the different stages, the conduct and duties of the interested parties can configure obligations enforceable under the principle *solus consensus obligat*. The central hypothesis posits that the applicability of the principle of consensualism varies according to the sub-stage of the pre-contractual process. It is argued that this principle is more relevant in the advanced stages, such as preliminary dealings (tratos previos), than in the initial negotiation stage, where the will is not yet fully formed. The methodology was based on an exhaustive documentary analysis of legislation, jurisprudence, and specialized doctrine, which allowed for proposing a new approach to the study of pre-contractual sub-stages, distinguishing them and proposing legal criteria to determine the applicability of consensualism in each. The objective of this research is to offer a comprehensive and differentiated understanding of pre-contractual dynamics and their impact on contract formation in Colombia, providing conceptual tools for the legal and commercial fields.

Keywords: Pre-contractual negotiations; Preliminary agreements; Consensualism; Pre-contractual obligations; Contract formation; Pre-contractual Negotiations; contractual Negotiations

Introducción

En el ámbito dinámico del derecho contractual, la etapa precontractual emerge como un crisol donde las intenciones iniciales de las partes convergen y se moldean, sentando las bases para futuras obligaciones. Particularmente en el contexto del derecho comercial, tal como lo señala Martin Ebers (2023), las tratativas precontractuales se definen como los primeros intercambios entre personas o entidades con la intención clara de celebrar un contrato, trazando el proceso para que su voluntad se materialice.

Estas negociaciones preliminares, tal como refieren Larroumet y Guerrero (1993), se caracterizan por no generar obligaciones vinculantes de manera inmediata, puesto que su propósito primordial radica en la delimitación del objeto contractual, la identificación de los recursos necesarios y disponibles para su ejecución, así como la concepción de las estrategias generales del negocio.

Durante este periodo, se exploran diversas aristas del futuro acuerdo, incluyendo proyecciones financieras, plazos de cumplimiento, precios, modalidades de pago y la trascendencia de cláusulas específicas, entre otros aspectos relevantes que configuran el contenido y las condiciones particulares del contrato (Farnsworth, 1987).

Ahora bien, a lo largo de estas tratativas, los intervinientes pueden asumir compromisos específicos que trascienden las meras conductas de buena fe, información y apariencia, generando obligaciones concretas de hacer, no hacer o dar.

En este punto, la doctrina introduce la noción de "tratos previos", acuerdos intermedios que, a diferencia de las tratativas en sí, sí revisten naturaleza contractual y se rigen por el principio *solus consensus obligat*, donde la sola voluntad de las partes resulta suficiente para generar derechos y deberes recíprocos (López Santa María, 2005).

Esta distinción entre tratativas precontractuales y tratos previos se erige como un elemento central para la correcta comprensión de las obligaciones y responsabilidades que emergen en la fase previa a la materialización definitiva del contrato.

No obstante, la implementación del principio consensualista, es fundamental a lo largo de la formación de negocios jurídicos de conformidad con la jurisprudencia establecida

por la Corte Suprema de Justicia (SC5185, 26 nov. 2021), donde se plantea interrogantes específicos cuando se analiza su posible extensión a la etapa de las tratativas precontractuales.

Si bien la consensualidad otorga libertad a las partes para manifestar su voluntad sin sujeción a formalidades estrictas, su aplicabilidad en una fase donde aún no existe un consenso final sobre los aspectos fundamentales del contrato resulta un tema de debate jurídico.

En este contexto, y retomando lo que se ha planteado, la fase precontractual, o *iter precontractual*, constituye un período crítico y a menudo complejo en la gestación de acuerdos, especialmente aquellos de significativa envergadura económica o social. De allí, que la aparente libertad inicial de las partes contrasta con la paulatina aparición de deberes y responsabilidades cuya naturaleza y alcance no siempre son evidentes, generando incertidumbre y potenciales conflictos antes incluso de la formalización del contrato definitivo. La falta de una comprensión estructurada sobre cómo evolucionan las obligaciones en esta etapa preparatoria dificulta la gestión de riesgos y la protección de la confianza legítima entre los negociadores.

Ante esta problemática, el presente trabajo de grado se planteó la siguiente pregunta de investigación: ¿De qué manera una segmentación del *iter precontractual* en fases específicas (inicial, negociaciones propiamente dichas y acuerdos preliminares) contribuye a clarificar la naturaleza y evolución de las obligaciones y responsabilidades de las partes antes de la formalización de un contrato, particularmente en contextos de alta complejidad o valor económico?

Con el fin de proyectar los posibles escenarios de respuesta, se contempló como hipótesis principal un escenario donde [H1] la adopción de una segmentación del *iter precontractual* en fases diferenciadas (inicial, negociaciones propiamente dichas y acuerdos preliminares) mejora significativamente la claridad sobre la naturaleza, el momento de surgimiento y la exigibilidad de las distintas obligaciones y responsabilidades (contractuales y extracontractuales, incluyendo deberes de buena fe y diligencia) de las partes durante el proceso de formación del contrato, especialmente en negociaciones complejas.

Como segunda hipótesis o hipótesis variable [HV] se planteó la posibilidad de la existencia de una correlación directa y diferenciada entre la fase específica del *iter* precontractual y el tipo predominante de responsabilidad exigible: en la fase de negociaciones propiamente dichas, la responsabilidad principal es extracontractual (derivada de la infracción de deberes de conducta como la buena fe), mientras que en la fase de acuerdos preliminares (tratos previos), surge primordialmente responsabilidad contractual por el incumplimiento de los pactos específicos alcanzados.

Y, como tercera hipótesis, o hipótesis nula (H0) en este caso, se afirmó que la segmentación del *iter* precontractual en fases diferenciadas (inicial, negociaciones propiamente dichas y acuerdos preliminares) no tiene un efecto significativo en la clarificación de la naturaleza, el momento de surgimiento o la exigibilidad de las obligaciones y responsabilidades de las partes durante el proceso de formación del contrato, y no existen diferencias sustanciales en el tipo de responsabilidad exigible entre las distintas fases precontractuales identificadas.

Para abordar estas cuestiones que buscaban dar respuesta a la pregunta de investigación, se estableció como norte orientador el siguiente objetivo general: Analizar el *iter precontractual* proponiendo y validando una segmentación en fases específicas para clarificar la naturaleza, evolución y exigibilidad de las obligaciones y responsabilidades de las partes antes de la celebración del contrato, con énfasis en operaciones complejas.

Este objetivo general, se desglosó en los siguientes objetivos específicos, a saber, de un lado, [OE-1] Describir conceptualmente las fases propuestas del *iter precontractual*: inicial (interna/externa), negociaciones propiamente dichas, y acuerdos preliminares (*tratos previos* como promesa, opción u oferta).

Como segundo objetivo específico esta investigación se propuso [OE-2] Determinar la naturaleza y el alcance de las obligaciones (contractuales y extracontractuales, incluyendo deberes de buena fe, diligencia, información y confidencialidad) que surgen en cada una de las fases identificadas del *iter precontractual*.

Por último, se dispuso la labora de [OE-3] Caracterizar la aplicación y relevancia del principio de consensualidad y de las formalidades legales exigidas por el ordenamiento jurídico en las distintas etapas del proceso precontractual.

Como parte del instrumento metodológico, el presente trabajo de grado se fundamentó en una metodología de análisis documental exhaustivo, cuyo propósito central radicó en la exploración y sistematización del conocimiento existente en torno a la generación de obligaciones en la etapa precontractual y los tratos previos en el derecho contractual colombiano, así como la pertinencia del principio de consensualismo en estas fases.

Este método se consideró idóneo dado que permitió la construcción de un marco teórico sólido a partir de la revisión crítica de fuentes primarias y secundarias especializadas, identificando tendencias, debates y vacíos en la literatura jurídica.

La estrategia de recolección de información se centró en la búsqueda sistemática de fuentes especializadas, incluyendo legislación vigente, jurisprudencia relevante proporcionada por la Corte Suprema de Justicia, así como doctrina autorizada en derecho contractual y comercial.

Un componente crucial de esta etapa fue la exploración de bases de datos de revistas indexadas de alto impacto académico, tales como aquellas clasificadas en el Scimago Journal Rank (SJR), el Journal Citation Reports (JCR), la biblioteca electrónica científica SCIELO y la red de publicaciones científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal, conocida como REDALYC. La inclusión procedente de estas bases de datos garantizó el acceso a investigaciones de vanguardia y a discusiones académicas rigurosas en el campo del derecho contractual.

Para optimizar la búsqueda y asegurar la pertinencia de los resultados, se emplearon palabras clave estratégicamente seleccionadas, tanto en español como en inglés, dada la relevancia de la literatura jurídica internacional en la interpretación de los principios generales del derecho contractual. Algunas de las palabras clave iniciales incluyeron: "tratativas precontractuales", "tratos previos", "responsabilidad precontractual", "culpa in contrahendo", "oferta contractual", "promesa de contrato", "opción contractual",

"perfeccionamiento del contrato", "principio de consensualismo", "obligaciones precontractuales", "buena fe contractual", "freedom to contract", "pre-contractual negotiations", "preliminary agreements", "contract formation", "consensualism principle", "contractual obligations".

La combinación de estas palabras clave se realizó mediante el uso de operadores booleanos, tales como AND, OR y NOT, con el fin de refinar las búsquedas y obtener resultados más precisos. Por ejemplo, una búsqueda pudo formularse como: ("tratativas precontractuales" AND "obligaciones") OR ("tratos previos" AND "naturaleza jurídica"). Asimismo, se pudieron utilizar operadores de proximidad (dependiendo de las funcionalidades de cada base de datos) para identificar artículos que contuvieron términos relacionados dentro de una misma frase o párrafo, incrementando la relevancia contextual de los hallazgos.

El proceso de análisis documental comprendió varias etapas. Inicialmente, se realizó una lectura exploratoria de los documentos identificados para determinar su pertinencia con los objetivos del trabajo de investigación. Posteriormente, se realizó una lectura analítica así como crítica, enfocándose en la identificación de los argumentos centrales, las metodologías empleadas por otros autores, las conclusiones alcanzadas y los posibles puntos de controversia. La información extraída se sistematizó mediante matrices de análisis que permitieron la comparación y el contraste de las diferentes perspectivas doctrinales y jurisprudenciales.

Finalmente, la síntesis de la información recopilada y analizada permitió la construcción de un marco teórico robusto que sustentó el análisis de la generación de obligaciones en la etapa precontractual y los tratos previos en el contexto del derecho contractual colombiano, así como la evaluación crítica de la aplicación del principio de consensualismo en estas fases, contribuyendo así al alcance de los objetivos de la investigación.

Considerando lo dicho previamente, se lograron examinar las diferentes figuras jurídicas que pueden surgir en el proceso precontractual, como la oferta, promesa de contrato y la opción, así como su distinción con las meras tratativas. Adicionalmente, se analizaron la

evolución y la implementación del principio de consensualismo según la legislación colombiana y su interacción con las particularidades de la etapa precontractual.

A partir de este enfoque metodológico, los resultados de este trabajo de investigación confirman la validez del enfoque propuesto en la hipótesis principal, destacando la clara diferenciación entre la ausencia de obligación contractual formal durante las negociaciones propiamente dichas y la simultánea exigencia de actuar bajo los principios de buena fe y diligencia, cuya vulneración sí genera responsabilidad (de tipo extracontractual).

Se constató, asimismo, que tanto en fases iniciales (a través de conductas específicas) como en la etapa de acuerdos preliminares (promesa, opción, oferta), sí pueden surgir obligaciones jurídicamente vinculantes, marcando una transición clave en la relación entre las partes. Además, se precisó que el principio de consensualidad, aunque fundamental una vez que existe un acuerdo o una oferta, no opera en las meras tratativas iniciales y no exime del cumplimiento de formalidades legales específicas.

Dicho lo anterior en otras palabras, entre los principales resultados, se encuentra una clarificación conceptual de la distinción entre tratativas precontractuales y tratos previos, así como una delimitación precisa de las obligaciones que pueden surgir en cada una de estas etapas. De igual forma, se lograron fijar algunos criterios jurídicos a modo de propuesta que permiten identificar la existencia de tratos previos con fuerza vinculante y analizar la pertinencia de la aplicación del principio de consensualismo en la generación de dichas obligaciones.

Por último, la principal conclusión derivada de esta investigación es que la segmentación propuesta del iter precontractual y el análisis detallado de las conductas y obligaciones en cada fase (inicial, negociaciones propiamente dichas, acuerdos preliminares) ofrecen un marco robusto y clarificador. De esta manera, se busca ofrecer una perspectiva integral que contribuya a una mejor comprensión de la dinámica precontractual y sus implicaciones en la formación del contrato en el derecho colombiano.

Esta aproximación no solo permite una comprensión más profunda de la compleja dinámica precontractual, sino que se erige como una herramienta fundamental para la gestión

adecuada de los riesgos y oportunidades inherentes a la contratación contemporánea. Así, la investigación confirma, de manera central, la primera hipótesis planteada, al evidenciar cómo la naturaleza y exigibilidad de las obligaciones varían sustancialmente según la fase del iter precontractual en que se encuentren las partes.

Capítulo 1. Tratativas precontractuales: Generalidades

1.1 Caracterización

Antes de la celebración de ciertos contratos, y en función de la complejidad del negocio involucrado, las partes interesadas suelen entablar diversas conversaciones sobre los términos del acuerdo que pretenden suscribir. En el ámbito jurídico comercial, tal como refiere Martin Ebers (2023) a estos encuentros entre las personas que tienen la firme intención de formalizar un contrato y trazar el camino para que su voluntad se materialice, se les denomina tratativas precontractuales.

Las tratativas precontractuales son negociaciones preliminares que no generan obligaciones para las partes, ya que en esta etapa se busca definir el objeto del contrato, los recursos necesarios y disponibles para su ejecución, así como las estrategias generales del negocio (Larroumet & Guerrero, 1993).

Durante estas negociaciones, se presentan proyecciones financieras, plazos de cumplimiento, precios, condiciones de pago, posibles modificaciones y la importancia de determinadas cláusulas, entre otros aspectos relevantes relacionados con el contenido y las condiciones particulares del contrato (Farnsworth, 1987).

La naturaleza y el alcance de estas negociaciones varían considerablemente según el interés financiero y social del contrato. Dentro de los contratos de gran envergadura o alta complejidad, las negociaciones suelen extenderse en el tiempo y volverse más intensas, dado que las partes involucradas buscan alcanzar acuerdos que protejan sus intereses a largo plazo (Schwartz & Scott, 2006).

Este tipo de negociaciones puede requerir ajustes y modificaciones debido a cambios en las circunstancias del mercado, imprevistos o las dinámicas propias entre las partes. Coincidiendo con Hervias (2013), y, en contraste, los contratos de menor complejidad, como acuerdos profesionales básicos o aquellos que regulan relaciones comerciales sencillas, suelen suscribirse de manera más expedita.

Las negociaciones en estos casos son generalmente más rápidas, con pocos o ningún ajuste a lo largo del proceso. Estos contratos, por su naturaleza directa, no requieren un proceso de negociación tan elaborado ni extenso.

Las tratativas precontractuales no solo son cruciales para el establecimiento de esa relación contractual, sino que igualmente juegan un papel clave en la protección de las partes involucradas. Estos acercamientos, conocidos en la doctrina y la jurisprudencia como tratativas precontractuales, constituyen la fase preliminar que precede al perfeccionamiento del contrato o a la formal invitación de contratar (León, 2004; Florentín Candia & González Mendoza, 2021).

Si se aborda el concepto de tratativa desde una óptica netamente del lenguaje, la palabra "tratativa", derivada del italiano *trattativa* (de *trattare*, tratar), hace referencia a una acción o procedimiento llevado a cabo antes de que el contrato adquiere vida jurídica (Real Academia Española (2023) y la Asociación de Academias de la Lengua Española (2023)).

En la doctrina, las tratativas precontractuales se definen como intercambios preliminares que, dentro del proceso negociador, se sitúan en una fase anterior a la formalización del contrato. Son comunes en los contratos discrecionales y no se presentan en aquellos regidos por condiciones generales (Stiglitz & Stiglitz, 1992; Castro de Cifuentes, 2019).

En suma, y atendiendo a las consideraciones anteriormente planteadas, las tratativas precontractuales pueden entenderse como los acercamientos previos a la suscripción de un contrato, en los cuales los interesados buscan alcanzar un acuerdo favorable conforme a sus intereses y necesidades.

1.2 Naturaleza

Señala Farnsworth (1987), que las negociaciones previas al contrato se distinguen por una actitud proactiva de las partes involucradas, que, aunque aún no se consideran "partes contractuales", son denominados "tratantes" o "interesados" quienes participan activamente en las conversaciones con el objetivo de obtener información, resolver dudas, determinar

necesidades, verificar la factibilidad del acuerdo, analizar su rentabilidad, así mismo, buscan acordar, resolver las discrepancias, llegar a un acuerdo sobre características y costos, así como sobre garantías y responsabilidades.

En esta etapa, pueden elaborarse documentos preliminares que incluyan estos aspectos, entre ellos cláusulas determinadas que podría incluir un futuro contrato, sin que las partes aún estén obligadas, obligaciones y deberes de las partes involucradas, basados en las regulaciones contractuales típicas o atípicas de ser el caso (Mosset & Piedracasas, 2006), sin que se entienda que haya una oferta vinculante. Por ello, autores como León (2004) insisten en que es fundamental reiterar que en esta etapa existen tractus, pero no contractus, por lo que ninguno de los intervinientes está obligado a contratar.

Así, mientras la etapa pre contractual de las tratativas se mantiene, y con el paso del tiempo, las partes involucradas se aproximan progresivamente, lo que permite que sus objetivos se vayan definiendo, superando las discrepancias y elevando las probabilidades de llegar a un acuerdo.

Siguiendo esta idea, Scognamiglio (1980) comprende que, su propósito principal de esta etapa es establecer las bases del negocio, de manera que se logre un equilibrio que permita a las partes interesadas realizar un juicio de valor sobre la conveniencia de perfeccionar el contrato. En cuanto a la forma, las comunicaciones durante las tratativas precontractuales pueden realizarse tanto de manera verbal como escrita, sin que exista una solemnidad específica en el ordenamiento jurídico, ya sea nacional o internacional.

Así mismo, en esta etapa no se generan obligaciones concretas de hacer, no hacer, o dar entre los interesados o tratantes, teniendo en cuenta que el accionar de estos tienen una función crucial que será permitirles discutir y aclarar los términos del futuro contrato (Florentín Candia & González Mendoza, 2021; Castro de Cifuentes, 2019; Ithurria, 2021).

Estas conversaciones no son vinculantes de manera general y solo pueden generar responsabilidad en casos específicos que se analizarán con posterioridad en este escrito, pero dichos diálogos si tienen gran envergadura al momento de interpretar la verdadera intención de así partes al momento de formalizar el contrato. Así, según indica Oviedo (2008), el juez

debe priorizar la autonomía de la voluntad de las partes y considerar el espíritu del negocio contratado.

Ahora bien, es importante aclarar que, en esta fase de tratativas precontractuales, no se espera que las partes realicen ninguna otra conducta más allá de analizar y discutir ideas de negocio, buscar su mejoramiento conforme a sus necesidades y realizar juicios internos y externos (Geldrés Campos, 2017; Parragués Ruiz, 2015).

De cualquier forma, es importante precisar que cualquier acción unilateral, como modificar las condiciones o intentar mejorar la propuesta, o ajustar sus recursos internos para ser contratado, no obligaría a la otra parte a perfeccionar el contrato, ya que aún no se ha generado un consentimiento libre y mutuo para ello, asimismo, no se puede confundir las tratativas precontractuales con acuerdos prenegociales, o los denominados precontratos, conocidos en Colombia como promesa de contrato.

Entendiendo a los acuerdos pre negociales, como esos acuerdos menores que realizan las partes en proceso de alcanzar un acuerdo total o definitivo que posibilitan 'garantizar' o 'asegurar' el contrato, dejar constancia de los puntos en los que ya existen coincidencias (Mosset & Piedracasas, 2006), son entonces, esos acuerdos a los que llegan los interesados en aras a que se logre mejorar sus calidades y, por tanto, se pueda suscribir el contrato. En otras palabras son los tratos que nacen en el camino al contrato.

Así mismo, se entiende como precontratos o promesa de contrato, a un negocio jurídico que ya existe, en el que las partes se comprometen a suscribir un contrato futuro en otras palabras, son aquellos acuerdos de voluntades autónomos que tienen como fin la celebración posterior de un contrato, siendo vital para determinar la eficacia por compensación de daños y perjuicios en caso de incumplir cualquiera de las obligaciones que en él se establecen (Marín Narros, 2011; Vidal Olivares, 2006)

Ahora bien, conviene insistir en que, en particular, estas últimas figuras, sí generan obligaciones que pueden ser de hacer, no hacer, o dar entre las partes y el incumplimiento, evidentemente genera acciones de responsabilidad, por el contrario, las tratativas no generan

obligaciones, diferentes a conductas “debidas” que se desarrollarán con posterioridad en este escrito.

En suma, tal como lo plantea Parragués Ruiz (2015) o el propio Stiglitz (2013), las tratativas, se pueden concluir de tres maneras, la primera de ellas, sería con la maduración o concreción de los acercamientos por medio de una “oferta”, la segunda, con la suscripción directa del contrato, y por último, con la no concreción del contrato.

Según Oviedo Albán (2008), la caracterización de esta figura permite formular diversas aproximaciones para su posterior análisis. En primer lugar, estas surgen en la etapa inicial de la negociación, denominada de intención, donde aún no existen ofertas formales. En segundo lugar, constituyen simples acercamientos entre las partes con el propósito de examinar la factibilidad de suscribir un pacto comercial.

Adicionalmente, no representan una fase obligatoria, sino opcional. Asimismo, emanan de un nexo social, mercantil y de libre disposición de capital. Tales contactos pueden efectuarse presencialmente, virtualmente o por vía telefónica, según la conveniencia de los involucrados.

Los planteamientos, interrogantes, estrategias y, en general, las constancias de estos intercambios pueden producirse verbalmente o por escrito. Conjuntamente, los individuos inmersos en las tratativas se denominan “partes interesadas”, e individualmente, “el interesado” o “el tratante”. Finalmente, los acuerdos precontractuales poseen una función de interpretar el negocio jurídico en caso de su perfeccionamiento (Oviedo Albán, 2008; Momberg Uribe, 2015).

Como conclusión preliminar, es importante destacar que, antes de la suscripción de ciertos contratos, especialmente aquellos que comprenden operaciones complejas, es frecuente que las partes involucradas sostengan una serie de diálogos con el fin de convenir los términos del futuro acuerdo.

Estas tratativas consisten en conversaciones preliminares que no originan obligaciones vinculantes para los actores. Su meta principal radica en delimitar con precisión

el objeto del contrato, los recursos necesarios y disponibles para su ejecución, así como las estrategias generales que guiarán el negocio.

Capítulo 2. Sobre las conductas de los tratantes

2.1 Una primera aproximación

En el ámbito de los contratos, las fases precontractuales son fundamentales para el desarrollo de relaciones jurídicas sólidas y transparentes (Ferrante, 2016). Durante este período de tratativas, las partes involucradas deben mantener un compromiso mutuo basado en la lealtad, la confianza y la corrección. Estos factores, según Bernal Fandiño (2013) actúan como pilares que permiten armonizar las interacciones entre los interesados, creando un ambiente propicio para el entendimiento mutuo.

La lealtad implica actuar con honestidad, evitando conductas que puedan inducir a error o perjuicio a la otra parte, mientras que la confianza se refiere a la expectativa razonable de que las partes cumplirán con sus compromisos en los términos acordados (Chinchilla Imbett, 2011) La corrección, por su parte, establece la necesidad de conductas éticas que favorezcan el buen desarrollo de la relación jurídica (Stiglitz & Stiglitz, 1992; Schmidt, 1983)

Este marco de respeto mutuo y transparencia no solo facilita la negociación, sino que también genera credibilidad y seguridad entre los tratantes, elementos esenciales para asegurar que las negociaciones sean percibidas como serias y bien fundamentadas. En el contexto de relaciones jurídicas precontractuales (Bernal Fandiño, 2013).

Cabe señalar que, en las últimas décadas, las relaciones jurídicas han experimentado un proceso de creciente complejidad (Algís Ábrego, 2022). Este fenómeno se debe, en gran parte, al rápido avance de las sociedades contemporáneas, que han buscado adaptarse a la globalización y a los cambios económicos mediante una mayor especialización y fragmentación. Las sociedades modernas se han dividido en múltiples sectores autónomos, cada uno con sus propios intereses, normas y dinámicas.

Al respecto señala Lorenzetti (1999) que este fraccionamiento ha llevado a una ampliación de las dimensiones de las relaciones, moviéndolas hacia esferas más masivas y globales. Este fenómeno ha acelerado el ritmo de los intercambios y sofisticado los dispositivos que regulan el consumo y las interacciones en general, lo que resulta en relaciones cada vez más distantes y anónimas.

Las implicaciones de los cambios en la estructura social son evidentes: los conceptos de lo "personal" y lo "local" han cedido terreno frente a lo "global" y lo "tecnificado". Como resultado, coincidimos con Borda (2014) y Bernal Fandiño (2013) en que las relaciones se han vuelto más impersonales, lo que genera un entorno jurídico cada vez más desafiante.

En este nuevo escenario, los actores jurídicos se enfrentan a realidades cambiantes en cuanto a la información, el acceso y la regulación. Este contexto exige que la ciencia jurídica no se mantenga estática, sino que reformule sus herramientas y enfoques para poder comprender y regular los fenómenos emergentes, derivados de la creciente complejidad social y tecnológica.

En la actualidad, la construcción de confianza y credibilidad en las negociaciones precontractuales depende de la atención a varios elementos clave, los cuales son fundamentales para establecer una base sólida entre las partes involucradas. Estas actuaciones incluyen la apariencia adecuada, la confianza real, la información espontánea y la seguridad, aspectos que se analizarán detalladamente a continuación.

Así, pues, cada uno de estos factores juega un papel esencial en la creación de un entorno jurídico precontractual más transparente y efectivo, contribuyendo a la conformación de relaciones jurídicas basadas en la credibilidad mutua y el cumplimiento de los estándares éticos y legales.

2.2 La apariencia

En el contexto actual, la confianza y la credibilidad son fundamentales en las interacciones precontractuales. Uno de los elementos y conductas claves para establecerlas es la apariencia, que no solo se refiere a la imagen superficial, sino a la forma en que las partes se presentan, comunican sus intenciones y demuestran su capacidad para cumplir con los compromisos.

Siguiendo a Chinchilla Imbett (2011) La apariencia desempeña un papel crucial en la construcción de una relación jurídica sólida, pues transmite seriedad, competencia y

disposición, elementos esenciales para generar un entorno de confianza en un entorno cada vez más interconectado y tecnológicamente avanzado.

En este contexto, emerge el concepto de "sistema de expertos". Este sistema tiene como objetivo estructurar y organizar grandes áreas del entorno material y social, aplicando logros técnicos y experiencia profesional para facilitar el proceso de decisión y la gestión de disputas (Rosas Atarama, 2020; Barcia Lehmann, 1998).

Los sistemas de expertos actúan como intermediarios entre el conocimiento especializado y aquellos que lo requieren, permitiendo que los actores puedan abordar los problemas de manera informada en un entorno cada vez más complejo. Aunque originalmente estos sistemas se asociaban con ámbitos técnicos y científicos, su impacto también se extiende al ámbito jurídico, donde contribuyen a la creación de normativas más sofisticadas y adaptadas a las nuevas realidades sociales, económicas y tecnológicas.

A medida que la sociedad se globaliza y las relaciones interpersonales y comerciales se vuelven más interdependientes, la ciencia jurídica se ve obligada a replantear sus métodos tradicionales (Cabrillac, 2016). Los sistemas de expertos proporcionan un marco estructurado de conocimientos técnicos que permite a las partes involucradas en una negociación tener la certeza necesaria para tomar decisiones, sin necesidad de entender todos los detalles complejos del entorno en el que operan.

En este sentido, no deja de ser acertada la visión que plantea León (2006) y Neme Villarreal (2012) respecto a la confianza como un valor clave. Para ambos autores, esta se construye principalmente a partir de la apariencia de competencia y seriedad que los expertos logran transmitir.

Hoy en día, los consumidores y los tratantes ya no se basan únicamente en la confianza personal, como ocurría en los modelos tradicionales de contratación. La fe o confianza ya no se origina en lo buena o mala persona que sea la contraparte, sino en la apariencia de certeza que se genera cuando se demuestra ser un experto.

De hecho, no basta con ser un buen empresario; se requiere ser capaz de acreditar expertise y garantizar que esta información pueda verificarse de manera sencilla, por ejemplo, con una simple búsqueda en internet.

Como señala Guideens (2000), hoy los consumidores están acostumbrados a tratar con expertos, y la contratación se aleja de los modelos tradicionales de elección racional que dieron origen al ordenamiento civil y comercial. Por tanto, la confianza que se tiene en las partes ya no depende de la moralidad o reputación personal, sino de la apariencia de competencia y profesionalismo que puede ser validada fácilmente.

Esta nueva forma de establecer confianza también implica una revisión profunda de los modelos tradicionales de comportamiento racional en la contratación. Así, en un contexto de creciente complejidad, las verificaciones profundas y exhaustivas de la información proporcionada han cedido espacio a un enfoque más pragmático (Neme Villarreal, 2012).

Los comportamientos que antes se consideraban negligentes o poco cuidadosos, como realizar verificaciones mínimas de la información, ya no se interpretan de la misma manera. En las negociaciones modernas, estas verificaciones son vistas como suficientes y generalmente inofensivas, ya que permiten avanzar en las conversaciones de manera ágil y eficiente. Este tipo de conocimiento inductivo, aunque débil en cuanto a certeza, facilita el progreso de las interacciones sin que se pierdan recursos en la búsqueda de una certeza absoluta.

No obstante, este cambio no debe interpretarse como un problema de negligencia, sino como una respuesta práctica a las demandas del entorno. Si fuera necesario verificar exhaustivamente cada detalle de las interacciones, los costos de transacción serían tan elevados que las interacciones comerciales y sociales resultan insostenibles.

De este modo, la simplificación de las decisiones se ha convertido en una necesidad para operar de manera eficiente en un contexto social y económico de creciente complejidad. La confianza en los sistemas de expertos y en la apariencia de certeza que estos generan se convierte, por tanto, en una estrategia eficaz para navegar las interacciones en un mundo cada vez más tecnificado y globalizado.

Este enfoque reduce los costos y el esfuerzo necesario para comprender los sistemas complejos, pero también subraya la importancia de confiar en sistemas que operan de manera eficiente, aunque no siempre infalible. (Lujan & Echeverría, 2004)

En el ámbito de las tratativas comerciales, la apariencia tiene una vital importancia, puesto que esta es la que forma por la cual, se genera un concepto de verdad o de realidad respecto al otro interesado.

Por ello, es importante entender el concepto de apariencia como el “aspecto o parecer exterior de alguien o algo.”, o como una “cosa que parece y no es”, en interpretación de la RAE (2024).

De ello, se entiende entonces que la apariencia se puede concebir desde dos perspectivas, la primera de ellas es la suposición de la revelación de una realidad, y la segunda, de entender una cosa que parece pero que no es, y por tanto, es contrario a la realidad, encontrándose entonces frente a una apariencia oculta a la realidad (Hirsch, 2009)

En el campo de la doctrina jurídica, no existe un consenso unánime respecto al concepto de apariencia. Inicialmente, se concibió como un derecho subjetivo, o bien, como una apariencia de derecho o de situación jurídica. Este fenómeno implica una posición normativa que aparenta existir, aunque en realidad no lo sea (Pugliatti, 1957; Vidal Olivares, 2000; Momberg, 2018).

La doctrina italiana plantea que la apariencia de ser algo, sin serlo, es un atributo inherente a la naturaleza humana, que se ve influida por sus intereses, hasta el punto de que la ley no puede ignorarlo. Sin embargo, la estructura de este concepto es sumamente compleja, ya que puede surgir cuando un fenómeno genera la apariencia de otro, haciendo que este último se perciba como real, aunque en su esencia no lo sea (Febbrajo, 2016; Antoniolli & Veneziano, 2005)

Es por ello, que la apariencia se debe abordar como una relación, en la que el fenómeno que se manifiesta a través de otro y se convierte en una forma de transparencia. Es crucial distinguir entre el fenómeno que provoca la aparición y el que es hecho aparecer. La diferencia esencial radica en que el primero se muestra de manera tangible, mientras que el

segundo no tiene una presencia material directa, sino que sólo se revela por medio de una alusión o invocación.

Como aporte propio, cabe precisar que, además, la apariencia afecta únicamente al segundo fenómeno: este último aparece como si fuera real, aunque en verdad no lo es, mientras que el primer fenómeno es, en realidad, tangible y verdadero.

Por ejemplo, en el caso del heredero aparente, un fenómeno parece existir —como la calidad de heredero—, pero en realidad no lo hace. No obstante, existe un sujeto que realiza ciertos actos y se encuentra en situaciones que inducen a conclusiones erróneas sobre su estatus. Otro ejemplo, era la compañera permanente quien ante terceros se hacía creer como la cónyuge, pero normativamente, no tenía esa calidad, o el hijo de crianza, quien ante terceros por actos reales se creía hijo de una persona cuando no ostentaba ese parentesco.

A partir de esta reflexión, el concepto de apariencia se ajusta a un modelo relacional general: un fenómeno materialmente presente y auténticamente real se convierte en el medio por el cual otro fenómeno, que no tiene presencia material y no es inmediatamente real, aparece o se manifiesta.

Siguiendo a Falzea (1997) es importante destacar la apariencia representa solo un ejemplo específico de este esquema, el cual puede tener dos dimensiones de aplicación. Por un lado, un plano subjetivo, donde se interpreta desde una perspectiva individual, y por otro, un plano objetivo, que se refiere al fenómeno en su totalidad y en su manifestación general.

De cualquier forma, la apariencia, cuando se entiende objetivamente, se refiere a la manifestación de lo que no es real como si fuera real, dentro de un contexto de experiencia compartida y pública, sustentada por relaciones reconocidas socialmente que carecen de un sentido simbólico. Esta definición permite establecer distinciones claras entre la apariencia y otras figuras que, debido a un análisis superficial, suelen confundirse con ella.

2.3. La información

La información se configura como un elemento clave para tomar decisiones fundamentadas y establecer relaciones de confianza (Arnau, 2009). Cuando las partes

disponen de información veraz y suficiente, pueden negociar en un entorno de seguridad y claridad. Por el contrario, la desinformación genera incertidumbre, desconfianza y distorsiona las percepciones de las partes, lo que puede tener consecuencias negativas en la relación contractual y en la calidad de las decisiones adoptadas.

Históricamente, la necesidad de obtener información sobre los aspectos clave de los bienes y servicios en una relación contractual era considerada un requerimiento superficial (Díez-Picazo, 2006; Fayos Gardo, 2018). En el pasado, debido a la simplicidad de las relaciones comerciales y la naturaleza de los bienes y servicios, no parecía necesario un intercambio detallado de información (Fernández Rozas, 2005).

Sin embargo, en la actualidad, dada la complejidad de las interacciones comerciales, la especialización de los servicios y la variedad de los productos y servicios, el deber de información se ha convertido en una necesidad imperativa. La exigencia de transparencia y el acceso a información relevante son ahora fundamentales para determinar si se celebrará un contrato, analizar su legitimidad, asegurar la correcta ejecución de las obligaciones de las partes y asegurar una interpretación precisa del acuerdo.

La obligación de información, que se entiende como el deber de las partes de compartir información clara, precisa y comprensible sobre los aspectos fundamentales del contrato, es crucial en las etapas precontractuales. Solo a través de este intercambio adecuado puede cada parte evaluar la conveniencia de celebrar el acuerdo bajo las condiciones propuestas (Fayos Gardo, 2018).

En Colombia, obtener información fácil, clara, veraz, precisa, abundante y oportuna sigue siendo un reto, tanto en el comercio interno como en ocasiones en el comercio externo. Esto se debe a que la cultura comercial aún no ha evolucionado hacia modelos de transparencia y prácticas directas de contratación (Vargas-Chaves, 2015).

Por el contrario, persisten expresiones populares como "el vivo vive del bobo" o la mal llamada "malicia indígena", donde ocultar información y mantener asimetrías entre las partes es considerado "adecuado", siempre que genere rentabilidad o beneficios para quién oculta la información.

Esta lamentable costumbre ha provocado que las negociaciones se vuelvan más estrictas y que se cierren puertas comerciales. No solo se trata de deslealtad comercial, sino también de ignorancia generada por la falta de información, barreras en la comprensión y dificultades en las negociaciones, lo que da lugar a mercados imperfectos. (Corrales, 1996; Díez-Picazo, 2006).

Al respecto cabe señalar que estos mercados irregulares no son exclusivos de Colombia, sino que persisten en muchos mercados latinoamericanos, donde prevalece una asimetría significativa de información entre las partes involucradas.

Seguendo al mismo autor, el mercado imperfecto genera el nacimiento de “contratos imperfectos”, los cuales son aquellos que nacen en ausencia de información, lo que puede generar situaciones de abuso de la posición dominante o incluso llevar a la nulidad del acuerdo. (Corrales, 1996)

Por esta razón, cuando una parte posee una ventaja exclusiva en términos de información, la validez jurídica del contrato puede ser cuestionada, ya que se considera que la otra parte ha sido privada de la información necesaria para una toma de decisiones adecuada.

Para autores como Bullard Gonzalez (2003), la asimetría informativa, cuando una parte conoce aspectos cruciales del contrato que la otra parte ignora, puede alterar el equilibrio de la negociación. Esta desigualdad informativa genera un escenario en el que una de las partes tiene una ventaja injusta debido a su conocimiento superior o experiencia.

De este modo, teniendo en cuenta estos contratos imperfectos y la esperanza de llegar a mercados perfectos, el deber de información se justifica, principalmente, por tres razones.

Primero, es lograr un equilibrio en el nivel de conocimiento entre las partes, previniendo que una de ellas haga un uso indebido de su poder dominante. Cabe señalar que en Colombia no está prohibido tener una posición preeminente en el mercado, pero más bien el uso indebido de esa posición. El abuso de dicha posición dominante hace alusión a la obtención de beneficios desproporcionados o injustificados como resultado de la ausencia de competencia real en el mercado.

Segundo. la obligación de proporcionar información asegura que el consentimiento de las partes sea adecuado, y por tanto, esté exento de vicios. Es decir, el cumplimiento de esta obligación fortalece el consentimiento al permitir que las decisiones sean tomadas de manera informada, siendo esto relevante durante las negociaciones previas al acuerdo, cuando una parte posee información que la otra desconoce. (Llobet y Aguado 1996)

En relación con este último aspecto, de acuerdo con los Principios UNIDROIT, la falta de revelación de información esencial para la celebración de un contrato, junto con acciones fraudulentas, puede ser considerada como dolo, lo que compromete la validez del acuerdo.

En este sentido, el artículo 3.8 de esos principios señala que una de las partes puede anular un contrato si fue influenciada a celebrarlo debido a maniobras fraudulentas de la otra parte, lo cual incluye tanto declaraciones engañosas como prácticas desleales. Además, el principio señala que esta nulidad también se aplica cuando una de las partes omite de manera dolosa revelar circunstancias relevantes que, según los estándares comerciales de lealtad y buena fe, deberían haber sido divulgadas.

Este principio resalta la relevancia de la transparencia y la honestidad en las relaciones contractuales, ya que el hecho de no proporcionar la información adecuada en el momento adecuado, en este caso, etapa pre contractual, puede alterar la base sobre la que las partes han tomado su decisión de contratar, afectando así la validez y equidad del acuerdo celebrado. La revelación de información es esencial no sólo para garantizar la independencia de la voluntad de las partes, así como para garantizar que los contratos sean celebrados bajo condiciones justas, evitando así posibles abusos derivados de la asimetría informativa.

Y, tercero, si ambas partes hubieran tenido acceso a la misma información, los términos del contrato podrían haber sido diferentes, lo que subraya la importancia de un intercambio simétrico de información en las negociaciones.

Un claro ejemplo de esto se encuentra en el contrato de seguro, regulado en el artículo disposición 1058 del Código de Comercio, en la que se establece que la reticencia o inexactitud sobre hechos o circunstancias que, si hubieran sido conocidas por el asegurador,

habrían evitado la celebración del contrato o lo habrían llevado a imponer condiciones más gravosas, conlleva la nulidad relativa del contrato de seguro.

De manera similar, En el contexto de la compraventa, el Código Civil establece que, en casos de saneamiento por vicios redhibitorios, además de las acciones que el comprador puede tomar contra el vendedor, este último deberá indemnizar al comprador si el vicio era conocido o debía haber sido conocido por el vendedor debido a su profesión o especialidad, y no lo comunicó. Esto está estipulado en el artículo 1918 del Código Civil.

Con todo, la falta de información adecuada no solo afecta la validez del consentimiento, sino también la equidad del contrato. Un acuerdo desequilibrado, resultado de una asimetría informativa, puede tener consecuencias perjudiciales para una de las partes. Sin embargo, el déficit informativo no siempre se resuelve de manera sencilla, incluso con la intervención de actores como el Estado o las organizaciones de consumidores, quienes intentan garantizar la transparencia y la equidad en los intercambios contractuales.

La incapacidad para prevenir abusos y desequilibrios informativos puede generar la necesidad de una reparación y rectificación de los contratos, lo que abre la puerta a la intervención judicial para restaurar la justicia material y garantizar que las relaciones contractuales se desarrollen de manera justa y equitativa (Chinchilla Imbett, 2011).

En este contexto, Colombia ha buscado regular la conducta de la información por medio de normas de protección al consumidor, libre competencia y publicidad, todas contenidas en la ley 1480 de 2011, donde define la palabra información, conceptualizándola como todo dato relacionado con la naturaleza, origen, proceso de fabricación, componentes, aplicaciones, dimensiones, peso, precios, modo de empleo, propiedades, calidad, idoneidad, cantidad y demás características relevantes de los productos disponibles o en circulación, así como los riesgos que pueden asociarse a su consumo o uso. Además, este concepto prioriza la transparencia en la información, destacándola como uno de los objetivos esenciales del estatuto, que exige que dicha información sea completa, veraz, precisa, oportuna, comprensible y verificable.

En el derecho colombiano, la Corte Suprema de Justicia ha resaltado que uno de los deberes esenciales en las relaciones contractuales es la obligación de proporcionar información correcta y leal. Según la Corte, las partes deben estar comprometidas a ofrecer información relevante sobre el objeto, las circunstancias y las particularidades del acuerdo en curso, especialmente cuando dicha información es de importancia sustancial para garantizar que el consentimiento del destinatario no esté viciado por artificios o engaños.

La Corte subraya la necesidad de asegurar que el consentimiento se forme de manera libre y genuina, libre de vicios que puedan afectar la validez del acuerdo (Corte Suprema de Justicia de Colombia. (2001). Sentencia de 4 de abril de 2001).

En la misma decisión de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, se señala que es incuestionable el derecho del consumidor a estar debidamente informado. En este sentido, existen normativas que lo respaldan sin reservas, como los artículos 20 y 78 de la carta magna, que reconocen el deber constitucional a recibir información real, y asignan a la normatividad la obligación de regular la información vinculada a la comercialización de bienes y servicios, con el fin de proteger los derechos colectivos (Alarcón-Peña et al, 2025).

Por otra parte, el Decreto 3466 de 1982 dispone que la información ofrecida al consumidor sobre los componentes y características de los bienes y servicios debe ser veraz y adecuada. En consecuencia, se prohíbe la publicidad y las leyendas comerciales que no coincidan con la realidad o que puedan inducir a error acerca de aspectos tales como la naturaleza, origen, proceso de fabricación, componentes, usos, volumen, peso, medidas, precios, modo de empleo, características, propiedades, calidad, idoneidad o cantidad de los productos.

En consecuencia, se establece que los productores tienen la responsabilidad sobre las marcas y leyendas de sus productos, así como sobre la publicidad comercial, cuando esta no sea precisa o pueda engañar al consumidor. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 13 de diciembre de 2001).

En este contexto, el deber de información no solo está diseñado para corregir la asimetría informativa y equilibrar las relaciones contractuales, sino también para proteger a

las partes de posibles abusos y para garantizar que los contratos sean celebrados de acuerdo con principios de transparencia, equidad y buena fe.

De este modo, se contribuye a la construcción de un entorno de negocios más confiable y justo, en el que los intereses de todas las partes sean debidamente representados y respetados.

2.3.1. Características de la información relevante:

El cumplimiento del deber de información en el contexto contractual se concreta cuando las partes involucradas deben proporcionar hechos específicos de manera objetiva y clara. Esto permite que la otra parte pueda conocer esos hechos, o al menos deban conocerlos, antes de tomar la decisión de celebrar el contrato con un consentimiento plenamente formado (Fayos Gardo, 2018; Cabanillas Sánchez, 2012).

Siguiendo a Bernal Fandño (2013) este deber no se limita a un cumplimiento superficial o formal, sino que debe ser sustancial. La información no solo debe ser divulgada, sino que debe presentarse de tal manera que el receptor pueda comprenderla de forma plena y reflexiva.

En este sentido, la Ley 1480 de 2011 establece que la información debe cumplir con ocho características fundamentales que aseguran su efectividad y adecuación para la toma de decisiones. Así, el deber de información implica revelar todos los datos relevantes para la negociación, evitando omisiones que puedan distorsionar la percepción de la realidad.

Ocultar información crucial no solo transgrede el principio de buena fe, sino que puede inducir a error a la contraparte, generando un desequilibrio que afecta la validez misma del consentimiento. La veracidad, por su parte, exige que los datos proporcionados se ajusten a la realidad, evitando falsedades que puedan viciar la voluntad de los interesados.

Independientemente de su contenido, dicha información debe ser comunicada de forma transparente, es decir, clara, comprensible y accesible. La transparencia no se limita a cumplir con una obligación legal, sino que busca empoderar a los individuos para que ejerzan su libertad contractual de manera responsable. En este sentido, la información oportuna

garantiza que las partes cuenten con el tiempo suficiente para analizar los datos, evaluar las implicaciones del acuerdo y tomar una decisión libre de presiones.

La verificabilidad de la información brinda seguridad y confianza a las partes, permitiendo corroborar la autenticidad de los datos y evitar posibles disputas. Asimismo, la comprensibilidad asegura que la información sea accesible para todos los involucrados, independientemente de su nivel de conocimiento o experiencia. La precisión, por otro lado, exige que la información se centre en las características esenciales del acuerdo, evitando ambigüedades que puedan dar lugar a interpretaciones erróneas.

Finalmente, la idoneidad implica que la información sea pertinente y adecuada a las circunstancias específicas de la negociación. No se trata solo de proporcionar datos, sino de seleccionar aquellos que resulten realmente útiles para la toma de decisiones.

En suma, la información relevante constituye un elemento crucial para la construcción de relaciones contractuales justas y equilibradas. Garantizar el acceso proporcionar información completa, veraz, transparente, oportuna, verificable, comprensible, precisa e idónea no solo refuerza la confianza entre las partes, sino que también fortalece la legitimidad del sistema contractual en su conjunto. En un mundo cada vez más interconectado, donde la información se transmite a una velocidad impresionante, resulta imperativo promover una cultura de transparencia que reconozca el valor de la información como herramienta para la construcción de acuerdos justos y duraderos.

En otras palabras, el deber de información no es solo una formalidad, sino una obligación que debe asegurar que las partes en un contrato dispongan de la información necesaria de manera clara, precisa, completa, verificable y oportuna, con el fin de que puedan tomar decisiones informadas y ejercer adecuadamente su libertad contractual.

2.3.2. Limitación a la conducta de información

Como se mencionó anteriormente, la información desempeña un papel fundamental en el momento en que las partes deciden formalizar o no un contrato. No obstante, la información relevante no solo afecta la etapa inicial de la contratación, sino que también tiene implicaciones a lo largo de la duración del contrato definitivo.

Por lo tanto, es crucial que la información proporcionada sea adecuada, completa y precisa, cumpliendo con los requisitos detallados en el apartado anterior, con el propósito de permitir que las partes tomen decisiones informadas, sin errores, engaños o confusión. Esto busca promover un comportamiento basado en la lealtad y la buena fe entre las partes.

Sin embargo, el deber de informar puede verse limitado en tres situaciones: en primer lugar, por las características de las partes involucradas; en segundo lugar, por el tipo de información; y, finalmente, por la confidencialidad. A continuación, se desarrollan estos aspectos:

2.3.2.1 Limitación por la calidad o condiciones especiales de los tratantes

Jorge Mosset Iturraspe identifica cuatro situaciones en las cuales la información se regula de manera especial dependiendo de las partes involucradas, debido a que existen normativas específicas para cada caso. El autor lleva a cabo un análisis comparativo de las relaciones contractuales que se dan entre individuos, entre empresas, entre el Estado y las empresas, así como entre las empresas y los consumidores.

En las relaciones entre particulares, Mosset Iturraspe argumenta que las obligaciones se fundamentan en un marco normativo general de derecho común. En este contexto, la protección de la información está garantizada por el deber recíproco que tienen las partes de comportarse con lealtad y buena fe, ofreciendo la información esencial para que la otra parte pueda decidir con plena libertad.

En lo que respecta a las relaciones entre empresas, la información adquiere una protección especial, tanto en el ámbito comercial como en el penal. No obstante, el autor concluye que, cuando se trata de una contratación entre empresas, se debe garantizar que la información proporcionada sea suficiente para que la otra parte pueda tomar decisiones de manera libre, sin engaños, errores o confusión.

Cuando la relación es entre el Estado y una empresa, Mosset Iturraspe destaca que es el Estado quien regula la información que debe ser proporcionada, así como las formalidades que deben seguir las empresas. De esta manera, el deber de informar se encuentra

formalizado y predeterminado, otorgándole una connotación específica a la información previa que debe ser transmitida.

Finalmente, en el contexto de las relaciones entre empresas y consumidores, el autor destaca que los Estados han intervenido para imponer, mediante normas de orden público, la obligación de proporcionar información de manera adecuada y veraz por parte de las empresas. La intervención ha provocado diversas situaciones de responsabilidad por no cumplir con el deber de información previo a la firma del contrato definitivo.

Mosset Iturraspe distingue entre la información general previa, proporcionada a través de la publicidad, y la información personalizada y específica destinada a los consumidores que se acercan al contrato definitivo. Ambas formas de información cuentan con una base legal y generan responsabilidad en caso de incumplimiento (Sánchez, 2012).

En el contexto colombiano, la relación entre particulares y entre empresas se fundamenta en el cumplimiento de la norma sustancial comercial como fuente principal de derecho (Sánchez, 2012).

Sin embargo, en caso de existir vacíos normativos, se debe aplicar lo establecido en el artículo 2 del Código de Comercio, lo que implica recurrir a la legislación civil., prevaleciendo siempre el respeto al manejo de la información y su confidencialidad como un derecho fundamental. En caso de encontrarse nuevamente ambigüedades en la norma, debe aplicarse la costumbre mercantil y fuentes auxiliares como los principios del derecho comercial.

En cuanto a la relación entre el Estado y la empresa, se debe analizar el manejo de la información, en cumplimiento con lo establecido por las normativas de contratación pública siendo la Ley 80 de 1993 una de las fuentes principales. Esta norma establece requisitos que son exigidos por el Estado, el cual regula el funcionamiento y métodos para entregar la información.

La normatividad en contratación pública establece como principio rector la "responsabilidad", según la cual, en relación con la información, son los contratistas, y no el Estado, quienes deben responder por ocultar situaciones de inhabilidad, incompatibilidad o

prohibición al momento de contratar, o por proporcionar información falsa (Ley 80 de 1993, art. 26, § 7).

Asimismo, es el Estado quien establece la estructura de los procedimientos de selección, determinando las reglas generales para las licitaciones o concursos. Esto incluye la obligación del Estado de publicar mediante avisos los datos relacionados con el objeto y sus características principales de la contratación, permitiendo que los interesados decidan si presentar su propuesta o no.

Esto cierra la posibilidad de negociaciones precontractuales, ya que el Estado posee una evidente posición dominante. Además, buscar acuerdos precontractuales podría generar graves actos de corrupción y la comisión de otros delitos.

Por tanto, la información en la relación entre el Estado y el particular o empresa debe analizarse con especial cuidado, ya que en estos ámbitos no deben existir tratativas precontractuales, puesto que ello atentaría contra normas de orden público. De acuerdo con la Ley 80 de 1993, modificada por el artículo 4 de la Ley 2160 de 2021, se establece que, después de completar los trámites administrativos de legalización de los contratos, las autoridades encargadas del control fiscal deben intervenir para asegurar que los pagos se efectúen conforme a las disposiciones legales correspondientes.

Tras la finalización de los contratos, la supervisión fiscal se extiende para abarcar el control financiero, de gestión y de resultados, evaluando aspectos como eficiencia, economía, equidad y costos ambientales.

Las oficinas de control interno son las encargadas del control administrativo previo, y las autoridades fiscales tienen la facultad de solicitar informes sobre la gestión contractual a los servidores públicos de todos los niveles. Por otro lado, la Contraloría General de la República implementa un control preventivo y simultáneo, supervisando de manera constante los recursos públicos a través de tecnologías de la información, la participación activa del control social y la cooperación con el control interno.

En cuanto a la relación entre particulares y consumidores, la protección al consumidor en el ámbito nacional se ha establecido de manera clara y precisa, con el objetivo de

garantizar que quienes actúan como consumidores reciban una correcta información, misma que debe ser veraz, completa y oportuna acerca de los servicios y productos ofrecidos, así mismo debe ser comprensible, verificable, idónea y precisa conforme a lo establecido en la ley 1480 de 2011 (Ley 1480 de 2011, art. 3).

Con el propósito de salvaguardar los derechos de los consumidores, se creó la Delegatura para la Protección del Consumidor, que depende de la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC), que se encarga de supervisar y controlar a los agentes del mercado para asegurar que cumplan con sus obligaciones, entre ellas la de proporcionar la información adecuada al consumidor (Ley 1480 de 2011).

Hoy en día, los consumidores tienen la posibilidad de denunciar y demandar situaciones relacionadas con información engañosa, calidad, precio y financiación, entre otros. Las acciones legales para proteger al consumidor pueden incluir la reparación o el reemplazo del bien adquirido, la devolución del dinero pagado o la compensación por daños y perjuicios. De igual manera, la Ley de Protección de Datos Personales otorga a las personas el derecho de conocer, actualizar y rectificar los datos recopilados sobre ellas. (Ley 1581 de 2012).

En este marco, cobra relevancia el principio *pro consumatore*, que orienta la interpretación jurídica en favor del consumidor en caso de duda. Este principio es clave, ya que los consumidores son considerados la parte vulnerable en las relaciones comerciales. Esta vulnerabilidad se debe a varios factores: (i) el consumidor no posee el poder económico ni jurídico necesario para establecer los términos del acuerdo; (ii) carece de la información suficiente respecto al producto o servicio, lo que genera una asimetría de información; y (iii) debido a su necesidad de adquirir productos o servicios, el consumidor enfrenta dificultades para deliberar adecuadamente durante la negociación (Londoño Londoño, 2023).

Además, la debilidad del consumidor no se limita a casos específicos como los contratos de consumo masivo o de adhesión, sino que se extiende a cualquier relación contractual en la que existan asimetrías de poder. Incluso las empresas que actúan como consumidores pueden encontrarse en una posición de desventaja si desconocen información crucial que posee la otra parte, como el productor o proveedor (Durand Carrión, 2012).

Es importante señalar que los consumidores no siempre están completamente informados sobre los riesgos que corren en las relaciones comerciales, lo que dificulta una asignación racional de estos riesgos entre el consumidor y el proveedor. Esta asimetría de información se presenta especialmente en los contratos de adhesión, lo que hace necesario un ajuste en el equilibrio contractual para proteger al consumidor (Durand Carrión, 2012).

Restaurar el equilibrio en las relaciones comerciales constituye un pilar esencial en la protección de los derechos del consumidor. En este sentido, el principio *pro-consumidor* refleja la idea de que el objetivo fundamental de la sociedad y el Estado es garantizar satisfacer las necesidades básicas de las personas, como asegurar el acceso a bienes que permitan llevar una vida digna

En situaciones de duda, la ley favorece al consumidor, quien es generalmente la parte más vulnerable de la relación contractual. La Constitución Colombiana de 1991, en su artículo 78, establece que los productores y comercializadores de bienes y servicios serán responsables si atentan contra la salud, seguridad y bienestar de los consumidores (Constitución Política de Colombia, 1991).

La Ley 1480 de 2011 refuerza este enfoque, garantizando a los consumidores el derecho a acceder a información adecuada para tomar decisiones informadas sobre los productos o servicios que adquieran (Ley 1480 de 2011, art. 1).

Además, el artículo 3 de la normatividad determina que los consumidores tienen derecho a obtener información completa, verídica, clara, precisa y a tiempo sobre los productos y los riesgos relacionados con su uso. Esta normativa también establece obligaciones para los productores, distribuidores y comercializadores, con el fin de garantizar el cumplimiento de los deberes informativos, como se refleja en el artículo 19 (Ley 1480 de 2011, art. 19).

En conclusión, es evidente que existe una limitación a la conducta de la información debido a las condiciones especiales o la calidad de los tratantes, tal como se expuso a lo largo del texto. Las normativas específicas para las distintas relaciones contractuales, ya sea entre particulares, empresas, el Estado y empresas, o entre empresas y consumidores, establecen

marcos regulatorios que limitan el acceso, manejo y divulgación de la tan importante información.

En las relaciones surgidas entre particulares y empresas, la información debe ser suficiente, veraz y clara para garantizar decisiones libres y sin engaños. En el caso del Estado y las empresas, la regulación estatal impone limitaciones adicionales en cuanto a la transparencia de la información, buscando prevenir actos de corrupción y proteger el interés público (Navarro Mendizábal, 2022).

En cuanto a la relación con el consumidor, la ley protege a esta parte vulnerable, asegurando que reciba información adecuada y precisa. Todo ello revela que la conducta informativa está restringida por principios normativos diseñados para equilibrar el poder entre las partes, garantizando la protección de derechos fundamentales y promoviendo una mayor transparencia y responsabilidad en las interacciones comerciales.

2.3.2.2 Limitación por el tipo de información.

En el ámbito jurídico, la información desempeña un papel crucial no solo en el proceso precontractual y contractual, sino también en la fase postcontractual. Su relevancia radica en su capacidad para influir en la validez del contrato, su ejecución efectiva y el cumplimiento de principios del derecho comercial.

En Colombia, la información tiene un carácter constitucional, dado que está protegida por diversos instrumentos internacionales y nacionales que garantizan el derecho a la libre manifestación del pensamiento y la opinión (Pizarro Wilson, 2012).

La Convención Americana sobre Derechos Humanos, por ejemplo, asegura la facultad de los individuos para acceder, obtener y compartir información sin limitaciones geográficas o de otro tipo (OEA, 1969). Este derecho es considerado fundamental, pues garantiza que todos puedan acceder a la información que les permita tomar decisiones de manera libre e informada.

La Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión, emitida por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, adopta una perspectiva concordante al afirmar que todas las personas deben contar con igualdad de oportunidades para acceder, buscar y

difundir información por cualquier medio, sin que medie discriminación alguna. (CIDH, 2000).

Este instrumento también resalta principios fundamentales, como el derecho a acceder a la información relativa a uno mismo o a sus bienes, el cual debe garantizarse de manera expedita y gratuita, conforme al principio tercero del documento.

Adicionalmente, se establece que el acceso a la información en poder del Estado constituye un derecho fundamental, sujeto únicamente a limitaciones excepcionales, como aquellas relacionadas con la seguridad nacional, siempre dentro del marco de un Estado democrático (OEA, 1969).

En el ámbito interno, la Constitución Política de Colombia de 1991 reconoce y protege este derecho en diversos artículos. El artículo 15 dispone que toda persona tiene derecho a conocer la información que sobre ella repose en bancos de datos y archivos, tanto de entidades públicas como privadas. Por su parte, el artículo 20 consagra la libertad de informar y recibir información veraz e imparcial, mientras que el artículo 74 garantiza el acceso a documentos públicos, salvo las restricciones expresamente previstas por la ley.

En este contexto, la Corte Constitucional ha desarrollado una sólida línea jurisprudencial que delimita el alcance del derecho a la información. En la sentencia T-578 de 1993, la Corte identificó tres dimensiones esenciales de este derecho: (i) el deber de las autoridades de emitir respuesta ante las solicitudes de información; (ii) el derecho ciudadano de acceder a dicha información; y (iii) la libertad de los profesionales para construir y divulgar información con responsabilidad social.

Ahora bien, pese a su carácter fundamental, este derecho no es absoluto. La Corte ha subrayado que el ejercicio de la libertad de información está sometido a deberes y responsabilidades, configurándose así como un derecho-deber. En este marco, la clasificación de la información cobra particular relevancia en escenarios como la contratación pública y privada.

La jurisprudencia constitucional ha establecido una diferenciación clave entre información personal —aquella que permite identificar a una persona física, como su nombre, dirección o número de teléfono— e información impersonal, que no conduce a la identificación de un individuo determinado (Corte Constitucional, 2002).

Esta distinción no solo tiene implicaciones teóricas, sino también consecuencias prácticas en la configuración del régimen aplicable al derecho a la autodeterminación informativa.

La Corte ha identificado tres fundamentos esenciales para justificar dicha clasificación: primero, la inexistencia de límites constitucionales significativos al acceso a información impersonal, dada la prohibición de la censura establecida en el artículo 20 de la Constitución; segundo, la necesidad de armonizar el derecho a la información con otros derechos fundamentales, como la intimidad, el buen nombre y el habeas data; y tercero, la existencia de un régimen jurídico específico para el tratamiento de datos personales, regulado por la Ley 1581 de 2012, conocida como Ley de Protección de Datos Personales (Corte Constitucional, 2002).

Adicionalmente, esta categorización encuentra respaldo en otros derechos constitucionales de igual jerarquía, como los derechos de propiedad intelectual, consagrados en el artículo 61 de la Carta Política, que también imponen límites al derecho de acceso a la información.

Desde una perspectiva práctica, el ordenamiento jurídico colombiano ha adoptado una clasificación cualitativa de la información, estableciendo cuatro categorías principales: información pública, semi-privada, privada y reservada. (Ley 1581 de 2012)

La información pública, que comprende documentos como actos normativos o registros oficiales, puede ser obtenida y difundida libremente, sin necesidad de autorización previa del titular de los datos. No obstante, su manejo debe observar los principios de transparencia, legalidad y protección de datos personales, conforme a lo dispuesto por la Ley 1266 de 2008.

La información semi-privada, está definida en el numeral 7 del artículo 3 de la ley 1266 de 2008, la cual establece que es aquel que no posee un carácter íntimo, reservado ni estrictamente público, y cuya divulgación o conocimiento puede ser de interés no solo para su titular, sino también para un grupo determinado de personas o incluso para la sociedad en general. Ejemplos representativos de esta categoría son los datos financieros y crediticios derivados de actividades comerciales o de prestación de servicios.

Esta información tiene un acceso limitado, y solo puede ser obtenida bajo ciertas condiciones, como por orden de una autoridad judicial. Ejemplos incluyen datos financieros o comerciales, cuya divulgación puede interesar a un sector más amplio de la sociedad, pero que aún están sujetos a restricciones.

En cuanto a la información privada, esta hace mención a datos íntimos o reservados que solo interesan al titular, y su divulgación sólo es posible con el consentimiento del individuo o mediante orden judicial.

La Corte Constitucional, en la Sentencia T-114 de 2018, ha señalado que cierta información personal refleja aspectos relevantes de la vida íntima, social y económica del individuo, y que, por mandato constitucional expreso o por su propia naturaleza, solo puede ser divulgada con la autorización del titular o mediante una orden judicial.

En tales casos, la legitimidad para revelar dicha información, incluso contra la voluntad del afectado, debe fundamentarse en finalidades particularmente relevantes, como sucede, por ejemplo, en el marco de un proceso penal orientado a la búsqueda de la verdad.

La ley 1581 de 2012 establece regulaciones sobre el manejo de datos personales y conceptualiza los datos sensibles como cuyo tratamiento indebido podría vulnerar la privacidad del titular o dar lugar a actos de discriminación, especialmente aquellos relacionados con el origen étnico o racial, las convicciones políticas, creencias religiosas o filosóficas, la afiliación sindical, así como la información relativa a la salud, la vida sexual o los rasgos biométricos de una persona.

El tratamiento de este tipo de datos sensibles se encuentra prohibido por la ley, salvo en aquellos supuestos excepcionales expresamente autorizados, los cuales se detallarán en los apartados siguientes:

(i.) La regla general establece que el tratamiento de datos personales requiere la autorización expresa del titular. Esta autorización debe ser clara, inequívoca e informada, garantizando que el individuo ejerza un control real sobre su información. No obstante, la ley contempla situaciones en las que, por la naturaleza de los datos o las circunstancias del tratamiento, no se requiere el consentimiento.

(ii.) Una de estas excepciones se da cuando el tratamiento es requerido para garantizar un interés vital del titular, especialmente en casos de incapacidad física o jurídica. Imaginemos una situación médica de emergencia donde el paciente no puede dar su consentimiento: el acceso a su historial médico puede ser crucial para salvar su vida.

(iii.) Una excepción adicional se refiere al tratamiento de datos sensibles por parte de organizaciones sin ánimo de lucro que tengan fines políticos, filosóficos, religiosos o sindicales. Estas entidades pueden tratar datos de sus miembros o personas relacionadas con sus objetivos, siempre y cuando se enmarquen en actividades legítimas y con las debidas garantías. Esta excepción permite el desarrollo de actividades sociales y comunitarias, pero exige un manejo responsable de la información.

(iv.) El tratamiento de datos también está permitido en el contexto de procesos judiciales o administrativos. Acceder a cierta información puede ser esencial para el ejercicio de la defensa o la administración de justicia. Sin embargo, es crucial que este acceso esté debidamente regulado para evitar abusos.

(v.) Una excepción adicional al límite de la información es la finalidad pública. El tratamiento de datos con fines históricos, estadísticos o científicos puede ser autorizado, siempre que se respeten principios como la proporcionalidad y la seguridad. Esta excepción promueve el avance en la investigación y el conocimiento, contribuyendo al desarrollo social.

(vi.) Por último, la ley otorga una protección especial a los datos personales de menores, prohibiendo su tratamiento, excepto en el caso de datos de naturaleza pública. Esta

restricción tiene como objetivo proteger el interés superior de los niños, niñas y adolescentes, y evitar situaciones de vulnerabilidad.

En cuanto a la información reservada, es importante aclarar que, debido a su relación con derechos fundamentales como la privacidad, no puede ser divulgada bajo ninguna circunstancia, ni siquiera por autoridades judiciales. Esto incluye datos relacionados con la defensa o la seguridad nacional, información diplomática o sobre negociaciones confidenciales, así como datos de carácter personal, como hojas de vida, historia laboral, expedientes pensionales y registros personales en archivos públicos o privados, así como la historia clínica.

También se incluyen las condiciones financieras de las operaciones de crédito público y tesorería realizadas por el Estado, así como los estudios técnicos sobre la valoración de los activos de la nación, los cuales están regulados por la Ley Estatutaria 1266 de 2008 y el artículo 24 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

En conclusión, en Colombia, la clasificación de la información es clave para regular la conducta informativa en el ámbito contractual. Mediante normas constitucionales e internacionales, se ha establecido un marco que equilibra el derecho a la información con la protección de derechos fundamentales, como la intimidad y el buen nombre.

El acceso a la información es un derecho fundamental, pero este derecho está sujeto a limitaciones que varían según la naturaleza de la información (pública, semi-privada, privada o reservada) y el contexto en el que se solicita. La información privada y reservada, en particular, requiere un manejo especial debido a la estrecha relación con los derechos fundamentales de los individuos, lo que limita su divulgación.

Estas clasificaciones y limitaciones son clave para garantizar la autonomía privada, la confidencialidad y el respeto a la dignidad humana en el marco de los negocios jurídicos y la protección de datos personales en Colombia.

2.3.3.3 Limitación por la Confidencialidad

Como se ha discutido previamente, la gestión de la información está regida por varios límites, destacando entre ellos el principio de confidencialidad. Según lo estipulado en la Ley

1581 de 2012, este principio establece que todas las personas que participen en el procesamiento de datos personales que no sean de naturaleza pública deben garantizar la confidencialidad de la información, incluso después de concluir su vinculación con las actividades relacionadas con dicho procesamiento. (Ley 1581 de 2012, art. 8).

Y por lo anterior, solo podrán compartir o comunicar los datos personales cuando esto sea necesario para llevar a cabo las actividades autorizadas por la ley y en los términos establecidos en la misma. (Ley 1581 de 2012, art. 8).

Este marco normativo establece una clara obligación de confidencialidad sobre la información que no sea pública, resguardando su protección incluso después de que haya finalizado la relación contractual o de tratamiento de datos.

En relación con las negociaciones (fase de tratativas), los principios UNIDROIT sobre contratos comerciales internacionales, específicamente en el artículo 2.16 y los siguientes, establecen que si una de las partes divulga información confidencial durante las negociaciones, la otra parte tiene la obligación de mantener dicha información en confidencialidad y no utilizarla de manera inapropiada para su propio beneficio, sin importar si el contrato finalmente se celebra o no.

Además, el incumplimiento de esta obligación podría generar una compensación, la cual se calcularía en función del beneficio obtenido por la parte que vulneró la confidencialidad (UNIDROIT, 1994).

Generalmente, no existe una obligación de confidencialidad en las negociaciones, ya que las partes involucradas tienen libertad para decidir qué información es relevante en el proceso y qué datos pueden ser divulgados. Por lo tanto, a menos que se acuerde explícitamente lo contrario, la información intercambiada se considera no confidencial, lo que permite que la parte receptora la comparta con terceros o la utilice si las negociaciones no avanzan hacia la formalización del contrato.

No obstante, este principio cambia cuando la información compartida es sensible o confidencial, como los secretos comerciales, patentes, información financiera o cualquier otro dato relevante para el negocio o de carácter personal, ya sea de una persona natural o

jurídica. En estos casos, los datos deben ser tratados como confidenciales y protegerse en todo momento, sin importar el resultado de las negociaciones.

Es importante destacar que, independientemente de si la información se obtiene de manera directa o indirecta, la parte que recibe esta información tiene la responsabilidad de mantenerla en secreto.

En el contexto de buena fe, es fundamental que cada parte entienda que la información compartida no debe ser divulgada ni utilizada para fines distintos a los acordados, por razones de solidaridad y lealtad. Esto refuerza la confianza mutua durante el proceso de negociación y protege la integridad de las partes involucradas. A pesar de que no siempre se formalicen acuerdos de confidencialidad, el solo hecho de recibir información sensible impone la obligación moral y legal de tratarla con discreción.

En la práctica comercial, es altamente recomendable formalizar acuerdos de confidencialidad que incluyan sanciones claras en caso de violación del acuerdo. Sin embargo, incluso sin un acuerdo formal, el simple conocimiento de la característica confidencial de la información implica la obligación de protegerla adecuadamente. En caso de incumplir esta obligación, la parte infractora será responsable por los daños y perjuicios causados (De la Maza Gazmuri et al, 2017).

La compensación por el incumplimiento puede variar según lo pactado entre las partes, especialmente si se acordó explícitamente no divulgar la información a personas ajenas, aunque no se haya ocasionado un daño directo, la parte afectada podría reclamar el beneficio que la otra parte obtuvo al divulgar o usar indebidamente la información confidencial para su propio beneficio.

En Colombia, este tipo de violación puede ser considerado como actos o conductas de competencia “desleal”, mismo regulado en la ley 256 de 1996, siendo importante evaluar en cada caso si se generan actos de descrédito, explotación de la reputación, violación de secretos, actos de comparación, imitación, pactos desleales de exclusividad.

Es esencial entender que la limitación impuesta por la confidencialidad no solo es una cuestión legal, sino también ética. Las partes contractuales deben gestionar sus conductas de

buena fe y preservar la información obtenida en el marco de las negociaciones, independientemente de si se llega o no a un acuerdo. La obligación de confidencialidad sigue siendo vinculante, y el incumplimiento de este deber puede generar consecuencias legales, incluso en el contexto de negociaciones que no se materialicen en el contrato esperado (UNIDROIT, 1994).

Concluyéndose que, la conducta de la información en el marco de las negociaciones está claramente sujeta a diversas limitaciones, siendo la confidencialidad uno de los elementos más significativos. La Ley 1581 de 2012 establece una obligación legal para proteger los datos personales, incluso después del vínculo contractual, subrayando la importancia de resguardar la información no pública.

A nivel internacional, los principios UNIDROIT refuerzan la idea de que cualquier información confidencial compartida durante las negociaciones debe ser mantenida en secreto, independientemente del resultado de las mismas. Este principio no solo se basa en normas legales, sino también en principios éticos fundamentales de buena fe, solidaridad y lealtad, que exigen que las partes actúen con responsabilidad y discreción.

Aunque no siempre se formalicen acuerdos de confidencialidad, el simple hecho de conocer información sensible impone la obligación moral y legal de tratarla con el debido respeto y cuidado. El incumplimiento de esta obligación puede acarrear consecuencias legales, incluidas indemnizaciones por daños y perjuicios y posibles sanciones por competencia desleal, tal como lo regula la Ley 256 de 1996.

Así, la confidencialidad se presenta como un principio esencial para asegurar la confianza y el equilibrio en las negociaciones comerciales, reflejando la importancia de proteger la información sensible y de actuar de manera ética durante todo el proceso.

En conclusión, la conducta informativa está claramente limitada por diversos factores que buscan equilibrar los derechos y obligaciones de las partes involucradas en las relaciones contractuales (López-Oliva et al, 2024). La regulación de la información en Colombia, respaldada por normas constitucionales e internacionales, establece límites a la divulgación de datos según su naturaleza y el contexto en que se solicita. En este sentido, la

confidencialidad juega un rol crucial, especialmente cuando se trata de información sensible o privada, cuya divulgación podría comprometer los derechos fundamentales de los individuos.

La ley establece un marco que protege tanto la autonomía privada como la dignidad humana, y, a nivel internacional, principios como los establecidos en los principios Unidroit refuerzan la necesidad de tratar la información con discreción, incluso en etapas previas a la formalización de acuerdos.

Además, el incumplimiento de estas limitaciones puede acarrear indemnizaciones a razón de responsabilidad civil, y sanciones por competencia desleal. En definitiva, la regulación de la información busca garantizar la transparencia, la protección de derechos fundamentales y la buena fe entre las partes, contribuyendo a un entorno más ético y equilibrado en las negociaciones comerciales y contractuales.

2.4 La confianza

La confianza es un elemento fundamental en las negociaciones, especialmente en las etapas precontractuales, ya que actúa como pilar para el desarrollo de relaciones efectivas, la cooperación entre las partes y la resolución de conflictos.

De acuerdo con Robbins y Judge (2009), la confianza se entiende como la expectativa de que una persona actuará de manera honesta y no de forma egoísta, ya sea a través de sus palabras, acciones o decisiones. (p. 424). Este concepto se vincula estrechamente con la capacidad de liderazgo, dado que un liderazgo eficaz depende de la confianza mutua entre los integrantes del equipo, la confianza es fundamental para fomentar la colaboración y la solución conjunta de problemas. En este sentido, la confianza no solo facilita la colaboración, sino que también contribuye a la creación de relaciones fundamentadas en la ética, la credibilidad y el compromiso.

En la fase precontractual, la ética juega un rol clave en la construcción de relaciones de confianza entre las partes involucradas, ya que las acciones y comportamientos éticos no solo benefician a los interesados directos, sino que también contribuyen al bienestar común.

En este contexto, la ética comercial se entiende como la alineación de las conductas con los valores de la sociedad, promoviendo tanto el desarrollo humano como el mejoramiento de las capacidades de los individuos dentro de la organización (Guillén, 2006).

Además, la propensión a confiar en los demás no solo está influenciada por factores culturales, sino también puede modificarse con el tiempo, especialmente debido a cambios en el entorno.

Ariely (2016) sostiene que la habilidad para confiar es una característica inherente a los seres humanos, motivada tanto por la necesidad de formar relaciones sociales como por el componente reputacional. Este componente se refiere a la anticipación de que quien recibe la confianza actuará de forma ética para proteger su reputación, lo que a su vez crea un incentivo para mantener comportamientos correctos. De esta manera, el factor reputacional se convierte en un elemento crucial para las empresas que buscan crear relaciones de confianza con las comunidades en las que operan.

No obstante, a pesar de la importancia de la confianza, la construcción de la misma en el ámbito empresarial, especialmente en grandes corporaciones, resulta más compleja. Las personas jurídicas, al ser "actores sin rostro", carecen de una conexión personal directa con los individuos, lo que genera impersonalidad y, por ende, desconfianza. Esta desconfianza se alimenta además de una creciente frustración con la desigualdad y la injusticia inherentes al sistema económico vigente.

En este contexto, el análisis de la confianza debe abordar los factores fundamentales que contribuyen a su consolidación: 1) la construcción de relaciones duraderas, 2) la promoción de la transparencia, 3) la expresión clara de intenciones, 4) la disposición a imponer sanciones en caso de no cumplir con los compromisos, y 5) el desarrollo de estrategias que alineen los objetivos empresariales con los intereses de la comunidad. (Ariely, 2016).

Por otro lado, Robbins y Judge (2009) destacan otros elementos fundamentales para promover la confianza, tales como la integridad, la honestidad, la competencia, la consistencia entre las palabras y las acciones, la lealtad y la apertura. Estos aspectos deben

ser considerados por las partes involucradas en la negociación al diseñar comportamientos y mecanismos precontractuales que fortalezcan la confianza, siempre alineados con la misión y visión organizacional.

En la actualidad, la confianza se ha convertido en uno de los activos intangibles más valiosos para las empresas, ya que no solo mejora la competitividad y reduce los costos transaccionales, sino que también desempeña un papel fundamental en la obtención de la licencia social para operar y en la creación de relaciones de cooperación institucional (Silva Jaramillo et al., 2022). Este concepto subraya la relevancia de la confianza no solo para el éxito económico de la empresa y el contrato que busca firmar, sino también para su aceptación y legitimidad dentro de las comunidades en las que desarrolla sus actividades.

De esta manera, la confianza se configura como un factor esencial para el funcionamiento y éxito de las organizaciones, así como para el establecimiento de contratos beneficiosos. La construcción y mantenimiento de relaciones de confianza dependen de diversos factores, tales como la ética, la reputación y la coherencia entre las acciones y palabras de los líderes y las instituciones. Como se ha demostrado, los enfoques propuestos por autores como Robbins y Judge (2009), Ariely (2016) y Mayer et al. (1995) ofrecen marcos valiosos para comprender y fortalecer la confianza en las negociaciones precontractuales.

Aunque estos autores abordan el fenómeno de la confianza principalmente desde un enfoque organizacional, sus conceptos resultan igualmente pertinentes y necesarios para llenar los vacíos conceptuales que existen en torno a la confianza en esta etapa, ya que el concepto de confianza, tal como se aplica en la práctica organizacional, es igualmente aplicable en el contexto precontractual. Abordar la confianza de esta manera permite consolidar relaciones contractuales legítimas, sostenibles y duraderas, facilitando así el éxito de las negociaciones y la construcción de acuerdos basados en la transparencia y la ética.

Como se ha indicado, la confianza es un concepto clave en el ámbito de las negociaciones y las relaciones empresariales, y debe ser analizada de manera tripartita: en primer lugar, la propensión de los interesados a confiar; en segundo lugar, la confiabilidad de la organización; y, finalmente, el objeto sobre el cual se deposita la confianza. Esta

estructura permite comprender cómo se construye y evalúa la confianza en el contexto precontractual y en las interacciones organizacionales.

En cuanto a los interesados y su propensión a confiar, surge una cuestión fundamental: ¿qué motiva a los individuos a confiar en una empresa, considerando que el acto de confiar implica una vulnerabilidad inherente? Esta vulnerabilidad está estrechamente relacionada con el riesgo, ya que cuando se confía, se asume una incertidumbre sobre el desenlace de la relación.

Es importante señalar que, si existiera certeza sobre el resultado, no estaríamos hablando propiamente de confianza. Por lo tanto, la propensión a confiar se entiende como una evaluación del riesgo, influenciada por las circunstancias particulares del individuo, un concepto propuesto por Ortega y Gasset como "circunstancia", que engloba tanto el "aquí" como el "ahora" (Alonso, 2020; Garrido, 1983).

Este análisis permite comprender que la valoración del riesgo no es solo una cuestión económica, sino también moral, ya que implica una relación de costos y beneficios que incluye la valoración de la confianza, los costos y gastos asociados a la verificación de la confiabilidad del depositario, y lo que está en juego en la interacción (Hansson, 2007; Weinstock, 2013).

En cuanto a la empresa y su confiabilidad, se debe considerar qué factores la hacen digna de confianza. Para Jones, la confianza se basa principalmente en la capacidad de respuesta y en la competencia, es decir, en la habilidad de un depositario para satisfacer las necesidades del depositante dentro de un ámbito específico de interacción (Jones, 2019).

Finalmente, el objeto de confianza es esencial para la existencia misma de la confianza. Según Baier (1986), la confianza se establece cuando un depositante confía un objeto de valor a un depositario, quien tiene el poder autónomo de proteger dicho objeto.

Resulta fundamental distinguir entre la disposición a confiar y la confianza propiamente dicha, dado que la primera hace referencia a una tendencia general hacia la confianza, mientras que la segunda supone una acción concreta de confianza. Esta distinción se entiende con mayor claridad al considerar la confianza como una actitud de carácter

afectivo, como lo señala Jones (2019), ya que las emociones son componentes cruciales en la formación de la confianza, modulando tanto las percepciones cognitivas como las motivaciones del individuo.

En línea con Luhmann (2000), la confianza también debe entenderse como Una disposición que facilita la toma de decisiones en contextos de incertidumbre, dado que los riesgos son inherentes a cualquier acción de confianza y no existen de manera independiente a la acción misma. En este sentido, la solo mediante la confianza puede existir en el acto de confiar, cuando hay un interés comprometido.

El objeto de confianza, entonces, juega un rol central en el proceso de evaluación del riesgo y vulnerabilidad. Según el valor que el depositante atribuya al objeto de confianza, se determinará el nivel de confianza que se otorga al depositario, ya que diferentes objetos de confianza pueden generar distintas percepciones de riesgo. Por lo tanto, la relación entre la propensión a confiar y la confianza se vuelve más clara cuando se reconoce que la propensión a confiar puede llevar a la acción concreta de confiar, dependiendo de las circunstancias y del valor del objeto en cuestión.

Además, es importante reconocer que la confianza se puede dividir en dos dimensiones fundamentales: cognitiva y afectiva, como lo indican McAllister (1995) y Fischer et al. (2020). Estas dimensiones han sido fundamentales para el estudio de la confianza en el contexto de las organizaciones, ya que permiten comprender tanto la base cognitiva de la confianza (basada en la competencia y la fiabilidad) como la afectiva (basada en la relación emocional entre las partes).

La literatura también ha destacado la importancia de la confianza como un comportamiento de decisión, así como un estado psicológico, lo que implica que la confianza no solo influye en la toma de decisiones, sino que también es un producto de las interacciones previas y las expectativas sobre el comportamiento futuro de las partes involucradas (Kramer, 1999; Dietz & Den Hartog, 2006).

Carlos Vargas-González e Iván-Darío Toro-Jaramillo (2022) presentan un enfoque novedoso para analizar la confianza dentro de las organizaciones, el cual contempla distintos niveles, a saber:

(i.) Un nivel intuitivo que se manifiesta en situaciones cotidianas, donde se asume la confiabilidad de forma automática al evaluar la situación sin necesidad de profundizar en los detalles. En estos casos, la confianza se relaciona directamente con el riesgo inherente de la interacción diaria. No se toman en cuenta factores como la integridad moral o las creencias personales de las partes involucradas. Un ejemplo de esto podría ser el contrato con una empresa de transporte, en el que, como es habitual, se confía en que el transportista cumplirá con lo acordado sin necesidad de cuestionar su comportamiento, dado que se espera que siga el procedimiento estándar.

(ii.) Un nivel inteligente, donde la disposición a asumir el riesgo toma mayor relevancia, lo que implica que la situación deja de ser tan rutinaria. Además, se lleva a cabo un examen más detallado tanto del contexto como de la organización en la que se coloca la confianza. Aquí, la confianza, o su ausencia, se fundamenta en la evidencia pertinente relacionada con aspectos concretos.

(iii.) Un nivel afectivo que se compone por el conjunto de factores que pueden llevar al depositante a ignorar elementos claros y seguir confiando, incluso cuando tiene motivos para dudar. Esto es particularmente evidente en las interacciones con las empresas, especialmente hoy en día, cuando se enfatiza que estas buscan crear experiencias para sus partes interesadas, promoviendo una conexión emocional más que racional. Por ejemplo, no parece lógico comprar ropa para en octubre y esperar hasta nochebuena para usarla, pero esta acción genera una sensación de satisfacción.

Entender los niveles de la confianza permite a los tratantes identificar y manejar de una manera viable y productiva la asimetría inherente en cuanto al poder otorgado por los tratantes. Véase que si bien, este desequilibrio genera vulnerabilidad, pues quien confía cede un control relativo, estableciendo un lazo entre ambas partes. Este vínculo está vinculado no solo a la relación contractual, sino también al valor del objeto de confianza, ya que va más

allá de las condiciones explícitas dadas a conocer en esta fase, o las que se establezcan como tratos precios o en el mismo contrato.

Siendo prevalente entender que siempre existirán situaciones imprevistas que no pueden ser anticipadas, lo que plantea la necesidad de una confianza que se extienda más allá de lo contractual. La ética empresarial juega un papel fundamental en este sentido, ayudando a las partes involucradas a mantener firme su compromiso, basado no sólo en términos legales, sino en principios de confianza mutua (Mayer, Davis, & Schoorman, 1995).

Este enfoque nos lleva a analizar la confianza en las relaciones organizacionales desde tres perspectivas fundamentales: la relación empresa-empresa, empresa-consumidor y empresa-estado.

La relación empresa-empresa puede entenderse como una interacción circular, donde las partes interesadas (tratantes), dependiendo de su propensión a confiar, evalúan los riesgos de dicho acto basándose en la confiabilidad percibida del otro tratante. A su vez, los interesados deben reflejar y mantener esta confiabilidad a través de sus promesas explícitas e implícitas, lo que genera una obligación mutua entre ambas partes. Este proceso implica una relación de poder compartido, donde la confianza se refuerza y se alimenta de manera continua, creando un lazo de responsabilidad recíproca (Mayer et al, 1995).

En cuanto a la relación empresa-consumidor, esta se caracteriza por un poder relativo, en el que la organización quien gestiona o resguarda la vulnerabilidad de quienes consumen sus productos o servicios, mientras que estos, a su vez, poseen el poder de dañar la reputación de la empresa.

Este ciclo de poder negativo resalta la importancia de la confianza en la organización, ya que la reputación es uno de los factores más críticos en la evaluación de la confiabilidad. Las empresas, al estar conscientes de esta vulnerabilidad, están motivadas a cumplir sus promesas para evitar daños a su imagen pública. Poner en riesgo la reputación empresarial puede tener efectos adversos a largo plazo, lo que refuerza la necesidad de actuar conforme a la confianza depositada por los consumidores (Origgi, 2020).

Por último, en la relación entre la empresa y el estado, la confianza se convierte en un componente esencial, particularmente en los contextos donde los ciudadanos no tienen otra opción que confiar en organizaciones estatales encargadas de servicios fundamentales como la salud, la justicia, los servicios públicos y demás. Este tipo de confianza está basado en la necesidad de depender de instituciones que, por su naturaleza, administran recursos y servicios esenciales. En estos casos, la confianza no solo es un acto de fe, sino también una obligación implícita en el reconocimiento de la función de estas organizaciones en la vida pública (Vargas-González & Toro-Jaramillo, 2022).

Capítulo 3. Los principios que rigen la etapa de tratativas precontractuales.

El periodo precontractual juega un papel fundamental en la formación de cualquier acuerdo, ya que es en esta fase donde surgen las primeras interacciones entre los interesados que, eventualmente, llevarán a la suscripción de un contrato. Durante este tiempo, se sientan las bases sobre las cuales se construirá la relación jurídica futura.

Las conductas de las partes involucradas, los posibles vicios en su voluntad y la transparencia en la información proporcionada son aspectos clave que pueden afectar la validez del acuerdo final. Sin embargo, el marco normativo nacional presenta algunas lagunas en cuanto a la regulación específica de esta etapa, lo que requiere una interpretación adecuada a través de los principios generales del derecho.

La relevancia de entender y estudiar el período precontractual se debe a su vínculo con el desarrollo histórico del derecho de los contratos, que ha sido testigo de una transformación significativa a lo largo de los siglos. En sus inicios, el derecho romano imponía estrictas formalidades y rituales para la creación de los contratos, lo que limitaba la libertad y flexibilidad entre las partes (Oviedo Albán, 2008).

Con el paso del tiempo, y especialmente a partir del surgimiento del consensualismo, estas formalidades fueron abandonadas. El consenso, considerado inicialmente como la intención de las partes, se convirtió en el factor clave para la validez de un contrato, lo que facilitó el desarrollo de las relaciones comerciales con mayor agilidad y adaptabilidad.

El consenso como base del contrato moderno tiene implicaciones directas en la etapa precontractual, ya que esta fase está marcada precisamente por las discusiones y acuerdos preliminares que permitirán a las partes manifestar su intención de manera libre y clara. No obstante, en este periodo, la libertad de las partes para negociar debe estar protegida, pues cualquier abuso o vicio en la manifestación de la voluntad podría dar lugar a la nulidad del contrato en su conjunto.

En este contexto, se destacan varios principios fundamentales que guían la actuación de las partes en la etapa precontractual, estos son:

3.1. Principio de autonomía de la voluntad

La autonomía de la voluntad, principio fundamental del derecho privado, proviene etimológicamente de las palabras griegas "autos" y "nomos", que significan "aquel que se da a sí mismo su propia ley". Este principio también ha sido comprendido como "el poder de gobernarse por sus propias leyes" (Bonet Ramón, 1948, p. 228), y se basa en dos postulados fundamentales: la igualdad jurídica de los sujetos contractuales y su libertad jurídica (Spota, 1978). Sin embargo, en el ordenamiento colombiano es inexistente norma que defina claramente el alcance de este principio, por lo que su comprensión ha evolucionado a partir de la doctrina y la jurisprudencia.

Luigi Ferri define la autonomía de la voluntad como "el poder atribuido por la ley a los particulares para crear derecho, es decir, establecer normas jurídicas para la autorregulación de sus intereses". Este poder es el resultado del ejercicio de una potestad, no simplemente de una facultad, lo que implica una actuación lícita según el derecho (Ferri, 1969, p. 42).

Asimismo, otros autores, como Bambach Salvatore (1993), la describen como la facultad que el ordenamiento jurídico otorga al individuo para gestionar su propia esfera jurídica. José Ballesteros la conceptualiza como la capacidad de los individuos para establecer normas, manifestación de su libertad para autorregular sus relaciones privadas, normas que el Estado adoptará como propias, dándoles una fuerza comparable a la de la ley y por cuya efectividad velará con el mismo rigor (Ballesteros, 1999, p. 17).

Según Díez-Picazo y Gullón (2004), el principio de autonomía de la voluntad es La autoridad otorgada o reconocida, dependiendo de la visión del Derecho que se adopte, a la persona por parte del ordenamiento jurídico para que gestione sus propios intereses o satisfaga sus necesidades. (p. 471).

En Colombia, uno de los autores más relevantes en la materia, Fernando Hinestrosa, define este principio como "el poder de darse a sí mismo normas" (Hinestrosa, 2014, p. 5). En su concepto, una de las manifestaciones más destacadas de la libertad contractual se encuentra en la facultad de elegir la estructura del acuerdo y decidir su contenido, lo que lleva

a seleccionar una categoría de contrato existente o a la creación de una nueva, involucrando el entendimiento, la identificación y la selección de los efectos finales específicos (Hinestrosa, 1986, p. 13).

La Corte Constitucional de Colombia ha conceptualizado la autonomía de la voluntad privada como una facultad otorgada por el ordenamiento jurídico, que permite a las personas gestionar sus propios intereses con efectos vinculantes, generando derechos y obligaciones, siempre dentro de los límites del orden público y las buenas costumbres, para facilitar el intercambio de bienes, servicios o realizar actividades cooperativas. (Corte Constitucional, Sentencia C-341 de 2003).

Estas definiciones permiten entender que la autonomía de la voluntad se refiere a la facultad de los individuos para celebrar contratos, donde la voluntad de las partes es un elemento central. Es decir, el poder de autorregulación que permite a las personas crear las reglas que rigen sus relaciones.

Este principio tiene sus raíces en la doctrina civilista francesa de los siglos XVIII y XIX, que veía las obligaciones contractuales como resultado de la libertad de los contratantes, y sostenía que la libertad económica aseguraba el equilibrio y la justicia en las relaciones comerciales. (Oviedo Albán, 2008).

Este enfoque cobró relevancia con la promulgación del *Code Civil*, basado en una concepción racionalista inspirada en los principios del *état libéral*. La separación entre lo privado y lo público otorgó preeminencia a principios económicos y contractuales fundamentales: (1) la libertad, que adquirió importancia con el liberalismo económico, garantizando un mercado libre, la propiedad privada y la seguridad jurídica; (2) la igualdad, que buscaba eliminar las diferencias y privilegios entre los ciudadanos, generando un mercado unificado; y (3) la legalidad, que aseguraba la prevalencia de la norma, impidiendo que el Estado impusiera sanciones o exigiera el cumplimiento de obligaciones no contempladas por la ley.

Es relevante destacar que, aunque el *Code Civil* no menciona explícitamente la "autonomía de la voluntad" como principio, sus postulados se fundamentan en la importancia

del consentimiento. Por ejemplo, el artículo 17-3 establece los impedimentos y técnicas para proteger al menor de edad que no puede expresar libremente su voluntad, mientras que el artículo 21-11 exige que el menor exprese su voluntad, entre otros requisitos, para adquirir la nacionalidad francesa. En el ámbito contractual, específicamente en el derecho de familia, los artículos 146 y siguientes regulan el contrato de matrimonio, estableciendo que este no tiene validez sin la voluntad de las partes.

En el ámbito contractual general, el artículo 1108 estipula que solo serán válidos los acuerdos que cumplan con cuatro requisitos esenciales: (i) La aceptación de la parte obligada, (ii) la capacidad para celebrar contratos, (iii) un objeto determinado que forme parte del acuerdo, y (iv) una causa legítima en la obligación. Los artículos 1109 y siguientes profundizan en la regulación del consentimiento de las partes.

Los redactores del *Code Civil* de 1804 se centraron en garantizar que la libertad de los negocios realizados por particulares fuera reconocida en el ámbito jurídico, convirtiendo este principio en la máxima filosófica del derecho privado, especialmente en lo relativo a los contratos. Se concebía como un componente fundamental de la libertad general, siendo el poder del individuo para crear, mediante un acto de voluntad, una situación jurídica, siempre que dicho acto tuviera un objeto lícito (Duguit, 1999).

Desde una perspectiva económica, el principio *laissez faire, laissez passer* (dejar hacer, dejar pasar) se veía como la base para la mínima intervención del Estado en la economía. En este sentido, la autonomía de la voluntad privada era considerada el medio más adecuado para establecer relaciones justas y eficientes entre los individuos, bajo la premisa de que ninguna persona razonable aceptaría compromisos que le fueran perjudiciales, ya que nadie actuaría en contra de su propio interés. Alfred Jules Émile Fouillée sintetizó esta idea con la célebre frase: "quien dice contractual, dice justo".

Los defensores del liberalismo sostenían que el libre ejercicio de las iniciativas individuales generaba automáticamente prosperidad y estabilidad económica. Según esta perspectiva, la ley de oferta y demanda, fundamentada en la competencia y la libertad, no solo ajusta los precios a su valor real, sino que también regula la producción en función de las necesidades sociales.

A un nivel más general, se creía en la existencia de mecanismos naturales o armónicos que mantenían el equilibrio económico. El interés general se entendía como la agregación de los intereses individuales. El liberalismo económico se fundamentaba en la noción de que, al perseguir sus propios intereses y actuar libremente, los individuos contribuían indirectamente al bienestar colectivo.

Otra perspectiva válida es la que presenta Suescún Melo (1995), quien destaca que en todos los códigos europeos continentales promulgados a principios del siglo pasado, la estructura de la teoría de los contratos se apoyaba en cuatro principios fundamentales: la autonomía de la voluntad privada; el consensualismo; el principio *pacta sunt servanda*, es decir, que el contrato es ley para las partes; y, por último, el principio de ejecución de buena fe de los contratos (p. 11).

Esto, implica que la autonomía de la voluntad privada, tal como la entendieron los codificadores del siglo XIX, es:

“la (...) proyección de un postulado más general que rige a la voluntad en la organización jurídica toda, en la cual el Derecho es producto del mero querer de las personas, para lo cual se les dota con restricciones menores del máximo poder creador de sus propias relaciones, lo que logran a través del contrato... Esta concepción voluntarista del contrato reposa sobre dos fundamentos: el de la igualdad y el de la libertad... (Suescún Melo, 1995, p. 12).

Aunque los orígenes de la autonomía de la voluntad se remontan a estos avances, inicialmente se limitaba al consentimiento y al *pacta sunt servanda*, denominándose "autonomía del hombre" o "autonomía de los contratantes". El derecho internacional privado consolidó el principio de la autonomía de la voluntad en 1886, con la obra de Weiss, *Traité El metarie de Droit International Privé*, que promovía el individualismo y rechazaba el intervencionismo estatal, buscando proteger a los contratantes.

En el siglo XX, la Corte de Casación Francesa consolidó la prevalencia de la autonomía de la voluntad en el ámbito contractual. El primer fallo relevante se produjo en 1910, estableciendo que la ley aplicable a los contratos es la elegida por las partes.

"Aprobar lo que hicieron los jueces de fondo de haber separado de la economía de la operación contractual buscando en el silencio del texto contractual y de la convención, la presumible intención de las partes en cuanto a su localización" en concordancia con lo establecido en el artículo 1 de la Convención interamericana sobre normas generales de derecho internacional privado" (Corte de Casación Francesa, 1911; *Review Critique de Droit International Privé* [RCDIP], 1911, pp. 395, 504, 708),)

En Estados Unidos, la aceptación de este principio se remonta a 1927, cuando los jueces reconocieron que eran las partes quienes debían elegir la ley aplicable a sus contratos, comprendiendo que la actividad comercial prevalecía y no se podía mantener una postura restrictiva al respecto. No obstante, dicha elección estaba sujeta a la "conexión razonable", lo que significaba que los contratos debían contar con vínculos para que esta elección fuera válida. (*Seeman v. Philadelphia Warehouse Co.*, 274 U.S. 403, 47 S.Ct. 626, 71 L.Ed 1123).

Este principio cobra relevancia en 1952, cuando fue implementado en el *Uniform Commercial Code* (UCC: 1-105), que establece que:

Cuando alguna transacción tenga una relación razonable con el foro de un Estado y también la tenga con otro Estado o país, las partes acuerdan que la ley de cada foro estatal o de una nación o país debe ser aplicable a sus derechos y obligaciones.

En Latinoamérica, la legislación peruana adopta el principio de autonomía de la voluntad en el artículo 1354 del Código Civil, que establece que las partes tienen la libertad de establecer el contenido del contrato, siempre que no contradiga una norma legal de carácter obligatorio carácter imperativo, lo que significa que los individuos pueden autorregularse, pero siempre dentro de los límites establecidos por las normas jurídicas.

En concordancia, la República de Venezuela ha adoptado esta noción también como principio del derecho privado nacional, estableciendo en su constitución la libertad de contratación (art. 112).

De manera similar, el artículo 1159 del Código Civil busca consagrar el principio, al afirmar que los contratos tienen la misma fuerza que la ley entre las partes, y solo pueden ser modificados por mutuo acuerdo o por las causas que la ley autoriza. Esto demuestra que el ordenamiento legal otorga a las partes la facultad de regular sus propias obligaciones, permitiéndoles decidir libremente los términos del contrato, sin la intervención de la ley, pero con la misma eficacia que esta confiere a los acuerdos.

En un caso similar, en Colombia, el artículo 1602 del Código Civil reconoce la autonomía de la voluntad, al establecer que todo contrato válido tiene la fuerza de ley para quienes lo celebran, y solo puede ser anulado mediante el consentimiento mutuo de las partes o por razones legales. Sin embargo, esta autonomía está limitada por el artículo 16 de la misma ley, que establece que no se pueden modificar las leyes que protegen el orden público o las buenas costumbres a través de acuerdos privados. (Código Civil Colombiano, 1980).

Esto refleja que, desde sus primeros momentos, el Código Civil colombiano reconoce la importancia de la autonomía de la voluntad, aunque de manera predominante reitera las fuentes del derecho, priorizando las leyes, especialmente aquellas relacionadas con el orden público. Posteriormente, el Acto Legislativo No. 1 de 1936 introdujo modificaciones, incluyendo la función social de la propiedad (art. 10) y los principios para la intervención del Estado en las actividades económicas de los particulares (art. 11).

Más adelante, el Código de Comercio, a través del Decreto 410 de 1971, señaló que las estipulaciones de los contratos válidamente celebrados prevalecerán sobre las normas legales supletivas y las costumbres mercantiles. Además, el artículo 871 dispone que los contratos deben celebrarse y ejecutarse de buena fe, lo que implica que obligan no solo a lo acordado explícitamente, sino también a todo lo que sea inherente a la naturaleza de los mismos, de acuerdo con la ley, la costumbre o los principios de equidad natural. (Código de Comercio Colombiano, 1971).

Es evidente que la autonomía de la voluntad predomina en los contratos, lo que implica que este sea un acuerdo flexible entre dos o más partes o sujetos contractuales, con el objetivo de crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas (art. 864, Código de Comercio Colombiano, 1971; art. 1495, Código Civil Colombiano, 1980). Este principio establece que

las obligaciones surgen desde el origen del contrato hasta su finalización. Esto implica que las partes contractuales tienen un vínculo de obligatorio cumplimiento conforme al principio *pacta sunt servanda, lex privata, lex contractus*.

Siguiendo a Oviedo Albán (2008), en este sentido, la validez del contrato depende del acuerdo de las partes, siempre que no sea contrario a una norma dispositiva. Además, debe ser ejecutado de buena fe, y las partes están comprometidas no solo con lo que han acordado explícitamente en el contrato, sino también con lo que se deriva de la naturaleza de la obligación.

En Colombia, las restricciones a la libertad contractual o a la autonomía privada de la voluntad son excepcionales y deben estar fundamentadas en una norma legal específica. Dichas limitaciones deben tener como objetivo la protección de ciertos individuos o intereses esenciales, de forma que su propósito sea claramente deducible del texto normativo. En este sentido, no existe ninguna disposición que prohíba la disposición de los derechos, ni se puede observar que una relación patrimonial de interés exclusivo para las partes involucradas en un acuerdo jurídico pueda afectar el orden público, social o económico, ni a los actores del sector. No se debe suponer que un contrato de esta naturaleza comprometa a personas que no estén directamente involucradas.

Con la promulgación de la Constitución Política de 1991, se consolidó y amplió esta orientación social, estableciendo el Estado Social de Derecho, basado en el respeto a la dignidad humana, que es el fundamento de los derechos fundamentales de las personas, y en la primacía del interés general. En este contexto, se reconoce la propiedad privada (art. 58) y la libertad empresarial (art. 333), pero se destaca que la propiedad cumple una función social (art. 58), que la iniciativa privada debe estar subordinada al bienestar común, y que las empresas también desempeñan una función social (art. 333). Además, se establece que el Estado tiene la responsabilidad de dirigir la economía y se reafirma su facultad para intervenir en ella, conforme a lo que disponga la ley (art. 334).

La Corte Suprema de Justicia ha señalado que la Constitución Política otorga al individuo la facultad de crear el negocio jurídico, dándole la posibilidad de disponer de sus intereses jurídicamente significativos. La autonomía de la voluntad permite disponer sobre:

“Derechos, iniciativa, libertad y habilidad jurídica para disponer de sus intereses en procura de satisfacer sus fines, necesidades vitales, designios o propósitos individuales en la vida de relación, disciplinar, regular, gobernar u ordenar su esfera dispositiva en el tráfico jurídico mediante el negocio jurídico y el contrato” (Corte Suprema de Justicia, Sentencia de 30 de agosto de 2011, Exp. 11001-3103-012-1999-01957-01).

Se reconoce un razonable reconocimiento legal que otorga a cada persona un conjunto de facultades que le permiten tomar decisiones sobre la disposición de sus derechos, como decidir si quiere o no contratar, elegir con quién firmar un contrato, seleccionar o crear el tipo de acuerdo a celebrar, ya sea eligiendo entre las opciones que establece la ley o mediante las prácticas sociales, celebrarlo de inmediato o luego de una fase preparatoria, hacerlo personalmente o mediante un representante, expresar el acto de disposición de acuerdo a sus deseos, decidir el contenido del acuerdo, garantizar su cumplimiento, prever su finalización o autorizarla, y asumir o modificar la responsabilidad según corresponda. Sin embargo, este poder no se considera absoluto (Corte Suprema de Justicia, Sentencia de 30 de agosto de 2011, Exp. 11001-3103-012-1999-01957-01)

Es fundamental entender este principio desde dos perspectivas: la primera, como la potestad que tienen los individuos para tomar decisiones y ejercer su derecho a la libertad y al pleno desarrollo de la personalidad, garantizando la protección de sus derechos; y la segunda, desde un enfoque constitucionalista del derecho privado, en el que no sólo se reconocen derechos, sino también deberes del Estado para garantizar que no se vulneren derechos fundamentales en las relaciones contractuales. Esto implica, en ocasiones, la restricción o limitación de la autonomía de la voluntad para asegurar el respeto de los derechos fundamentales, buscando siempre generar un equilibrio entre las partes contratantes.

Esta última perspectiva se fundamenta en la constitucionalización del derecho privado, figura que ha tomado principal relevancia en las últimas dos décadas. Aunque se respeta la libertad contractual o autonomía privada que otorga a las partes la capacidad de regular el contenido del negocio jurídico según sus necesidades, conveniencia, deseos e

intereses, este ejercicio está limitado por la Constitución, las normas de orden público y, sobre todo, por el justo equilibrio contractual.

En este orden de ideas, se puede concluir que el manejo que hoy se le da en Colombia al principio de la autonomía privada de la voluntad no difiere de otros ordenamientos latinoamericanos, como los de las repúblicas de Venezuela y Perú, ni se aleja de la teoría francesa vigente ni del derecho internacional privado.

Ahora bien, sería prudente preguntarse si la autonomía de la voluntad establece el cómo se realizará un negocio jurídico, ¿por qué es importante en la etapa de las tratativas contractuales? En esta etapa, Las partes, al intentar regular el contenido del contrato que van a firmar, manifiestan sus necesidades, conveniencia, deseos e intereses disponibles. Es en este momento cuando conceptualizan el negocio y se aseguran de que su objeto sea lícito, no contravenga el orden público ni las buenas costumbres, y sea viable desde un punto de vista económico.

Es también el momento en que las partes hablan sobre la relatividad de los derechos, la paridad, buscando el llamado justo equilibrio contractual. Si bien las partes aún no han suscrito un negocio jurídico, han sentado las bases y creado los acuerdos. En esta etapa, como se aclaró en los apartados anteriores, deben regir conductas básicas como la información, apariencia y confianza, lo que hace que la autonomía privada de la voluntad sea un principio fundamental para el desarrollo de esta etapa, garantizando que las partes tendrán la libertad de contratar o no, siempre que no hayan generado perjuicios mediante actos contrarios.

3.2. Principio de libertad de contratación - modos de “levantarse de la mesa”

El principio de libertad de contratar es uno de los pilares fundamentales en los sistemas jurídicos modernos, especialmente en el Derecho civil y mercantil. Este principio otorga a las personas la facultad de decidir libremente con quién y bajo qué condiciones celebran contratos, sin estar obligadas a hacerlo con ninguna persona en particular.

En términos simples, nadie puede ser forzado a celebrar un contrato si no lo desea. Las partes tienen la autonomía de elegir tanto los términos del contrato como a las personas con las que se comprometen, siempre que no contravengan normas de orden público, principios generales del derecho ni derechos fundamentales. La libertad de contratar no es solo un principio jurídico, sino también un reflejo de la autonomía de la voluntad individual.

Sin embargo, aunque este principio es esencial para la base del Derecho contractual, no se encuentra exento de limitaciones. El principio de libertad de contratar debe ser interpretado no solo desde un enfoque normativo, sino también desde una perspectiva económica y social que contemple el impacto de las decisiones unilaterales sobre las relaciones interpersonales y comerciales.

En los códigos clásicos, influenciados por la teoría francesa del Derecho, el principio de libertad de contratar no se consideraba relevante en la etapa precontractual. El principio solo adquiriría importancia cuando surgía la oferta concreta de un contrato. Este enfoque reflejaba una concepción más estricta y formalista de los contratos, centrada en la obligatoriedad y las consecuencias del acuerdo una vez que se llegaba a una propuesta vinculante. Sin embargo, a medida que la doctrina evolucionó, especialmente con la influencia de autores como Ihering, se comenzó a reconocer la importancia de la etapa precontractual.

Ihering, entre otros, subrayó la relevancia de las tratativas previas al contrato y argumentó que los ordenamientos jurídicos debían exigir que los interesados, al menos durante las negociaciones, respetaran ciertos principios de lealtad y diligencia.

Es decir, los interesados debían actuar con el propósito de llevar a buen puerto las negociaciones, y en caso de que alguna de ellas decidiera apartarse, debía hacerlo de una manera justificada para evitar daños injustificados a la otra parte (Brebbia, R., 1983). Esto marcó un cambio importante, puesto que la etapa precontractual dejó de ser considerada meramente como un periodo de negociación libre y pasó a verse como un momento en el que ya existían expectativas, que, si se rompían, podrían generar consecuencias jurídicas.

A mediados del siglo XX, los sistemas jurídicos comenzaron a consolidar una regla general de protección en las tratativas contractuales. Esta regla, que limitaba lo que se conocía como “apartamiento” o “salida de las negociaciones”, fue esencial para proteger la confianza de las partes en las tratativas.

A lo largo de las negociaciones, las partes desarrollan expectativas sobre el posible acuerdo, y un apartamiento sin justificación podría generar daños a la otra parte, incluso si aún no se había alcanzado un contrato formal.

los conceptos de “libertad de contratar” y “buena fe” comenzaron a tomar un rol más protagónico, particularmente en la etapa precontractual. es por ello que, cuando un juez debía evaluar un apartamiento de las negociaciones, debía considerar dos aspectos principales: en primer lugar, si las negociaciones no estaban viciadas por errores en el consentimiento o cualquier otra irregularidad, y, en segundo lugar, si la decisión de interrumpir la negociación era justa y no afectaba la confianza que las partes habían depositado mutuamente durante el proceso negociador (Asúa González, 1989).

De este modo, las libertades de contratar de la mano de la buena fe no sólo se reconocían como principios fundamentales en la ejecución del contrato, sino también como normas que debían regir las negociaciones previas al mismo.

De acuerdo con la doctrina mayoritaria, cuando un tratante decidía apartarse de la mesa de negociaciones, debía justificar su decisión de manera razonada. No se aceptaba que una parte decidiera unilateralmente abandonar las negociaciones basándose únicamente en su voluntad (terquedad) o en razones emocionales, sin dar explicación alguna. Cualquier comportamiento contrario generaría responsabilidad por los daños ocasionados.

Este principio, por lo tanto, no solo se aplica en la ejecución de un contrato, sino también en la etapa precontractual, haciendo que los jueces evaluarán las decisiones unilaterales de terminación anticipada de manera rigurosa, para determinar si se estaban vulnerando las expectativas legítimas de la otra parte (De los Mozos, 1965).

En los países de Derecho continental y especialmente países sudamericanos como Perú, Venezuela, Colombia, la etapa precontractual ha adquirido una relevancia crucial. Esta

etapa es vista como el momento en el que las partes deben comportarse con la debida diligencia y lealtad, sin desinformar o frustrar las expectativas creadas durante las negociaciones.

Sobre este último punto, es importante tener presente que, si bien el ordenamiento peruano sanciona la falta de diligencia y lealtad, también hace prevalecer el principio de la integración contractual, establecido en el art. 1359 del Código civil, por tanto, al no estar las partes conformes con la totalidad de estipulaciones, así la discrepancia sea secundaria, no nace a la vida jurídica el contrato, pero si es viable tener que indemnizar si actuó de mala fe.

El tratante que desee retirarse de las negociaciones debe ofrecer explicaciones razonables sobre su decisión, no basta con alegar motivos arbitrarios o emocionales. En este contexto, se reconoce la necesidad de proteger a las partes que puedan verse afectadas por un apartamiento injustificado.

Este principio se refleja también en los principios UNIDROIT, en su artículo 2.1.15, que establece lo siguiente:

2.1.15. Las partes tienen plena libertad para negociar los términos de un contrato y no son responsables por el fracaso en alcanzar un acuerdo. 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. 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 (UNIDROIT, 2016).

Este artículo refleja la tensión entre la libertad de contratar y la necesidad de proteger las expectativas generadas durante las negociaciones. Aunque las partes tienen la libertad de decidir si llegar a un acuerdo o no, deben actuar conforme a la buena fe, evitando que sus decisiones sean motivadas por conductas engañosas o maliciosas. La responsabilidad por los daños causados por un apartamiento de mala fe se presenta como una forma de garantizar que las partes actúan de manera honesta y con la debida diligencia en el proceso de negociación.

La doctrina ha establecido que el apartamiento injustificado de las negociaciones se puede justificar de dos maneras: 1. Sujetar la negociación a las reglas del mercado, evitando la interferencia de los estados en las negociaciones, 2. otorgar la prioridad a los temas de costos y costes de una ejecución forzada, donde exista la intervención de la justicia, o bien de acciones de responsabilidad civil por los daños generados por el alejamiento incausado. (Mosset Iturraspe & Piedecabras, 2006).

Ahora bien, respecto al tema de costos y costes, no es fácil dar explicaciones sobre la conveniencia económica ante la aparición de otros interesados o ante el co - tratante, toda vez el análisis económico no se basa solamente en negociaciones previas, se fundamenta en eficiencia y dar explicaciones internas sobre el manejo financiero de la empresa, sin duda amplía el nivel de riesgo en caso de no realizarse la operación o de filtrarse a terceros esa información.

Conforme a lo anterior, se puede concluir que la libertad de contratar o no adquiere una relevancia fundamental en la etapa precontractual. Sin embargo, la facultad de decidir no contratar está limitada por un deber de acción, que se sintetiza en la obligación de proporcionar explicaciones justas.

Capítulo 4. La buena fe contractual como principio y norte orientador

4.1 Una aproximación histórica

El principio general de la buena fe tiene su origen en el derecho romano, fuente primordial de los sistemas jurídicos continentales. En este contexto, la fides adquirió gran relevancia, entendida como la expectativa de comportamiento subyacente a las normas jurídicas.

Una de las definiciones más reconocidas de fides proviene de Isidoro de Sevilla, quien explica que:

“El nombre de fides proviene de lo que se hace, si realmente ocurre lo que se dijo o prometió, y de ahí el término fides, que se toma de lo que se establece entre Dios y el hombre; por eso, también foedus (pacto)” (Isidoro de Sevilla, *Etimologías*, 625).

Asimismo, Cicerón, al referirse a la fides, la define como: “cuando ocurre lo que se dice” (*De re publica*, 51 a.C.), y también afirma: “creamos que lo que se ha dicho sucederá” (*De officiis*, 46 a.C.).

Es relevante interpretar el concepto de fides en función de la evolución histórica del derecho. En la antigüedad, el derecho era un orden jurídico de naturaleza religiosa, en el cual los compromisos bilaterales o contratos se formalizaban mediante un juramento ante la diosa Fides, quien actuaba como testigo y garante. En caso de incumplimiento, se creía que ello provocaría la ira de los dioses, lo cual subraya la importancia de la "palabra" en la definición de Cicerón.

Con el advenimiento de la República romana, la religión comenzó a perder relevancia en el ámbito jurídico. Por lo tanto, la figura de fides se sustentaba más en el deber de cumplir lo prometido, y el incumplimiento ya no se consideraba una ofensa divina, sino que afectaba el honor de la familia y la reputación de la persona, generando vergüenza y un castigo social. Este análisis histórico sigue siendo relevante para comprender el origen y la evolución del principio de buena fe en el derecho moderno. A medida que se desvincula de la concepción religiosa y moral, la buena fe se convierte en una cualidad intrínseca de las personas, con un componente ético fundamental.

En el ámbito del derecho contractual internacional romano, la fides también jugó un papel crucial. Dado que el *ius civile* no era aplicable a los no romanos sin la ciudadanía, se aceptaron contratos "no formales" en los que, al no existir normas aplicables, se acudía a las reglas de la fides.

Esta adaptación procesal resultó ser fundamental, ya que permitió que los peregrinos y los ciudadanos romanos pudieran ejercer acciones contractuales entre sí. Así nació el pretor peregrino, que, en ese momento, dio lugar a la creación de la *bona fides*, un principio que no solo se basaba en el cumplimiento de las palabras dadas, sino también en el deber de respetar las normas del tráfico social (Sansón Rodríguez, 2001).

En este periodo histórico, la *bona fides* adquirió la categoría de fuente de derecho. Para resolver los conflictos contractuales, el pretor debía "objetivizar la buena fe", buscando equilibrar las posiciones de los contratantes y evitar perjuicios o enriquecimientos injustificados (Salazar Revuelta, 2005).

Con la llegada del emperador Justiniano, el concepto de buena fe experimentó una transformación significativa. Dejó de ser simplemente un criterio para evaluar ciertas acciones y relaciones bilaterales, convirtiéndose en un principio fundamental que regula la conducta, el cual se asociaba con la misericordia, la benignidad y la caridad, y se oponía a la malignidad y la avaricia (Bastante Granell, 2016).

Un cambio clave en esta evolución fue el reemplazo de la expresión "juicios o acciones de buena fe" por "contratos de buena fe" (*bonae fidei contractus*), lo que estableció

a la buena fe como el principio rector de los contratos. La acción contractual, entonces, se entendió como consecuencia de la transgresión de este principio, y el juez encargado de resolver el incumplimiento de un "contrato de buena fe" debía basarse en este principio sustantivo, lo que lo obligaba a recurrir a consideraciones éticas.

Así, la buena fe se consolidó como un principio general del derecho. No obstante, la doctrina romanista sostiene que el derecho romano nunca reconoció la buena fe como un principio general en el sentido en que lo entendemos hoy, como fuente del derecho y elemento esencial del ordenamiento jurídico (Bastante Granell, 2016). Sin embargo, su influencia expansiva, basada en principios éticos, fue clave para la evolución de este concepto como fundamento general del derecho en el pensamiento de los juristas modernos (Fernández de Buján, 2010).

Con la caída del Imperio Romano, el principio de la buena fe perdió relevancia en el ámbito jurídico. Sin embargo, a través del derecho canónico, este principio adquirió fuerza y fue incorporado al derecho moderno, retomando el concepto religioso-jurídico de "enfurecer a los dioses", que en este contexto se transformó en "incurrir en pecado".

Esto conllevaba un castigo no solo civil, sino también espiritual, que podía implicar condenas eternas, dependiendo de la gravedad del incumplimiento (Alighieri, 2010). El derecho canónico también otorgó relevancia al contrato de nudo consenso, un acuerdo flexible regido por la buena fe y la equidad. En la Baja Edad Media, surgieron tribunales comerciales que decidían *ex bono et aequo* (según lo bueno y equitativo).

Con el auge del comercio en la Edad Moderna, fue el mercado mismo quien exigió la aplicación de la buena fe como regla universal, incluso en sistemas jurídicos orientales. De esta manera, el derecho canónico y el comercio fueron factores determinantes en la expansión del principio de buena fe, la equidad y la sanción por actos dolosos (Moyano, 2017).

4.2 La buena fe en el derecho comparado

A lo largo del siglo XIX, los códigos civiles adoptaron los conceptos romanos, integrando el principio de la buena fe en sus disposiciones. Inicialmente, algunos códigos lo

introdujeron de manera sutil, mediante referencias explícitas a la buena fe, mientras que otros lo establecieron como un mandato orientado a la optimización de las relaciones contractuales.

Un ejemplo destacado es el Código Civil francés, que introdujo el concepto de buena fe en el ámbito contractual bajo dos perspectivas fundamentales: 1) como norma para la integración del contrato, lo que implica que no solo deben cumplirse las disposiciones expresamente acordadas, sino también aquellas que se derivan del principio de buena fe; y 2) como regla para la ejecución del contrato, la cual debe llevarse a cabo con lealtad y respeto mutuo entre las partes. Sin embargo, a pesar de su inclusión en el Código Civil, la buena fe no es reconocida explícitamente como un principio general del derecho.

Un caso similar se encuentra en el Código Civil italiano de 1942, que establece la obligación de ejecutar los contratos conforme a la buena fe, extendiendo el contenido del contrato más allá de lo pactado explícitamente e incorporando las exigencias derivadas de la buena fe. Un aspecto distintivo de la codificación italiana es su jerarquización de las fuentes de integración del contrato, estableciendo el siguiente orden: autonomía de la voluntad, ley dispositiva, usos y, finalmente, buena fe.

A diferencia del enfoque francés, el Código italiano exige que las prestaciones se realicen con diligencia y sin perjuicio para la otra parte, imponiendo lo que se conoce como el "deber de corrección". Este concepto, presente también en los códigos más recientes, como el alemán, supone una evolución de la noción clásica de buena fe.

Este concepto, presente también en los códigos más recientes, como el alemán, supone una evolución de la noción clásica de buena fe, en el cual se exige que las obligaciones se cumplan no solo conforme a la buena fe, sino también con corrección. El Código italiano, en su artículo 242, establece que el deudor debe realizar la prestación conforme a lo que requiere la buena fe y la corrección, en consideración a los usos comunes.

Asimismo, el Código alemán otorga al juez la facultad de aplicar la buena fe y las buenas costumbres en cada caso particular, elevando de esta manera la buena fe al rango de principio general del derecho. Aunque el Código alemán no define formalmente la buena fe

como un principio general, en la práctica la regula como una cláusula general que cumple esa función, permitiendo su aplicación en la resolución de conflictos.

Contrario a estos sistemas jurídicos, en el *common law*, es nulo el cuestionamiento sobre la buena fe. En dicho sistema prevalece la necesidad de la prueba del error con las soluciones del análisis económico del derecho, siendo este "principio" inadecuado, dado que prevalece el cumplimiento de la norma aceptada y, por tanto, son las partes las que asumen el riesgo que puede generar un contrato en la negociación, en la ejecución y tras su finalización.

Así mismo, no se acoge la teoría de la "corrección" en la etapa precontractual, argumentando que "No existe razón para creer que la imposición de un deber general de corrección mejoraría el régimen jurídico bajo el cual tienen lugar las negociaciones precontractuales. Lo difícil de determinar es el momento exacto en que surge el deber de corrección entre las partes de una negociación, generándose una incertidumbre.

Un deber de corrección podría producir el efecto, no deseado, de disuadir a las partes de emprender negociaciones cada vez que las probabilidades de éxito sean remotas. Podría producirse, del mismo modo, un no menos indeseable efecto acelerador, al incrementarse la presión sobre las partes para la celebración definitiva de la operación, aun cuando esta sea apresurada" (Farnsworth, 1987, p. 243).

No obstante, en ningún caso se puede desconocer el deber que se le impuso a las partes contractuales de actuar de buena fe en el Uniform Commercial Code de 1978 (Sección 1-203); sin embargo, este deber aplica solamente para la ejecución o el cumplimiento del contrato (Burton, 1984), y, por tanto, las reglas norteamericanas sobre buena fe no comprenden la formación del negocio jurídico (Silva-Ruiz, 2021).

Teniendo en cuenta las corrientes doctrinales e interpretativas de la buena fe, es importante afirmar que las interpretaciones del common law no fueron de recibo en los ordenamientos jurídicos latinoamericanos, los cuales, conforme a su tradición del civil law y a sus necesidades, implementaron el principio de buena fe contractual en sus respectivos sistemas. Un ejemplo de ello es la República del Perú, que ha consagrado este principio de

manera complementaria en dos formas, ambas orientadas a garantizar el cumplimiento de las obligaciones pactadas o de la "palabra", como se implementa en el sistema romano y canónico.

En primer lugar, la buena fe se incorpora en el ordenamiento civil peruano como el principal sistema de interpretación del acto jurídico, enmarcada en la llamada "interpretación objetiva", conforme lo dispone el artículo 168 del Código Civil peruano, el acuerdo de voluntades debe interpretarse conforme a lo expresado en el contrato, condicionado por el principio de buena fe. (Zusman, 2020).

En otras palabras, al momento de interpretar un contrato, no solo se deben considerar los cánones lingüísticos, literales, semánticos y gramaticales que las partes han utilizado para expresar su voluntad, sino también se debe evaluar la conducta de las partes según los principios de buena fe. (Zusman, 2020).

Para juristas peruanos como Araujo Morales (2022), este principio se entiende como el "recto pensar y actuar de las personas", es decir, la adecuación de su conducta a los deberes de lealtad hacia los demás y los compromisos asumidos, sin ocultar intenciones que puedan perjudicar los intereses legítimos de terceros (Araujo Morales, 2022).

En segundo lugar, la buena fe es catalogada como fuente de obligaciones, tal como establece el artículo 1362 del Código Civil peruano: "Los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y la común intención de las partes". Esta disposición se refiere claramente a la etapa de ejecución del contrato, en la que las prestaciones deben cumplirse conforme a lo pactado.

En este momento, pueden surgir desacuerdos respecto al alcance de las obligaciones asumidas, lo que exige interpretar la voluntad expresada por las partes para encontrar una solución. Esta interpretación debe hacerse conforme a los principios de buena fe y a la intención común de las partes al celebrar el contrato (Código Civil peruano, Decreto Legislativo N° 295, 1984).

En conclusión, en la legislación peruana, el principio de la buena fe se aborda de manera dual, tanto como fuente de obligaciones como sistema de interpretación. De esta

forma, se emplean las teorías francesa e italiana: la francesa, en el sentido de que la buena fe es una regla para la ejecución del contrato, que debe llevarse a cabo con lealtad y respeto mutuo entre las partes; y la italiana, en cuanto a la integración del contrato, donde la buena fe actúa como fuente de complementariedad de los acuerdos establecidos.

Ahora bien, el Código Civil venezolano de 1982 se configura como un modelo independiente de la codificación italiana y se aparta en gran medida del modelo del Código Chileno, implementado en 1862 en ese país. En esta normativa, el principio de la buena fe contractual no tiene una gran relevancia. A diferencia de lo que ocurre en la República del Perú, donde dicho principio se integra en el sistema de interpretación de los contratos, el Código Civil venezolano no lo incluye.

El artículo 923 del Código Civil venezolano establece el siguiente modelo para la interpretación de los contratos:

"Se consultará la intención común de los contratantes, por encima del sentido estrictamente literal de las palabras, atendiendo a los hechos de las partes, particularmente a los posteriores. La cláusula que admite varios sentidos deberá interpretarse de la manera que mejor asegure su efectividad. Cuando las palabras puedan tener diferentes acepciones, se aceptará la que sea más conforme con la naturaleza y el objeto del contrato. Las cláusulas del contrato deben interpretarse unas en relación con las otras, otorgando a cada una el sentido que derive del conjunto de todas ellas. Cuando, a través de las reglas anteriores, no pueda determinarse la interpretación del contrato, se recurrirá a la costumbre del país." (Código Civil venezolano, 1982).

Como se observa, el Código Civil venezolano no incorpora el principio de buena fe en su sistema de interpretación de los contratos. Por lo tanto, un juez no podría estudiar un contrato procurando ajustar la conducta de las partes a las obligaciones de lealtad que puedan tener hacia su co-contratante, ni sancionar la ocultación de intenciones maliciosas, salvo que dichas conductas sean contrarias a la costumbre del país.

En tal caso, en el marco de un ejercicio interpretativo consciente con las realidades y expectativas de las partes (ver. Vargas-Chaves, 2013), el juez no analizaría si existe buena o mala fe en la conducta de las partes; en cambio, se basaría en las reglas de la costumbre nacional, limitando cualquier apreciación o análisis sobre la malignidad que pudiera existir.

En lo que respecta al principio de buena fe como fuente de las obligaciones, es importante señalar que el Código Civil venezolano no contiene una norma general que defina expresamente cuáles son dichas fuentes. En su lugar, la identificación de las fuentes se deduce de la estructura misma del Código, que ofrece una enumeración orientativa, no exhaustiva, de los hechos generadores de obligaciones.

En el Título III, "De las Obligaciones", se encuentra el Capítulo I, "De las fuentes de las obligaciones", el cual comienza con la principal fuente, los contratos, en su Sección I. Esta sección se subdivide en: 1) Disposiciones preliminares; 2) Requisitos de validez de los contratos (incluyendo temas como la capacidad de las partes, los vicios del consentimiento, el objeto y la causa de los contratos); 3) Efectos de los contratos; y 4) Representación. Seguido de esto, el Código Civil aborda otras fuentes de las obligaciones, además del contrato, en las siguientes secciones: II, "De la gestión de negocios"; III, "El pago de lo indebido"; IV, "Del enriquecimiento sin causa"; y V, "De los hechos ilícitos". Sin embargo, la gestión de negocios y el pago de lo indebido se consideran especies de un género más amplio: el "enriquecimiento sin causa" (Código Civil de Venezuela, 1982).

Es evidente que el Código Civil venezolano no establece una clasificación general de las fuentes de las obligaciones, sino que regula ciertas fuentes a lo largo de las cinco secciones del capítulo "De las fuentes de las obligaciones". Sin embargo, éstas no abarcan todas las posibles fuentes, ya que existen otras que, en un sentido más amplio, también pueden considerarse base o fuente de las obligaciones. Un ejemplo claro son las obligaciones tributarias, que derivan de la ley, o las normas relacionadas con el transporte (Domínguez Guillén, 2017).

En este orden de ideas, de manera inicial, el principio de la buena fe contractual no puede ser entendido en la República Bolivariana de Venezuela como una fuente de obligaciones, ni como parte integral del modelo de interpretación contractual. No obstante,

en Latinoamérica se ha difundido el modelo de interpretación integrativista, que fusiona la integración y la interpretación bajo el principio de buena fe. Este modelo somete los casos particulares a la consideración del intérprete, tomando en cuenta los valores inherentes a dicho principio, que exige la consideración de los intereses de las partes y el equilibrio contractual acordado por las mismas (Villarreal, 2007).

Es decir, los casos deben ser analizados de manera flexible, aplicando el principio de buena fe de forma adaptable. La integración de las normas derivadas de la buena fe no debe ser automática, ya que no constituyen un conjunto de reglas de aplicación inmediata. La complejidad de este principio radica en su naturaleza flexible, lo que impide establecer su contenido mediante reglas predefinidas, fijas e inmutables.

Al aplicarlo a un caso concreto, las reglas deben ser evaluadas conforme al principio mismo, lo que puede llevar a que no sean aplicables en ciertos casos, o que se apliquen de manera diferente. Si se emplearan de manera automática, sin considerar el contexto y la esencia de la buena fe, se estaría violando el principio en sí mismo (Villarreal, 2019).

A partir de esta comprensión de la función interpretativa de la buena fe, desarrollada a través de la integración del contenido del contrato, y con el fin de evitar que los jueces se abstuvieran de fallar por el pretexto de un vacío legal o la complejidad de las controversias sometidas a su conocimiento, la República Bolivariana de Venezuela reconoció en el Código de Procedimiento Civil de 1990 el principio de la buena fe contractual como eje fundamental en la interpretación de los contratos.

El artículo 12 establece lo siguiente:

"En la interpretación de los contratos o actos que presenten oscuridad, ambigüedad o deficiencia, los Tribunales se atenderán al propósito y a la intención de las partes o de los otorgantes, teniendo en cuenta las exigencias de la ley, de la verdad y de la buena fe" (Código de Procedimiento Civil de Venezuela, 1990).

Esta norma refuerza la máxima que rechaza la interpretación psicológica cuando la interpretación gramatical es suficiente para revelar claramente la intención de las partes

respecto al significado de las palabras utilizadas. Si no hay ambigüedad ni falta de claridad en las expresiones, el juez no puede asignar un significado diferente al que las partes han dado, ya que hacerlo implicaría una violación de la norma que garantiza la autonomía de las partes para regular sus propios intereses según lo que consideran más adecuado. No obstante, en caso de que existan cláusulas oscuras, ambiguas o deficientes, permite que el juez interprete el acto jurídico guiándose por el principio de buena fe (Melich Orsini, 1999).

En conclusión, el Código Civil venezolano de 1982 presenta un enfoque diferenciado respecto al principio de la buena fe contractual en comparación con otros sistemas jurídicos. Aunque en el ordenamiento venezolano este principio no se integra formalmente al sistema de interpretación de los contratos establecido en el código civil, su relevancia se reconoce en otros ámbitos, como el Código de Procedimiento Civil de 1990, que lo establece como eje fundamental en la interpretación judicial de los contratos.

La flexibilidad inherente al principio de buena fe, lejos de ofrecer soluciones automáticas, requiere un análisis caso por caso, donde el juez sólo si existe oscuridad, ambigüedad o deficiencia debe considerar los intereses y expectativas legítimas de las partes, respetando su autonomía.

Es pertinente retomar el objetivo principal del recorrido histórico y del análisis comparado realizado en este subcapítulo, que comenzó con la intención de definir la “buena fe contractual”. Es importante señalar que no existe una definición universalmente aceptada de este concepto; por el contrario, la buena fe debe entenderse como un modelo o arquetipo de conducta social. En este sentido, el Dr. Marcelo López Mesa, Vicepresidente de la Asociación Iberoamericana de Derecho Privado, afirmó que "la vida en sociedad requiere actuaciones razonables, maduras, responsables, alineadas por el principio cardinal de la buena fe" (De los Mozos, 1965, p. 72). En otras palabras, la buena fe constituye una regla de conducta que debe guiar el comportamiento jurídico de las personas.

Este enfoque implica que, con el paso del tiempo, las nociones formalistas o clásicas han cedido paso al interés de las comunidades por obtener decisiones justas que respondan a la realidad social (López Mesa, 2018).

En este contexto, prevalecen valores como la honestidad, lealtad, honradez, integridad, fidelidad, rectitud, veracidad, comportamiento leal, cooperación, información y asesoramiento. Estos principios son esenciales para construir relaciones jurídicas basadas en la confianza mutua.

Por lo tanto, la buena fe debe entenderse como un principio general del derecho, que se presenta como un imperativo de conducta honesta, diligente y correcta (Oviedo Albán, 2008). Este principio no solo sirve para interpretar e integrar los negocios jurídicos, sino que también actúa como una herramienta para verificar que lo pretendido por las partes contractuales esté en concordancia con el equilibrio del sinalagma contractual y la reciprocidad de las contraprestaciones. Asimismo, asegura que exista una distribución proporcional de las cargas y sacrificios establecidos por la justicia conmutativa, factores que los contratantes han considerado al estructurar los tipos de contrato previstos por la ley (López Mesa, 2018).

4.3 La buena fe en el derecho colombiano

En Colombia, el concepto de buena fe, tanto en su dimensión general como contractual, ha experimentado una profunda transformación. Originalmente, la buena fe se entendía como un postulado derivado de las obligaciones contenidas en el artículo 1603 del Código Civil, que establece: “Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por ley pertenecen a ella” (Código Civil colombiano, 1887). De este modo, se limitaba a la obligación que tenían las partes en la ejecución del contrato.

Sin embargo, este precepto se fortaleció con la entrada en vigencia del Código de Comercio de Colombia en 1971. En su artículo 863, dicho código extiende la aplicación del principio de buena fe al período precontractual, al establecer que “Las partes deberán proceder de buena fe, exentas de culpa en el período precontractual, so pena de indemnizar los perjuicios que se causen” (Código de Comercio colombiano, 1971).

Esta protección se complementa en el artículo 871, que reafirma la vigencia del principio de buena fe durante la celebración y ejecución del contrato, ampliando así su aplicación a todas las etapas del vínculo contractual, estableciendo que:

“Los contratos deberán celebrarse y ejecutarse de buena fe y, en consecuencia, obligarán no solo a lo pactado expresamente en ellos, sino a todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos, según la ley, la costumbre o la equidad natural” (Código de Comercio colombiano, 1971).

Con el tiempo, la buena fe pasó de ser un principio general del derecho a convertirse en un postulado constitucional, adquiriendo nuevas implicaciones en cuanto a la función integradora del ordenamiento y reguladora de las relaciones entre los particulares y entre estos y el Estado (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-1194-08, 2008). El artículo 83 de la Constitución Política de Colombia establece que:

“Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas” (Constitución Política de Colombia, 1991).

Este artículo permite entender el principio de buena fe como aquel que exige a los particulares y a las autoridades públicas ajustar sus comportamientos a una conducta honesta, leal y conforme con las expectativas que se derivan de una “persona correcta” (*vir bonus*). Las actuaciones deben estar fundamentadas en la confianza, seguridad y credibilidad que otorga la palabra dada.

La doctrina ha identificado múltiples situaciones que pueden representar una vulneración del principio de buena fe. Entre ellas se encuentran conductas como contradecir los propios actos previos (*venire contra factum proprium*), incurrir en retrasos injustificados, hacer uso indebido del poder o exigir formalidades excesivas. No obstante, esta lista no debe entenderse como limitativa, ya que la transgresión de la buena fe no se restringe a supuestos expresamente tipificados en la ley (Oviedo Albán, 2008).

La aplicación de este principio implica la consideración de factores éticos y jurídicos que van más allá de lo estrictamente normativo, dotándolo de su verdadero alcance. En muchos casos, además, se requiere la intervención del juez para valorar tanto los hechos como el contexto jurídico particular (Cifuentes Muñoz, 1992).

Conforme a la normativa nacional, el principio de buena fe debe ser analizado desde una perspectiva dual. En primer lugar, se entiende de manera activa, como un deber de actuar con lealtad en las relaciones jurídicas. En segundo lugar, se concibe de manera pasiva, como el derecho a esperar que las demás partes actúen de la misma forma, lo que garantiza un entorno de confianza mutua en las interacciones legales.

Cabe aclarar que la buena fe aplica para todos los participantes en el negocio o los interesados en él, explicando la Corte Suprema de Justicia que la buena fe

“es bipolar, en razón de que ambas partes deben observarla, sin que sea predicable, a modo de unicum, respecto de una sola de ellas, v. gr.: el tomador del seguro, ya que el asegurador predisponente, entre otras conductas a su cargo (positivas y negativas), debe abstenerse de introducir en el clausulado –que someterá a consideración de su cocontratante– cláusulas abusivas (Cas. Civ. de 2 de febrero de 2001, exp. 5670), y, en general, llegado el momento respectivo, honrar la palabra empeñada, cumpliendo para dicho fin la prestación asegurada, lo que supone estricto apego al postulado en referencia, en su vertiente objetiva (vid. Cas. Civ. de 19 de abril de 1999, exp. 4929, en la cual la Sala preconizó que la buena fe es ‘un postulado de doble vía, que se expresa –entre otros supuestos– en una información recíproca’)” (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, del 2 de agosto de 2001, Mp. Carlos Ignacio Jaramillo J.).

Asimismo, el principio de buena fe está regulado en otras disposiciones normativas. Un ejemplo claro de ello es la Ley 256 de 1996, que regula la competencia desleal. En su artículo 7 establece lo siguiente:

“Quedan prohibidos los actos de competencia desleal. Los participantes en el mercado deben respetar en todas sus actuaciones el principio de la buena fe

comercial. En concordancia con lo establecido por el numeral 2 del artículo 10 bis del Convenio de París, aprobado mediante Ley 178 de 1994, se considera competencia desleal todo acto o hecho realizado en el mercado con fines concurrenciales, cuando resulte contrario a las sanas costumbres mercantiles, al principio de la buena fe comercial, a los usos honestos en materia industrial o comercial, o cuando esté encaminado a afectar o afecte la libertad de decisión del comprador o consumidor, o el funcionamiento concurrencial del mercado” (Ley 256 de 1996).

En el ámbito societario, el principio de buena fe ha recibido especial atención, particularmente en relación con las responsabilidades de los administradores de empresas, como se establece en la Ley 222 de 1995. Este principio, esencial para el buen gobierno corporativo, implica que los administradores deben cumplir con ciertos compromisos fundamentales, los cuales emanan de la norma general de buena fe que los rige.

De este principio general surgen diversas obligaciones cruciales para garantizar el desarrollo adecuado y próspero de las actividades comerciales. Entre estas responsabilidades destacan la cooperación y lealtad entre los administradores y los socios, con el fin de proteger los intereses de la sociedad, lo cual se manifiesta, entre otras cosas, en la preservación de los secretos comerciales y en la gestión responsable de la información confidencial. Esto es relevante por ejemplo en contratos típicos atípicos como es el caso de los contratos de distribución comercial o de transferencia de tecnología (Martínez-Pacheco et al, 2018; Salgado-Figueroa et al, 2022).

Por otro lado, el principio de buena fe también juega un papel clave en el ámbito contractual. Como establece la normativa referenciada en el Código Civil y el Código de Comercio de Colombia, la buena fe debe ser observada a lo largo de todo el proceso contractual, sin interrupciones. Esto implica que el cumplimiento de este principio debe ser continuo y riguroso durante todas las fases y actividades del contrato.

Así, el juez debe evaluar cada etapa del contrato para determinar si hubo mala fe, y en caso afirmativo, deberá imponer sanciones y ordenar la indemnización por los perjuicios causados.

De acuerdo con los Principios de Unidroit, la buena fe y la lealtad negocial son normas imperativas de comportamiento que deben ser observadas a lo largo de toda la vida del contrato, incluso durante su fase de formación, sin que existan límites a este deber (Artículo 1.7, Principios Unidroit sobre Contratos Comerciales Internacionales).

En el ámbito del derecho internacional, es fundamental comprender que estos dos conceptos no deben aplicarse según los parámetros ordinarios establecidos por los diferentes ordenamientos jurídicos nacionales. Los criterios adoptados por el derecho interno de cada país solo se tomarán en cuenta si se demuestra que son generalmente aceptados por los diversos sistemas jurídicos. Además, la buena fe y la lealtad negocial deben interpretarse a la luz de las circunstancias específicas del comercio internacional.

Las prácticas comerciales varían considerablemente entre las distintas ramas del comercio. Incluso dentro de una misma rama, estas prácticas pueden ser observadas con diferentes grados de regularidad e intensidad, dependiendo del contexto social y económico en el que opera una empresa, así como de su tamaño y desarrollo tecnológico.

En algunas ocasiones, el texto y los comentarios de los Principios se refieren exclusivamente a la "buena fe", mientras que en otros casos se menciona tanto la "buena fe" como la "lealtad negocial". En todos los casos, debe entenderse que el concepto de "buena fe" engloba el de "buena fe y lealtad negocial en el comercio internacional", lo que le otorga un carácter imperativo. Por lo tanto, las partes deben actuar conforme a estos principios, y no pueden excluirse ni limitarse (Artículo 1.7, Principios Unidroit sobre Contratos Comerciales Internacionales).

Así, son características de la buena fe, en primer lugar, su naturaleza normativa, lo que significa que no solo está escrita en las leyes, sino que también exige a las partes de un contrato crear sus propias reglas beneficiosas para la relación, siempre actuando con honestidad y sin abusar de sus derechos.

La buena fe se relaciona estrechamente con valores como la honestidad, la colaboración y la lealtad, buscando evitar el abuso de derechos y el enriquecimiento injusto. En lugar de ser solo una idea moral, se materializa en normas concretas.

En segundo lugar, la buena fe es fundamental para interpretar los contratos. Si las partes no han previsto algo o si la norma es poco clara, la buena fe se utiliza para entender el significado del acuerdo.

Tercero, la buena fe tiene prioridad sobre la libertad de las partes para acordar lo que quieran. El Código Civil colombiano establece que la buena fe debe prevalecer si alguna disposición contractual la contradice. Sin embargo, aplicar las normas derivadas de la buena fe requiere considerar el tipo de contrato, sus reglas específicas, el equilibrio entre las partes y las circunstancias particulares de cada caso.

Cuarto, la buena fe es de orden público, lo que implica que las partes no pueden acordar eliminarla o limitarla. Su cumplimiento es obligatorio tanto para los ciudadanos como para las autoridades, según la Constitución Política.

De todo lo anterior, es relevante destacar que el principio de buena fe en Colombia no solo sigue los postulados de países con tradiciones jurídicas cercanas, como Francia, Italia y Venezuela, sino que también establece diferencias importantes con respecto a sistemas jurídicos como el del common law (De Carvalho Leal et al, 2018; Vargas-Chaves & Alzate-Mora, 2017). Por ejemplo, los principios de buena fe en los ordenamientos franceses e italianos han influido en el desarrollo de la legislación colombiana, aunque con un enfoque propio y algo autóctono refuerza la protección de los derechos de las partes contratantes.

En comparación con los sistemas de Perú y Venezuela, la normatividad colombiana en cuanto a la buena fe es más robusta y tiene un carácter más garantista, especialmente al prever sanciones para quienes actúan de mala fe. Estas sanciones pueden incluir la privación de las ventajas que corresponden a quien actúa de buena fe, la invalidez o ineficacia del acto o negocio jurídico, la responsabilidad civil, la resolución del contrato y la exclusión de cláusulas abusivas, entre otras medidas que el juez considere necesarias para proteger el equilibrio contractual.

En conclusión, el principio de buena fe en Colombia ha evolucionado desde su reconocimiento en el Código Civil hasta convertirse en un principio constitucional fundamental, con un impacto profundo en las relaciones contractuales y en el funcionamiento de las instituciones.

Este principio asegura que las partes actúen con honestidad, lealtad y respeto mutuo, lo que refuerza la confianza en el sistema legal y contribuye al desarrollo de un entorno jurídico más seguro y equitativo (Oviedo Albán, 2008).

Además, su aplicación en Colombia refleja una tradición jurídica que se nutre de las influencias de países como Francia, Italia y Perú, pero que también se adapta a las particularidades del contexto colombiano, garantizando la protección de los derechos e intereses de todas las partes involucradas en el negocio jurídico.

Capítulo 5. Una propuesta de aproximación

5.1. Una nueva óptica de las fases del iter precontractual.

La fase precontractual, originalmente concebida como un mero intercambio de intenciones, puede experimentar una transformación significativa debido a diversos eventos que alteran la dinámica de las negociaciones. Estos eventos pueden llevar a las partes más allá de una simple discusión, adentrándose en un ámbito donde se configuran derechos y obligaciones concretas.

Este capítulo analiza estas eventualidades a la luz del desarrollo doctrinario y jurisprudencial colombiano, destacando la divergencia entre los avances jurídicos y la realidad administrativa y comercial. Esta discrepancia dificulta un análisis pormenorizado de cada subetapa del iter precontractual, lo que complica la valoración precisa de los casos por parte de los administradores de justicia, quienes tienden a centrarse primordialmente en la conducta informativa y el principio de buena fe.

En este contexto, se subraya la necesidad urgente de un análisis individualizado para cada etapa, en el cual se examinen tanto las conductas de las partes como los principios que rigen cada fase. Dado que estos elementos generan obligaciones diferenciadas, la determinación de la responsabilidad requerirá que el juez examine la totalidad de los elementos relevantes según la etapa en que ocurrieron los hechos jurídicos.

Así, la propuesta de aproximación presentada en este apartado busca establecer una nueva forma de analizar el iter precontractual, considerando nuevas subetapas y evaluando, en cada una, el hecho originario, compuesto por las conductas, derechos y obligaciones de las partes, sustentado en principios contractuales que garanticen la armonía y estabilidad económica de la relación jurídica. Estas fases del iter precontractual revisten una importancia crucial, ya que reflejan interacciones y decisiones que, a futuro, darán lugar a la formalización del acuerdo de voluntades.

Por otro lado, se diferenciará la responsabilidad que surge como consecuencia de un daño ocasionado durante las negociaciones o tratos preliminares. Esta responsabilidad está estrechamente vinculada con la etapa específica del iter contractual en la que se origina el

perjuicio, lo que requiere una adaptación de los presupuestos estructurales del régimen de responsabilidad aplicable.

Es importante señalar que, aunque este trabajo no realiza un análisis exhaustivo de la responsabilidad contractual y extracontractual, ni se centra específicamente en la culpa in contrahendo, su objetivo principal es el estudio detallado del iter precontractual y las obligaciones generadas en cada fase. A lo largo de este análisis, se pretende comprender y desglosar las distintas etapas de este proceso, considerando los elementos clave que configuran las relaciones previas a la formalización del vínculo contractual.

No obstante, en este apartado se abordarán algunos aspectos cruciales relacionados con la responsabilidad, que son imprescindibles para entender cómo, en ciertos casos, se debe valorar de manera diferenciada las conductas y principios que gobiernan el iter contractual. Sin tener en cuenta estos elementos, sería imposible realizar un análisis completo y justificar adecuadamente las diferencias en la aplicación de los principios contractuales en cada fase del proceso.

En resumen, aunque la doctrina clásica postula la inexistencia de obligaciones en la etapa precontractual, la realidad del iter revela una complejidad mayor. A lo largo de este proceso, pueden surgir obligaciones específicas en ciertas etapas, mientras que en otras se concreta el contrato mismo. Por ello, resulta fundamental diferenciar el desarrollo precontractual de la formación del contrato, lo que requiere un análisis detallado de cada fase.

A continuación, se expondrán los resultados de este análisis mediante una propuesta en la que se analizan nuevas fases y se caracteriza cada una de ellas.

5.1.1. Fase inicial interna. El nacimiento y formación de la necesidad de contratar.

En la fase inicial, el comerciante o interesado identifica sus requerimientos, examina sus recursos y concibe una idea primigenia del negocio a formalizar. Constituye una etapa eminentemente administrativa y financiera donde, dentro de sus planes empresariales y como parte de su programa de planeación estratégica, el interesado establece objetivos y metas, determinando las acciones necesarias para su consecución. Así, define los medios, políticas, programas, procedimientos y prácticas requeridos.

Seguidamente, el interesado evalúa las clases y cantidades de recursos indispensables, resultando esta fase trascendental para el desarrollo del proceso contractual. Es entonces cuando se decide cómo obtener o generar las actividades precisas para satisfacer dichas necesidades. Una vez diagnosticada la situación, el comerciante diseña los procedimientos para la toma de decisiones, organiza las acciones y establece el plan que implementará (Manual práctico de planeación estratégica, José Javier González Millán, Miryam Teresa Rodríguez Díaz, 2019, Editorial Díaz de Santos).

En esta instancia, el comerciante se obliga unilateralmente a ejercer control y a procurar, con la diligencia debida, anticipar y analizar las posibles fallas del negocio, así como a determinar qué aspectos carecerían de rentabilidad para él, con el fin de prevenir errores y, en caso de ocurrir, disponer de un plan de corrección (Jaimes Amorocho et al, 2010). Aquí, el interesado no afronta compromisos contractuales con terceros; su obligación reside en implementar conductas estratégicas que eviten la pérdida de recursos técnicos, humanos, físicos y financieros, además del desgaste innecesario de su personal en proyectos inviables.

Es la organización la que analiza la visión empresarial desde un entorno dinámico y competitivo, enfocándose en la consecución de sus proyectos y metas. Adopta una actitud proactiva ante los elementos del entorno externo e interno e involucra al personal interno responsable.

De este modo, el comerciante interesado en suscribir el contrato prioriza la planeación y el control, puesto que estos elementos permiten verificar el logro de los objetivos mediante los resultados, conforme a la estrategia trazada para cumplir los fines establecidos (Jaimes Amorocho et al, 2010). Es relevante destacar que en este momento el comerciante reconoce sus necesidades, determina y analiza los recursos disponibles, formando una concepción preliminar del negocio que desea suscribir.

El comerciante efectúa un análisis estrictamente administrativo y financiero, en el cual establece las conductas a seguir y determina las clases y cantidades de recursos necesarios para evaluar la viabilidad del negocio. Este análisis, de carácter interno y

unilateral, es realizado por el comerciante o su equipo de trabajo con el propósito de evaluar la factibilidad del negocio antes de avanzar a las siguientes etapas del proceso contractual.

Resulta fundamental comprender que en esta fase el negocio comienza a definirse. Se establecen las necesidades, los posibles objetos contractuales y los aspectos económicos iniciales, como el precio dispuesto a pagar por un servicio o producto.

Si bien en esta etapa emerge información crucial para el negocio, esto no implica que el comerciante esté obligado a revelar toda la información generada durante las fases posteriores del proceso.

Por tal motivo, la autora puede clasificar esta información en dos categorías: interna y externa. La información interna abarca aspectos relacionados con recursos operativos, económicos, estrategias de posicionamiento y estados financieros.

La información externa es aquella que el comerciante decide divulgar, valorando siempre los riesgos de filtración que puedan comprometer la competitividad de la organización o poner en peligro secretos industriales, lo cual podría permitir que terceros actúen de manera desleal o incluso amenazar la estabilidad de la empresa.

Es crucial señalar que la decisión sobre qué información revelar o retener puede acarrear riesgos significativos para el comerciante si no se gestiona con cautela.

Como se mencionó previamente, al analizar la conducta informativa, la restricción de información por parte del comerciante puede acarrear sanciones. En un eventual proceso por responsabilidad civil, el juez evaluará dicha conducta, y la simple omisión de revelar información que el administrador del proceso considere relevante —tanto sobre el negocio a formalizar como sobre la empresa— podría resultar en la aceptación de las demandas y, por consiguiente, en considerables pérdidas económicas para la empresa que intentó proteger su información.

Considero que esto resulta injusto en la práctica comercial. Aunque no se pretende que el comerciante oculte toda la información generada en esta etapa, es importante considerar que debe suministrar la información vital para el contrato pretendido, sin que esto se confunda con información intrínseca de la empresa o de sus operaciones.

Por consiguiente, si en una etapa posterior el juez impone sanciones por no haber revelado información de esta fase, es crucial evaluar la naturaleza de la información omitida.

Como se insistió anteriormente, será el comerciante quien, posteriormente, definirá qué información de este análisis será compartida con terceros interesados o con aquellos a quienes se invite a participar en las etapas subsiguientes.

Conviene aclarar que, según cada tipo de negocio, las necesidades y requerimientos, la información relevante difiere y, por ello, el comerciante y los interesados trabajarán sobre la información proporcionada, la cual se origina en esta etapa y se solicitará únicamente en casos concretos, requiriéndose mayores datos a los ofrecidos, atendiendo también a los límites que la conducta informativa debe observar.

Es preciso aclarar que en esta fase del proceso no se genera ninguna obligación con terceros, no se desarrolla ningún principio jurídico sobre la negociación y tampoco se incurre en responsabilidad, ya que se trata de un momento de reflexión y análisis individual del comerciante, sin que exista una invitación formal a otros para discutir el negocio a celebrar.

5.1.2. Fase inicial externa. La invitación o carta de intención para el análisis del proyecto de contrato

Esta fase se considera como la fase inicial de tratativas precontractuales, toda vez que, la parte interesada en celebrar un acuerdo sale de su ámbito privado y extiende una invitación o convocatoria a otros potenciales participantes para la discusión y análisis del proyecto de contrato. Esta etapa, también denominada "invitación a negociar", marca el comienzo de dichas tratativas y se caracteriza por su naturaleza no vinculante, ya que el interesado primario solo manifiesta su intención e invita a terceros a evaluar la viabilidad de un contrato específico.

En este sentido, Marin Narrios (2012) define la invitación a negociar como un acto por el cual una persona expresa su voluntad de negociar con un grupo de individuos, mostrando disposición para recibir propuestas y aceptar la que considere más favorable; en caso de que ninguna propuesta resulte satisfactoria, se decide no celebrar el acuerdo. Dicha invitación a negociar se origina comúnmente mediante documento privado, aunque también

puede ser verbalmente, acto en el cual el invitante no plasma su voluntad de contratar ni de obligarse, constituyendo únicamente una manifestación unilateral de querer formalizar un acuerdo e iniciar negociaciones.

Durante esta fase, el invitante describe sus necesidades, definiendo así el objeto principal del posible contrato, así como el plazo estimado para la suscripción del negocio deseado. Por consiguiente, se trata de una figura autónoma con relación al contrato proyectado y a otros pactos que puedan surgir durante las negociaciones. Ocasionalmente, las invitaciones a negociar pueden incluir la aceptación del destinatario, lo cual constituye el punto de partida de las tratativas precontractuales.

Estas invitaciones se distinguen de la oferta o de los precontratos por no detallar aspectos específicos del futuro contrato. A diferencia de estos, su propósito radica en negociar los términos del acuerdo, lo que impide su exigibilidad, dado que no generan obligaciones de hacer, no hacer o dar.

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, en sentencia de 4 de abril de 2001, MP Jorge Antonio Castillo Rugeles, expediente 5716, establece una clara distinción entre "oferta" e "invitación a negociar". Mientras la oferta debe cumplir con los requisitos legales del art. 845 del Código de comercio, siendo irrevocable y conduciendo a la formación del contrato si se acepta, la invitación a negociar es simplemente una manifestación de deseo de iniciar negociaciones, sin compromiso vinculante.

La invitación a negociar puede transformarse en oferta si contiene una declaración inequívoca de que el emisor celebrará el negocio con la mejor propuesta. En resumen, la diferencia esencial reside en la intención vinculante: la oferta implica un compromiso de contratar, mientras que la invitación a negociar carece de él.

En otras palabras, la invitación a negociar es meramente una forma de iniciar conversaciones, de sondear el interés en un posible acuerdo, sin obligar a la contratación. No obstante, si dicha invitación se expresa con tal firmeza que evidencia la intención del emisor de contratar con quien presente la propuesta más ventajosa, entonces esa invitación puede considerarse una oferta real, y su aceptación conllevará la formación del contrato.

Por ello, es necesario que el interesado formule estas invitaciones con elevada claridad y firmeza, evitando cualquier duda sobre la naturaleza de la convocatoria. Es importante aclarar que, a menos que la invitación manifieste claramente la intención del emisor de contratar con quien realice la mejor propuesta, en esta etapa no surge responsabilidad alguna entre el interesado y sus invitados.

En este contexto, resulta evidente que el administrador de justicia, al resolver un caso en el que se pretenda la declaración de responsabilidad por un posible "daño" generado, debe llevar a cabo un análisis detallado del iter contractual. Esto resulta crucial, ya que la valoración de la afectación debe fundamentarse en las conductas de las partes y en el primer acercamiento entre ellas.

Como se mencionó previamente, en esta etapa, el comerciante afronta dos situaciones principales. En primer lugar, la simple invitación a negociar, efectuada generalmente mediante documento privado, donde el invitante describe sus necesidades, define el objeto principal del contrato y establece el plazo estimado para la suscripción del negocio. En segundo lugar, cuando la invitación se condiciona a que los interesados presenten propuestas y la mejor de ellas determine la adjudicación del contrato, lo que implica el inicio de un verdadero negocio jurídico.

Sin embargo, en ambas situaciones descritas, a juicio de la autora, comienzan a manifestarse tres conductas relevantes que deben ser analizadas detenidamente por el juez. Estas conductas exigen que, al momento de fundamentar la sentencia, el juez realice un análisis minucioso, asegurando no solo la correcta interpretación del lenguaje comercial de los comerciantes, sino también la materialización de una justicia económica y comercial efectiva.

En este contexto, las conductas a considerar son las siguientes:

5.1.2.1. Apariencia

Tal como se expuso previamente, la apariencia constituye un medio para originar confianza en las interacciones precontractuales, siendo en esta fase donde dicho comportamiento comienza a desarrollarse. En esta etapa preliminar, intervienen dos actores:

el invitante y el invitado, quienes procuran mostrarse como comerciantes solventes y capaces de responder ante la ejecución del futuro acuerdo. Adicionalmente, buscan afianzarse en el mercado a través de la imagen que proyectan, particularmente cuando invocan su pertenencia al sistema de expertos.

En dicho marco, el invitante empieza a construir esa imagen al manifestar su habilidad para asumir los costos derivados de la contratación requerida. Asimismo, basándose en su experiencia y conocimiento del mercado, subraya la oportunidad del momento para formalizar el vínculo. De esta manera, evidencia la disponibilidad de los recursos económicos, materiales y humanos necesarios para llevarlo a cabo.

Por otro lado, el invitado no solo se siente favorecido por la convocatoria a presentar sus propuestas y participar en negociaciones con una empresa de tal magnitud, sino que además, su llamado responde a su reconocimiento en el sector. Es importante señalar que el invitante conoce al invitado mediante la información disponible en línea, susceptible de manipulación, o a través de referencias directas o el denominado sistema de referidos.

Consecuentemente, ambas partes tienen la obligación de generar una apariencia apropiada al momento de presentarse. Dicha imagen debe fundamentarse en su verdadera posición en el mercado, en su trayectoria en el desarrollo de contratos similares y en la determinación de si realmente integran el sistema de expertos o si, por el contrario, se enfrentan a su primer contrato en este ámbito.

En este "acercamiento inicial", los intervinientes deben proyectar una imagen coherente y uniforme que no induzca a error. Han de mostrarse prudentes, explicitar su genuina experiencia y reputación, y establecer un entorno propicio para transmitir su saber de forma transparente.

Resulta fundamental insistir en que, si el invitado declara formar parte del sistema de expertos, esto no solo genera una apariencia sólida, sino también credibilidad. Aseverar la pertenencia a un sistema de expertos relacionado con la necesidad que se pretende satisfacer puede disminuir el nivel de rigor en la contratación, dada su elevada pericia en el área. Sin

embargo, esto no implica que las partes deban actuar con negligencia. Ambas deben adherirse al principio del "hombre razonable" o "buen padre de familia", lo que exige efectuar, al menos, indagaciones básicas sobre la otra parte, para verificar la autenticidad de lo afirmado.

En este contexto, el juzgador debe valorar minuciosamente diversos aspectos del proceso precontractual. En primer lugar, ha de considerar cómo se presentaron los involucrados y qué imagen intentaron proyectar; es decir, quiénes dijeron ser y qué experiencia manifestaron poseer. Igualmente, esencial es que el juez cuestione si alguna de las partes mencionó su adscripción a un sistema de expertos, puesto que esto incide directamente en la confianza y el nivel de exigencia en la contratación.

Adicionalmente, reviste importancia la forma en que las partes se conocieron. Si la contraparte se presentó a través de internet o recomendaciones, el juez debe analizar si la información disponible era precisa o si, por el contrario, alguna de las partes empleó datos inexactos de manera activa o pasiva para obtener ventajas. Esto comprende, por supuesto, examinar si las recomendaciones recibidas fueron auténticas o si existió algún tipo de influencia externa que las motivó.

Este análisis pormenorizado es crucial para que el juez pueda discernir si la apariencia generada durante las negociaciones precontractuales fue una representación fiel de la capacidad y seriedad de las partes, o si, en cambio, se trató de una tentativa de manipulación para crear una imagen falseada.

Por consiguiente, conforme a las reglas de la sana crítica, la valoración probatoria debe ser exhaustiva. El juez debe fundamentarse en la realidad empresarial y comercial, contrastándola con las impresiones y afirmaciones que se hicieron creer a la otra parte. Dicho ejercicio es primordial para alcanzar una decisión justa y fundamentada, considerando los intereses de ambos actores involucrados.

5.1.2.2.. Información

En la fase precontractual, tanto el oferente como el destinatario de la oferta tienen la obligación de suministrar datos relevantes para establecer relaciones contractuales justas y equilibradas. En particular, el oferente debe comunicar, como mínimo, el objeto del contrato, elemento esencial que permite a los interesados comprender, desde el inicio, el propósito general del acuerdo.

Dicha claridad resulta fundamental, pues facilita la convergencia de expectativas y la determinación de los términos de la negociación, lo que implica que la información proporcionada debe ser veraz y transparente, sin que el oferente pueda tergiversar u omitir detalles sobre la finalidad del contrato ni su objetivo comercial. Actuar de otro modo constituiría un acto de mala fe que socavaría las bases de la relación precontractual. Además, la transparencia informativa robustece la confianza mutua, crucial para una negociación sólida y equitativa.

Adicionalmente, la información debe ser oportuna. En el contexto de las negociaciones preliminares, es primordial que todas las partes la reciban en el momento adecuado para fundamentar sus decisiones. Un trato desigual en los plazos para presentar la carta de intención generaría una desventaja para quienes dispongan de menos tiempo para preparar su propuesta, afectando la equidad de la competencia.

Asimismo, cualquier modificación en los términos iniciales del contrato debe notificarse debidamente a todos los invitados, pues su omisión podría alterar las propuestas y generar desventajas, comprometiendo la imparcialidad del proceso. Por consiguiente, la comunicación oportuna de cualquier cambio es vital para mantener la transparencia y la equidad en las negociaciones.

Conjuntamente, la información debe ser verificable, aspecto crucial para que las partes confíen en los datos suministrados. El personal designado por la empresa oferente para facilitar la negociación debe poseer un conocimiento exhaustivo del contrato y la capacidad de proporcionar toda la información necesaria para el desarrollo adecuado de la negociación.

No basta con presentar el objeto del contrato con claridad, sino que también se debe asegurar que cualquier pregunta o inquietud del invitado sea respondida con precisión y con respaldo de datos comprobables.

La ausencia de esta capacidad de verificación podría generar dudas sobre la seriedad y la confianza en el proceso negociador, incidiendo negativamente en la relación y en la ejecución del contrato final. De este modo, la información verificable no solo fortalece el vínculo contractual, sino que también previene futuras controversias derivadas de la falta de claridad o de errores interpretativos.

Igualmente, la información debe ser comprensible, evitando invitar a contratar sobre un asunto para que el contrato verse sobre algo completamente distinto.

Conviene señalar que, en esta etapa, el comerciante ha decidido qué información obtenida del iter precontractual previo desea revelar, lo cual no contraviene la ley ni las normas de administración empresarial, ya que goza de la libertad de suministrar solo los datos que considere necesarios para el negocio buscado, sin estar obligado a proporcionar información adicional que estime irrelevante.

Por consiguiente, sería improcedente que un juez sancionara al oferente por no revelar información confidencial o privilegiada de la empresa, o por no especificar en la invitación aspectos como el plazo de negociación, el presupuesto autorizado, el estudio de necesidad interna o el plan de gestión estratégica.

De manera similar, resultaría erróneo que el juez sancionara al invitado por no adjuntar a su presentación estados financieros que acrediten su capacidad para cumplir un contrato en elaboración, por no presentar certificaciones o por no revelar secretos industriales, documentación legal o administrativa.

En este sentido, el deber de información debe ser analizado individualmente por el juez, con un examen riguroso, pero no estrictamente impositivo. Los comerciantes disfrutan de un margen de discrecionalidad en sus negocios, y si consideran que en una fase temprana

no es conveniente o necesario revelar cierta información, no deberían ser sancionados por ello.

5.1.2.3. Confianza

En la etapa precontractual se inicia la formación de la confianza entre las partes. Mediante la apariencia, ambas procuran generar seguridad y proyectar suficiencia ante su contraparte. No obstante, al analizar un caso concreto sobre la conducta de la confianza en esta fase, el juez debe considerar la ausencia de mesas de trabajo o conversaciones profundas entre los involucrados; hasta ese momento, solo existe una invitación a negociar, y en muchos casos, ni siquiera se ha formalizado una aceptación para iniciar las tratativas.

Es crucial reconocer que las partes aún no han podido evaluar los elementos esenciales de la confianza, como lo indica Ariely (2016). En este punto, desconocen si podrán establecer una relación a largo plazo, aunque intentan construirla a través de la imagen y la experiencia que presumen del otro. Buscan proyectar fiabilidad mediante señales externas, cuya representatividad de la conducta futura aún no se ha comprobado.

Por otro lado, tampoco se ha valorado la transparencia de la parte invitada. No se ha entablado un diálogo exhaustivo con ella, ni se ha analizado la viabilidad del proyecto, las garantías ofrecidas o su capacidad de cumplimiento. La situación se complejiza cuando la contraparte es una persona jurídica, pues no se trata de un individuo con quien se puedan generar vínculos personales, sino de una entidad representada por su apoderado legal o gerente, quien actúa en nombre de la empresa, pero no es la empresa misma.

Es importante señalar que, hasta este instante, no se han acordado compromisos previos que obliguen a las partes a ejecutar acciones específicas, como hacer, no hacer o dar, con la excepción de la segunda situación que enfrenta el comerciante, cuando manifiesta su intención de contratar la mejor propuesta. Por consiguiente, no se puede hablar de una obligación concreta que implique sanciones por incumplimiento, ni referirse a estrategias que armonicen los objetivos empresariales o contractuales en términos de comunidad de intereses.

En esta fase inicial, las partes carecen de la posibilidad de evaluar exhaustivamente la integridad, honestidad, competencia, coherencia entre palabras y actos, o lealtad de la otra parte. La confianza intuitiva aún no se manifiesta, dado que todo se encuentra en proceso de gestación y depende de los acontecimientos que, durante la negociación, podrían propiciar el desarrollo de una confianza genuina.

En esta etapa emergen indicios, pero la confianza verdadera, cimentada en la experiencia y el conocimiento mutuo, aún debe consolidarse. Al evaluar la conducta de las partes en este periodo, el juez debe considerar no solo lo expresado hasta el momento, sino también tener presente que los primeros atisbos de confianza se derivan de las prácticas vinculadas a la apariencia y la información proporcionada.

La confianza no es un concepto aislado, sino que surge de las interacciones previas, que ya implican comportamientos relacionados con la transparencia, la comunicación y las señales transmitidas entre los participantes. En este sentido, el análisis de la confianza debe ser exhaustivo si una de las partes pertenece al sistema de expertos, pues en tales casos, la confianza se presume por su trayectoria comercial y contractual, lo que implica que ya ha sido probada en el mercado.

En estas circunstancias, el juez debe aplicar principios de equidad comercial y analizar cada situación con el fin de proteger a la parte más vulnerable de la relación, ya sea el invitante o el invitado, que no pertenezca al sistema de expertos en relación con el objeto del contrato.

Este análisis adquiere particular relevancia en la segunda situación que afronta el comerciante, cuando la invitación está condicionada a la presentación de propuestas y la mejor de ellas será la adjudicataria del contrato. Este escenario implica el inicio de un negocio jurídico real, puesto que la invitación no solo busca obtener la intención de contratar, sino que también está orientada a la materialización de un acuerdo específico.

En estos casos, usualmente se convoca a personas jurídicas pertenecientes al sistema de expertos. De no ser así, es deber del futuro contratante haber analizado previamente los perfiles comerciales de los invitados a negociar, asegurando que convoca a las mejores

opciones disponibles. En este contexto, el análisis de la confianza debe ser más riguroso, bajo el principio de diligencia del “hombre promedio”.

En conclusión, en la primera situación que enfrentan los comerciantes, donde solo existe una invitación a negociar, no surgen más deberes que aquellos relacionados con conductas limitadas de apariencia e información. En este caso, la confianza debe examinarse de manera práctica, considerando que hasta ahora solo han aparecido hechos iniciales que, con el tiempo, permitirán formar una certeza sobre la disposición a colaborar. Este es un proceso gradual, y la confianza auténtica aún está en proceso de construcción.

Es relevante aclarar que, ante una disputa, se evaluaría la existencia o no de responsabilidad civil extracontractual, en el marco del análisis del principio de buena fe. En contraste, si nos encontramos ante la segunda situación, que implica el nacimiento real de un contrato con el mejor oferente, el análisis debe realizarse desde la perspectiva de la responsabilidad civil contractual, en concordancia con la autonomía privada de la voluntad, la libertad (en este caso condicionada) de contratación y la buena fe.

En esta última circunstancia, la obligación de suscribir el contrato con el mejor postor emana de la invitación misma y se perfecciona cuando los interesados presentan sus intenciones, aunque el contrato aún no se haya formalizado jurídicamente. A pesar de que el acuerdo deseado no ha nacido aún, ya existen obligaciones derivadas del principio de consensualidad, lo que da inicio a un negocio jurídico.

5.1.3. Las tratativas precontractuales

Como se expuso en el capítulo inicial, esta etapa constituye un momento crucial en el proceso de negociación, caracterizado por diversas interacciones entre los actores implicados. Durante este periodo, el objetivo primordial consiste en convenir los términos del futuro contrato, especificando con claridad su objeto, los recursos necesarios para su ejecución y las estrategias generales que guiarán el desarrollo del negocio.

Dicho proceso, denominado fase de intenciones, aún no implica ofertas, sino que se fundamenta en acercamientos preliminares entre los interesados, cuya finalidad es evaluar la viabilidad de alcanzar un pacto comercial. En esta fase, los participantes se conocen

colectivamente como "partes interesadas", y de forma individual, como "el interesado" o "el tratante".

Tal como se ha indicado, la fase precontractual resulta innecesaria en los contratos de adhesión o simples; sin embargo, en los acuerdos de alta complejidad, su existencia es potestativa, pero recomendable. En este sentido, su desarrollo depende de las relaciones sociales y mercantiles, así como de la disponibilidad de recursos económicos, lo cual le otorga una notable flexibilidad. Los contactos pueden efectuarse de distintas maneras, ya sean reuniones presenciales, virtuales o telefónicas, adaptándose siempre a las necesidades y conveniencias de los actores involucrados.

De igual forma, las deliberaciones y propuestas que surjan en este lapso pueden ser tanto verbales como escritas, ofreciendo múltiples opciones para la comunicación y el registro de las conversaciones. Si bien no existe un formato obligatorio para estos intercambios, sí cumplen una función interpretativa significativa en caso de que las negociaciones culminen en un contrato formal. Estos primeros contactos posibilitan una mejor comprensión de la intención de los actores y pueden ser esenciales para resolver eventuales dudas o ambigüedades en la interpretación del convenio final.

En relación con lo anterior, la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 12 de agosto de 2002, Sala de Casación Civil, exp. núm. 6151, M.P. José Fernando Ramírez Gómez, señaló que las conversaciones preliminares con el propósito de concretar un acuerdo de voluntades adquieren una relevancia fundamental, no solo para descubrir la verdadera intención de los actores, sino también para identificar las reglas, incluso las de carácter jurídico, a las que se someterán. Tales conductas cobran mayor trascendencia si, tras la propuesta y su aceptación por el destinatario, son ratificadas, ya sea de forma expresa o tácita.

Ahora bien, por norma general, los contactos preliminares no generan obligaciones vinculantes para los actores. Empero, la doctrina y jurisprudencia nacional han desarrollado un marco de estudio limitado en torno a las conductas de los tratantes, las cuales deben regirse por el principio de buena fe en la etapa precontractual, conforme lo establece el art. 2341 del Código Civil, el art. 863 del Código de Comercio y el art. 1.7 de los Principios de Unidroit.

De este modo, se han establecido conductas de imperioso cumplimiento en este contexto:

5.1.3.1. Obligación de información recíproca

Entre las responsabilidades fundamentales de las personas que participan en transacciones comerciales se incluye el deber de proporcionar información o hacer declaraciones cuando sea necesario. Esta información debe estar relacionada con el objeto del acuerdo y las circunstancias que lo rodean. La relevancia de esta información, aunque variable, es esencial para asegurar que el consentimiento de la otra parte no esté viciado ni influenciado por engaños (Corte Suprema de Justicia, Sentencia de 4 de abril de 2001, M.P. Jorge Antonio Castillo Rúgeles).

5.1.3.2. Obligación de no romper las negociaciones sin justa causa

Si bien las partes tienen plena libertad para negociar los términos de un contrato y no serán responsables si no logran llegar a un acuerdo, la parte que interrumpa o abandone las negociaciones de mala fe será responsable de los daños y perjuicios ocasionados a la otra parte. En particular, se considerará mala fe el participar o continuar en negociaciones sin tener la intención real de llegar a un acuerdo (art. 2.1.15 de los Principios Unidroit).

5.1.3.3. Obligación de confidencialidad, seguridad y conservación de la información

Tal como se mencionó anteriormente, la confidencialidad implica la responsabilidad de mantener en secreto datos sensibles o estratégicos que pertenecen a una persona o empresa, con el fin de evitar su divulgación no autorizada. Por ello, los tratantes deben adecuar su conducta para proteger la información que, de hacerse pública, podría perjudicar a la parte que la posee, como es el caso de secretos industriales, comerciales o empresariales. La divulgación o el uso no autorizado de secretos industriales, comerciales o cualquier otro tipo de secreto empresarial se considera desleal, ya sea cuando se obtiene legítimamente bajo un compromiso de confidencialidad o de forma ilegítima (Ley 256 de 1996, Art. 16).

Además, los tratantes están obligados a conservar la información y a no revelar ni hacer un uso indebido de ella en beneficio propio, sin justificación, independientemente de si el contrato se formaliza o no en el futuro. En los casos correspondientes, la responsabilidad

por incumplir esta obligación podría implicar una compensación, basada en los beneficios obtenidos por la otra parte (Art. 2.1.16 de los Principios Unidroit).

Como se evidencia, el análisis realizado por la jurisprudencia nacional se limita al estudio de la conducta de la información y al desarrollo del principio de libertad de contratación, el cual se confunde con la conducta relacionada con la confianza y la apariencia respecto a la "seriedad" de la negociación. Esto impide que los jueces de la República realicen un análisis individualizado de las conductas y el desarrollo de los principios en esta etapa del iter precontractual.

Por ello, en este escrito se destacan dos conductas que la doctrina internacional ha individualizado: la apariencia y la confianza. Aunque ya fueron mencionadas en apartados anteriores, aquí se busca enfatizar la importancia de que los jueces, los comerciantes y los profesionales del derecho las analicen de manera separada. Es fundamental que estas conductas sean tratadas de forma independiente, ya que la confusión entre ellas puede llevar a interpretaciones erróneas y, en consecuencia, a decisiones judiciales equivocadas.

En este sentido, si los jueces no logran diferenciar estas conductas y las confunden con la información, podrían incurrir en errores que afectarían el análisis de la responsabilidad. Cabe señalar que, si no se encuentra un incumplimiento relacionado con la conducta de la información, no podrían declararse ciertos daños que, sin embargo, podrían ser evaluados adecuadamente desde la perspectiva de la apariencia o la confianza.

5.1.3.4. La apariencia

Esta conducta, durante la etapa contractual, debe interpretarse como un criterio en la búsqueda de la justicia material. Así, la apariencia ha sido objeto de estudio como principio general del derecho que se caracteriza por la uniformidad y la constancia, con el propósito de salvaguardar la buena fe de terceros frente a una situación aparente susceptible de inducir a error a cualquier persona que actúe en el comercio con la diligencia de un individuo promedio, o el denominado "buen padre de familia" en Colombia (Caldentey, 1952).

En otras palabras, la apariencia busca la protección de terceros que, razonablemente, han creído y depositado su confianza en la realidad que se manifiesta (Aguad Deik & Pizarro Wilson, 2010).

Siguiendo esta teoría, dicho principio extrae una interpretación integradora del ordenamiento jurídico, donde se ampara a los ciudadanos y se procura satisfacer las necesidades del tráfico, la seguridad dinámica y la buena fe. Para la aplicación de la teoría de la apariencia como principio general, se requieren los siguientes elementos: una situación de hecho notoria y objetivamente idónea, que permita a terceros inferir y tener certeza sobre esa apariencia; y que el tercero haya podido conocer la verdadera situación actuando con la debida diligencia (Comisión N° 8, 1985).

Además de las características señaladas por la doctrina, resulta pertinente añadir una nueva variable: la posibilidad de que, aun cuando el interesado actúe con la diligencia debida, la información disponible en redes sociales, sitios web y plataformas de contratación pueda generar una apariencia de veracidad. Esto contribuye a la creación de una "verdad aparente" que influye en la percepción errónea de los hechos.

Es crucial indicar que, si bien los tratantes poseen experiencia en el mercado, tienen la obligación de actuar con honestidad, particularmente al revelar su posición real dentro de la negociación. Esta exigencia de transparencia debe cumplirse sin menoscabar secretos empresariales o información sensible. El fin es permitir que la contraparte pueda realizar una evaluación precisa, basada en datos fidedignos, considerando sus capacidades, recursos y experiencia. De esta manera, se busca que el acuerdo suscrito cumpla su objetivo de forma eficiente, sin contratiempos y generando rentabilidad para ambas partes.

Durante esta fase precontractual, las partes deben evitar la creación de una "verdad aparente" o una representación distorsionada de la realidad. Resulta fundamental que su situación se presente de manera fiel, para que la relación no se vicie por errores o malentendidos. La voluntad de los intervinientes no debe ser influenciada por engaños ni tergiversaciones. Así, cualquier estructura contractual, por compleja que sea, debe fundamentarse en la veracidad y la transparencia. Tales elementos son esenciales para prevenir conflictos futuros y asegurar que el acuerdo sea legítimo y eficiente desde su inicio.

En el ordenamiento jurídico colombiano, la apariencia no se encuentra regulada explícitamente como una conducta a seguir en las relaciones precontractuales, contractuales y poscontractuales, especialmente en lo concerniente a la responsabilidad contractual o extracontractual.

Sin embargo, la Corte Suprema de Justicia ha aludido a la teoría de la apariencia en reiterados fallos, particularmente al abordar temas como la simulación de contratos y, en el ámbito del derecho laboral, al aplicar el principio de "la prevalencia de la realidad sobre las formas" o el "principio de la primacía de la realidad". Este último establece que, ante la discrepancia entre lo formalizado en los documentos y lo que acontece en la práctica, debe prevalecer la realidad de los hechos.

En el contexto laboral, este principio se aplica para determinar la existencia de una relación de trabajo y se encuentra respaldado por el artículo 53 de la Constitución Política de Colombia. Reconoce la desigualdad entre las partes y busca garantizar la protección de los derechos del trabajador, asegurando que, independientemente de las formas documentales, se valore lo que realmente sucede en la práctica.

Empero, en el campo de la responsabilidad civil, este principio carece de sustento normativo específico. Por ello, este análisis se inscribe dentro del principio de la buena fe, que comprende la conducta relacionada con la apariencia en el sistema jurídico colombiano.

No obstante, es importante considerar que el empleo de la apariencia, aunque regulado dentro de la buena fe, puede generar un vicio en el consentimiento, bajo la modalidad de error. Esto debe ser analizado con especial atención por los operadores judiciales, para asegurar no solo la corrección formal de las decisiones, sino también la justicia material, que constituye el objetivo primordial del derecho.

Asimismo, se ha indicado previamente que el valor de la apariencia se vincula con la responsabilidad, bien objetiva o subjetiva, en una relación jurídica. Si se analiza desde una perspectiva objetiva, aplicando la teoría de los riesgos, se puede afirmar que quien, mediante su actuación voluntaria, origine una situación de apariencia, debe asumir las consecuencias derivadas de aquella.

En este sentido, el artículo 1546 del Código Civil establece que los contratos deben ejecutarse de buena fe, obligando no solo a lo expresado en ellos, sino también a las consecuencias que se derivan de la naturaleza de la obligación, o que la ley o la costumbre consideran inherentes a la misma.

Es fundamental concluir que, mediante una valoración adecuada de la conducta relacionada con la apariencia, la jurisprudencia nacional podría propiciar una modificación sustancial en la forma en que se evalúa este concepto, así como en el desarrollo de los negocios en el país. Esto permitiría transformar la percepción de cómo nos presentamos ante los demás y contribuiría a mejorar la conducta tradicional de los comerciantes, quienes, en ocasiones, se limitan a hablar sin respaldar sus palabras con acciones concretas.

Evaluar esta conducta de manera exhaustiva contribuirá a que las dinámicas comerciales sean cada vez más honestas y transparentes. De este modo, se facilitaría un mayor desarrollo comercial en el país, proyectando una imagen de seriedad que actualmente no está suficientemente consolidada a nivel internacional. Esto reviste especial importancia, ya que los comerciantes colombianos, en ocasiones, no son percibidos con seriedad por los extranjeros debido a la tendencia a generar impresiones falsas.

5.1.3.5. Confianza

De acuerdo con lo señalado previamente, la confianza en las relaciones precontractuales adquiere un rol clave; sin embargo, con frecuencia la confunde con la conducta relacionada con la información, a pesar de que se trata de conceptos distintos. Es importante resaltar que, en esta etapa del proceso contractual, los interesados ya han tenido diversas oportunidades para interactuar. Así, mediante múltiples mesas de trabajo y encuentros, han analizado la viabilidad del negocio que se pretende suscribir.

Como resultado de estas interacciones, los interesados ya han evaluado la posibilidad de establecer relaciones comerciales a largo plazo. Este proceso ha incluido la valoración de la transparencia percibida en la contraparte, la manifestación abierta de la intención de contratar, así como el contenido y los compromisos relacionados con el acuerdo. Adicionalmente, se han considerado las posibles sanciones en caso de incumplimiento de los

compromisos, lo cual genera seguridad, y las estrategias que buscan alinear los objetivos de ambas empresas y del contrato.

En este contexto, la confianza no se genera solo por la información proporcionada ni por la adecuada custodia de dicha información. En este caso, la confianza surge de la integridad con la que se presentan las partes, de la honestidad con la que se desarrollan las negociaciones y de la competencia sana y coherente entre los interesados.

En efecto, todos estos comportamientos generan una sensación de confianza, lo que constituye un activo intangible fundamental para la empresa. Dicha confianza mejora la competitividad, asegura el cumplimiento del contrato y garantiza que el consumidor se sienta seguro al adquirir productos o servicios que provienen de un acuerdo previamente establecido entre empresarios.

Por consiguiente, los interesados ya han llevado a cabo un análisis individualizado de la confianza. Este proceso comienza con una valoración intuitiva, en la cual se evalúan situaciones cotidianas y se asume la confiabilidad de forma automática al observar cómo se resuelve una necesidad específica.

Conforme avanzan las negociaciones, se evalúa de manera continua el riesgo asociado a la relación, considerando aspectos como la moralidad, las creencias y la política social y empresarial de las partes involucradas. Este análisis genera un estado en el que los riesgos de incumplimiento disminuyen, puesto que se empieza a creer en la persona, incluso si esta es una entidad jurídica representada por funcionarios.

Posteriormente, se realiza una valoración denominada inteligente, en la que se evalúa principalmente el riesgo económico de las pérdidas. En esta fase, ya no se considera la solución a problemas rutinarios, sino aspectos más concretos que permiten depositar la confianza.

Finalmente, se llega a una valoración afectiva, donde se continúa confiando en la persona jurídica o natural a pesar de que existan elementos claros que justificarían la pérdida de esa confianza. En este caso, el análisis es más emocional que económico o racional. No obstante, es importante considerar que las empresas están compuestas por personas, y en

Colombia muchas de ellas son familiares. Por lo tanto, la confianza adquirida en este nivel afectivo adquiere una relevancia especial.

Por este motivo, el juez debe analizar la confianza desde una perspectiva más amplia y diferenciada. No debe limitarse a aplicar la teoría clásica aceptada por la Corte Suprema de Justicia. El análisis debe ir más allá de los principios tradicionales y reflejar la verdadera práctica organizacional y comercial. Es necesario que los jueces comprendan este fenómeno como una herramienta fundamental para consolidar relaciones contractuales legítimas, sostenibles y duraderas, facilitando el éxito y la construcción de acuerdos basados en la transparencia y la ética.

En este sentido, el juez debe actuar no solo como administrador de justicia, sino también como un agente del mercado. Si alguno de los interesados ha generado confianza a través de medios irregulares, antiéticos o inmorales, debe ser sancionado. No es aceptable que se asuma una incertidumbre perpetua sobre el resultado de la relación cuando la confianza se ha forjado de manera irregular.

En tales casos, el juez debe ser firme, ya que la inmoralidad que originó la confianza fue la que llevó a la otra parte a valorar el riesgo de manera diferente. Si se hubiera conocido la verdad en su momento, probablemente no se habría depositado la confianza en la contraparte. En estas situaciones, se debe enaltecer el funcionamiento de los mercados, garantizando un comercio ético, justo, equitativo y, sobre todo, una verdadera justicia material en las relaciones comerciales.

Ahora bien, este escrito también busca que, al momento de analizar casos en el proceso precontractual, específicamente en la etapa de las tratativas precontractuales, se distinga entre la buena fe y la libertad de contratación dentro de las formas de retirarse de la mesa de negociación para proteger los intereses económicos de las partes.

En lo que respecta a la libertad de contratación, la obligación de proporcionar explicaciones razonables permite cumplir con el principio de buena fe. Por lo tanto, en caso de incumplimiento, el interesado que se retire de la mesa de negociaciones debe indemnizar a la parte afectada por los perjuicios que su conducta haya ocasionado.

Esta teoría se aplica actualmente en Colombia; sin embargo, lamentablemente, la rama judicial no ha centrado sus decisiones en otorgar una relevancia principal al principio de la libertad de contratar, limitándose en gran medida a la aplicación del principio de buena fe.

En opinión de la autora, esto resulta problemático, ya que, si bien ambos principios operan en conjunto o se complementan, no deben considerarse sinónimos. Por el contrario, poseen una importancia histórica, jurídica y comercial diferente. En consecuencia, es necesario que, en el análisis de casos, no se interpreten conjuntamente los principios de libertad de contratar y buena fe. De ser procedente, según el caso en cuestión, debería prevalecer la facultad que tienen las partes de contratar o no, y el juez, por tanto, debería evaluar las decisiones de interrupción de las negociaciones y las "explicaciones" desde una perspectiva más amplia que no se limite únicamente al principio de buena fe.

Este enfoque más amplio debe incluir una consideración económica, puesto que en numerosas ocasiones, las decisiones de no contratar se basan en factores financieros complejos que los interesados, por diversas razones, no siempre pueden o desean explicar, ya sea por el riesgo financiero que ello implica o por la dificultad de transmitir estas justificaciones de manera adecuada. Por lo tanto, se debe proporcionar un margen adecuado para que el juez tenga acceso a esta información, respetando la privacidad necesaria.

La autora no pretende que las partes se retiren de las negociaciones sin proporcionar justificación alguna; sin embargo, hace un llamado respetuoso a los jueces para que comprendan que, en muchas ocasiones, los interesados no pueden ofrecer justificaciones detalladas por razones económicas o por secretos empresariales, y que, por ende, no se debe sancionar de manera excesiva las explicaciones financieras insuficientes.

Asimismo, el juez debe analizar si las partes interesadas en la formación del contrato negociaron sobre las contingencias y si se trataba de un proyecto de contrato completo o incompleto. A partir de esta evaluación, se podrá determinar si procede la indemnización, la cual no estaría basada en la mala fe, sino en el principio de libertad de contratación.

Kornhauser (2004) sugiere que el análisis económico del Derecho no debe centrarse únicamente en disuadir el incumplimiento, sino también en determinar la cantidad óptima de disuasión que debe aplicarse para evitar comportamientos estratégicos que perjudiquen a la otra parte. En sus palabras: "Eficiencia, y por tanto, si la ganancia de una de las partes en caso de incumplir es superior a la pérdida que tendría la otra, esa parte no debería ser obligada a cumplir." Aclarando además que, "para el análisis económico del derecho, el problema no es si el sistema de daños debe disuadir el incumplimiento o no, sino cuál es la cantidad óptima de disuasión y cuáles son las acciones que inducen ese nivel." (Kornhauser, 2004)

Este enfoque permite que la decisión de indemnizar no se base únicamente en la mala fe de las partes, sino también en un análisis más complejo de la eficiencia del mercado y las expectativas razonables de los interesados. En este sentido, el análisis económico del Derecho facilita el establecimiento de un equilibrio entre la libertad de contratar y la protección de los derechos e intereses de las partes.

A partir de lo expuesto, se considera que, al momento de declarar procedente la indemnización por la vulneración del principio de libertad de contratación, el juez debería fundamentar su decisión no en la mala fe, sino en un análisis relativo a costos, optimización y eficiencia del negocio. Este análisis será distinto si se trata de un contrato completo o incompleto

5.1.4. Tratos previos

Durante la etapa precontractual, los tratantes pueden generar obligaciones que van más allá de las conductas generales de buena fe, información y apariencia. En efecto, en el transcurso de las negociaciones, y con el objetivo de formalizar un contrato, las partes pueden comprometerse a llevar a cabo acciones específicas que implican obligaciones de hacer, no hacer o dar.

Así, se encuentran, por ejemplo:

Obligación de no hacer: Una parte se obliga a mantener la exclusividad durante un período determinado, absteniéndose de prestar ciertos servicios a terceros.

Obligación de hacer: Una parte se compromete a elaborar y entregar informes técnicos sobre el objeto del contrato, estudios que pueden tener o no un valor previamente acordado.

Obligación de dar: Una parte se compromete a entregar información técnica o recursos para el estudio de viabilidad del contrato.

En tales casos, surge el principio *solus consensus obligat*, que postula que la voluntad de las partes es suficiente para generar derechos y obligaciones contractuales (López Santa María, 2005). Por consiguiente, aunque se encuentren en la fase precontractual, los tratantes ya tienen un contrato o varios en curso.

Por lo tanto, en caso de incumplimiento de estas obligaciones específicas, no es procedente alegar la *culpa in contrahendo*, sino la responsabilidad civil contractual. Es importante recordar que la *culpa in contrahendo* se refiere a la conducta indebida durante las negociaciones previas al contrato, mientras que la responsabilidad contractual se basa en el incumplimiento de una obligación ya existente.

En este sentido, resulta crucial establecer una distinción clara entre las tratativas precontractuales y los tratos previos. Si bien la doctrina nacional y la jurisprudencia a menudo los consideran sinónimos o los agrupan bajo la categoría de 'responsabilidad precontractual', esta confusión puede acarrear graves consecuencias al resolver un proceso judicial.

En consecuencia, es fundamental que tanto las partes como los administradores del proceso comprendan las diferencias entre las tratativas precontractuales y los tratos previos, ya que las conductas, los principios, las obligaciones y la responsabilidad asociada son completamente distintas en cada caso.

La diferencia práctica radica en que, en el proceso hacia la formalización de un contrato de alta complejidad, pueden surgir acuerdos intermedios, conocidos como tratos previos. Estos tratos, aunque generan obligaciones específicas, son de naturaleza contractual, a diferencia de las tratativas precontractuales, que son previas a la formación de cualquier vínculo contractual específico.

En este contexto, la doctrina nacional ha identificado diversas figuras contractuales que pueden surgir durante este proceso y, por tanto, constituyen tratos previos. Entre las opciones clásicas, se encuentran las siguientes:

5.1.4.1. *La promesa de contrato:*

Su origen se remonta a la antigua Roma, donde no estaba regulada de la misma manera que los contratos verbales, reales o consensuales, y se interpretaba a través de la figura de la *stipulatio*, un contrato verbal y unilateral en el que el futuro acreedor interrogaba al futuro deudor para asegurar la realización de dicho contrato (Vargas-Chaves, 2014).

En Colombia, la figura de la promesa de contrato ha sido objeto de diversos análisis sobre su importancia y utilidad, especialmente durante las etapas de recepción y asimilación del derecho de tradición jurídica romanista en Colombia (Betancourt-Serna & Vargas-Chaves, 2007). Inicialmente, se implementó mediante el artículo 1620 del Código Civil de la Unión de 1886; sin embargo, posteriormente fue excluida del ordenamiento jurídico al considerarse inaplicable e innecesaria.

Curiosamente, esta teoría solo se aplicó durante unos meses, ya que, con la promulgación del artículo 89 de la Ley 153 de 1887, la figura de la promesa de contrato recuperó plena vigencia e importancia en el sistema legal colombiano, normativa que sigue vigente hasta la fecha.

Este contrato tiene una finalidad económica particular, puesto que su propósito es garantizar la celebración de un contrato posterior, cuando no es posible hacerlo de manera inmediata debido a razones de hecho o de derecho. De este modo, la promesa de contrato se convierte en el medio para asegurar la realización de un negocio jurídico diferente, funcionando como un acuerdo preparatorio o una orden, el cual tiene que constar por escrito como requisito *ad solemnitatem*.

Tal como se explicó al inicio de este subapartado, en el proceso de negociación entre las partes pueden surgir obligaciones de hacer, y la promesa de contrato es un claro ejemplo de ello, dado que las partes se obligan a celebrar un negocio jurídico una vez se cumpla el

plazo o la condición estipulada. Por tanto, se trata de un acuerdo de voluntades consensual, bilateral, principal, oneroso, nominado, de libre discusión, provisional y transitorio.

5.1.4.2. La opción:

Este contrato también se considera un contrato preparatorio, en el que una persona asume la obligación de cumplir con un compromiso, lo que se interpreta como una promesa unilateral de contrato. Debido a la complejidad para encontrar una definición normativa precisa, es necesario recurrir a la doctrina. Según esta, el acuerdo de voluntades se entiende como un contrato en el que una de las partes, denominada concedente, se compromete a presentar a la otra parte, llamada optante, una oferta irrevocable para celebrar un contrato definitivo en el futuro.

La ejecución de dicho contrato dependerá de la facultad exclusiva del optante para manifestar su intención de aceptarlo, lo cual deberá hacerse dentro del plazo acordado para su respuesta. En caso de no haberse establecido un plazo, la aceptación deberá ocurrir una vez que se cumpla la condición previamente acordada (Lisandro Peña Nossa, Contratos Empresariales Nacionales e Internacionales, 7ª edición, ECOE Ediciones, 2022).

Adicionalmente, la jurisprudencia arbitral ha interpretado la opción como una manifestación unilateral de voluntad, en la que una persona ofrece a otra la posibilidad de preferirla para la celebración de un contrato futuro, cuyos términos están claramente definidos.

El oferente queda obligado a cumplir con las condiciones propuestas hasta la fecha acordada o hasta que se cumpla la condición establecida. Mientras tanto, el destinatario se compromete a aceptar esos términos mediante una simple aceptación o cumpliendo con las condiciones acordadas.

Así, se configura una relación obligacional que afecta únicamente al oferente desde el momento en que realiza la oferta, y a los destinatarios, quienes quedan comprometidos al aceptar la oferta de la manera adecuada. En consecuencia, esta obligación comienza de forma unilateral con la oferta y se convierte en bilateral o plurilateral con la aceptación (Laudo

arbitral José María Gómez y Constanza Fernández de Gómez vs. Centro Comercial y de Negocios Andino, 2008).

Las definiciones existentes permiten establecer la finalidad económica de este contrato, cuyo propósito es garantizar la futura celebración de un contrato definitivo. Se caracteriza, además, por el hecho de que únicamente obliga al concedente a celebrar el contrato futuro, siempre y cuando el optante decida hacerlo, de acuerdo con su libertad de contratación y el principio de autonomía de la voluntad. En otras palabras, la obligación principal del contrato de opción recae sobre el concedente, quien se compromete a cumplir el contrato prometido, pero solo si el optante decide contratar.

Por todo lo anterior, este contrato se considera consensual, ya que el concedente expresa su voluntad ofreciendo al optante una propuesta limitada en el tiempo, que consiste en la celebración de un contrato futuro y definitivo. Por su parte, el optante se compromete a pronunciarse sobre la oferta dentro del plazo pactado o una vez que se cumpla la condición acordada, lo que determina que se trate de un contrato temporal.

En este sentido, son requisitos para la validez de la opción, de conformidad con el artículo 23 de la Ley 51 de 1998. Estos requisitos son los siguientes:

1. Debe existir un pacto claro entre las partes, en el que se identifique plenamente al beneficiario de la opción, distinguiéndose así de otros actos como una oferta o una licitación.
2. La prestación ofrecida y su objeto deben estar definidos de manera precisa.
3. El contratante debe gozar de plena libertad para aceptar o rechazar el negocio jurídico.
4. La contraprestación exigida y su objeto deben estar claramente establecidos.

No es necesario cumplir con requisitos de solemnidad para su validez.

El plazo o la condición deben especificarse, siendo necesario determinar el tiempo dentro del cual el negocio jurídico se perfeccionará. En caso de que las partes no hayan acordado un plazo, la ley establece un término de un año para el cumplimiento de la condición.

El oferente está obligado a mantener los términos de la promesa durante el plazo acordado, ya sea de manera convencional o legal (Laudo arbitral de Falcom Farms de Colombia S.A. vs Inversiones R A Rivera Sierra y Cía S. en C.).

Resulta crucial que el lector no confunda la opción con la promesa, ya que se trata de negocios jurídicos fundamentalmente distintos.

En efecto, en la promesa de contrato, ambas partes asumen obligaciones recíprocas, comprometiéndose a celebrar el contrato una vez se cumpla el plazo o la condición pactada. Según lo dispuesto en la Ley 1996, la finalidad de la promesa es fijar el momento en que se celebrará el contrato prometido, y debe constar por escrito como requisito de solemnidad (Bonivento, F. (2017). Los principales contratos civiles y su paralelo con los comerciales (20.^a ed.). Librería Ediciones del Profesional.).

Por otro lado, en el contrato de opción, el promitente se compromete a mantener su oferta bajo las condiciones o plazos acordados, quedando a merced del beneficiario la decisión de celebrar el contrato prometido. Este tipo de contrato es consensual, por lo que no requiere constar por escrito. La temporalidad está establecida por el artículo 23 de la Ley 51 de 1918, y su objetivo es especificar el plazo dentro del cual la parte a quien se le concede la opción debe expresar su voluntad de aceptarla o rechazarla.

Una diferencia clave radica en que, mientras en la promesa de contrato ambas partes adquieren un compromiso bilateral, en la opción solo existe una promesa unilateral por parte del concedente.

En definitiva, tanto la opción como la promesa de contrato desempeñan un papel crucial dentro del ámbito contractual; sin embargo, sus diferencias estructurales y operativas son fundamentales para comprender su aplicación en el derecho contractual colombiano, distinguiéndose principalmente por las obligaciones y las condiciones que establecen para las partes involucradas.

5.1.4.3. La oferta

La palabra "oferta" tiene su origen en el latín *offere*, que significa "ofrecer". Curiosamente, su raíz se encuentra en el derecho germánico, donde se permitía generar una

oferta a favor de un tercero aún no identificado. De manera similar, se puede realizar una promesa de recompensa, entendida como un premio o gratificación para aquella persona indeterminada que lleve a cabo una acción específica (Lisandro Peña Nossa, Contratos Empresariales Nacionales e Internacionales, 7ª edición, ECOE Ediciones, 2022).

Este contrato se configura como un acto jurídico unilateral mediante el cual una persona, conocida como oferente, comunica a otra, denominada destinatario, una propuesta para la celebración de un negocio jurídico. Para que sea válida, la oferta debe contener los elementos esenciales del contrato propuesto. Si el destinatario la acepta, se configura el acuerdo de voluntades, dando lugar a la creación del contrato prometido.

La jurisprudencia ha definido la oferta como una propuesta seria realizada, por una parte, la cual se pone en conocimiento de la otra u otras con el propósito de alcanzar un acuerdo para llevar a cabo un proyecto debidamente estructurado (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 16 de julio de 2018, SC 2775-2018, MP Octavio Augusto Tejeiro Duque).

La función económica de este contrato es fundamental, ya que es una de las figuras más empleadas por los comerciantes para dar a conocer al público sus productos y servicios. Esto facilita que cualquier interesado manifieste su conformidad con la propuesta y, en consecuencia, se adhiera a las condiciones de la oferta. A nivel internacional, la oferta se configura como una de las principales herramientas contractuales que proporciona estabilidad y rentabilidad a los empresarios.

Este contrato se caracteriza por desarrollarse en dos etapas: la oferta y la aceptación. Al referirnos a la oferta, es importante resaltar que deben cumplirse ciertos requisitos para que adquiera validez en el ámbito jurídico.

En primer lugar, la oferta debe contener los elementos esenciales del contrato proyectado, tales como capacidad, consentimiento, objeto y causa lícita. Además, debe ser comunicada al destinatario a través de medios adecuados, conforme a lo establecido en el artículo 845 del Código de Comercio. Asimismo, la oferta es obligatoria, por lo cual el

oferente debe tener la intención de quedar vinculado si la oferta es aceptada (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Expediente 5716 de 2001).

De igual manera, la oferta es independiente de la persona que la realiza, lo que significa que permanece vigente para el oferente, incluso si este pierde su capacidad posteriormente. La oferta debe ser completa, pues debe contener al menos los elementos esenciales del negocio; de lo contrario, no se podrá generar otro contrato hasta que el destinatario manifieste su aceptación o rechazo de manera pura y simple. Si el destinatario introduce modificaciones o adiciones a su aceptación, ello constituiría una nueva oferta.

En cuanto a la caducidad de la oferta, esta depende de varios factores: si se ha realizado una aceptación condicional o extemporánea, si se ha rechazado expresamente, si ha expirado el término de aceptación o si el oferente fallece o pierde su capacidad; en todos estos casos, la oferta pierde su vigencia.

Ahora bien, al referirnos a la aceptación, se debe tener en cuenta que constituye un acto jurídico unilateral mediante el cual el destinatario comunica su intención de quedar obligado por la oferta dentro del plazo respectivo, utilizando un medio adecuado. Esta aceptación puede ser expresa o tácita; sin embargo, el silencio o la inacción del destinatario no pueden considerarse como una aceptación tácita (Corte Suprema de justicia, STC 15340 de 2018, MP. Margarita Cabello Blanco).

Es importante destacar que esta figura de tratos previos posee una característica especial: permite dar por terminada la fase de negociaciones precontractuales.

5.2. El consensualismo en las tratativas precontractuales.

Una vez analizada la etapa de tratativas precontractuales y los tratos previos, resulta importante examinar si es viable contemplar el consensualismo dentro de las tratativas precontractuales.

En el ámbito del derecho de los contratos, se introduce la figura del *solus consensus obligat*, un principio que postula que la voluntad de las partes, por sí misma, es suficiente

para generar derechos y obligaciones contractuales. Según Jorge López Santa María (2005), este principio se fundamenta en la idea de que la voluntad, de forma autosuficiente, es la fuente y medida de los acuerdos legales. Partiendo de esta premisa, el consenso se convierte en la base fundamental para la creación de los contratos, lo que hace que los requisitos formales sean en su mayoría innecesarios, salvo en aquellos casos en los que la ley o el acuerdo entre las partes lo exijan específicamente.

Este enfoque consensualista no implica la ausencia total de formas en los contratos. Si bien la voluntad de las partes es libre para manifestarse, siempre debe haber algún medio a través del cual esta voluntad se exteriorice. Tal como señala Raymond Saleilles (1901), para que una voluntad tenga efectos jurídicos, no basta con un acto interno de volición; es necesario que dicha voluntad se manifieste de alguna manera externa. De este modo, el principio del consensualismo puede definirse no como la eliminación de formas, sino como la libertad para elegir cómo manifestar dicha voluntad de acuerdo con las necesidades y deseos de las partes involucradas.

Sin embargo, el consensualismo no debe entenderse como un principio absoluto. Si se considera de manera rígida, podría llevar a una "espiritualización" del derecho, pues la voluntad, aislada de su manifestación externa, permanece como un acto psicológico incapaz de generar efectos jurídicos reales. La existencia de relaciones jurídicas requiere que las voluntades de las partes sean conocidas mutuamente, lo que solo es posible a través de medios de comunicación adecuados, dado que "la comunicación de conciencias" es impracticable en el ámbito jurídico (Rouxel, 1934).

Aunque algunos autores sostienen erróneamente que el principio consensualista implica la ausencia absoluta de cualquier forma de exteriorización, esta interpretación es incorrecta. La necesidad de una forma para la manifestación de la voluntad no contraviene el principio del consensualismo (Guerriero, 1975). En lugar de ser un simple acto formal, la exteriorización se considera un requisito fundamental para la existencia del contrato, que pertenece al ámbito de la esencia del acuerdo y no a sus formas superficiales (Guerriero, 1975).

Por lo tanto, el consenso se basa en un entendimiento más profundo del contrato: en primer lugar, en la voluntad interna de las partes, que refleja su deseo de celebrar el acuerdo, y en segundo lugar, en la necesidad de que esta voluntad se exteriorice mediante algún medio elegido libremente por las partes. Esta doble naturaleza de la voluntad es esencial para la formación de un contrato válido.

A pesar de las variaciones en la interpretación del principio del consensualismo, este sigue siendo un pilar central en el derecho de los contratos. La Corte Suprema de Justicia ha reafirmado la importancia de la consensualidad sobre las formas, explicando que un contrato se perfecciona cuando las partes acuerdan los elementos esenciales del mismo. No obstante, si el contrato requiere una forma específica, tal como lo establece el ordenamiento jurídico, se deberá cumplir con dicha formalidad para que el acuerdo sea válido (SC5185, 26 nov. 2021, rad. n.º 2013-00038-01).

En consecuencia, el principio del consensualismo se presenta como un elemento clave en la formación de contratos, otorgando a las partes la libertad de elegir la forma en que manifiestan su voluntad, sin que ello implique la desaparición de los requisitos formales establecidos por la ley. Este principio sigue siendo una parte fundamental del sistema jurídico contemporáneo, asegurando la flexibilidad y adaptabilidad en las relaciones contractuales, mientras preserva la necesidad de una correcta manifestación de la voluntad para que surta efectos jurídicos.

En el presente texto se analizan las tratativas precontractuales, una etapa que precede al nacimiento del contrato. Es importante destacar que, en este contexto específico, el principio de consensualidad no es aplicable por su propia naturaleza. Sin embargo, la autora considera necesario aclarar un aspecto esencial: si bien en la fase de tratativas precontractuales el principio de consensualidad no se encuentra en juego, en caso de que durante esta etapa se celebren acuerdos previos o se alcance la fase de oferta, la situación cambia. En tales casos, se configura un acuerdo de voluntades, y la consensualidad se convierte en el principio fundamental que da lugar al perfeccionamiento del negocio jurídico.

5.3 A manera de cierre: una propuesta de aproximación para una futura línea de investigación

La presente investigación se propuso analizar en profundidad la fase precontractual, desvelando su complejidad inherente y trascendencia en la formación del consentimiento y la eventual configuración de obligaciones jurídicas. A través de un examen detallado de la doctrina y la jurisprudencia colombiana, se evidenció una tensión entre los avances teóricos y la práctica administrativa y comercial, lo que a menudo dificulta una valoración precisa de las distintas subetapas del iter precontractual por parte de los administradores de justicia.

En respuesta a esta problemática, se presentó una propuesta de aproximación novedosa, estructurando el iter precontractual en nuevas fases y caracterizando cada una de ellas a partir del hecho originario, compuesto por las conductas, derechos y obligaciones de las partes, sustentado en principios contractuales fundamentales. Esta propuesta buscó trascender la visión tradicional de la fase precontractual como un mero intercambio de intenciones, destacando cómo, en diversas etapas, se configuran obligaciones específicas y se sientan las bases para la formalización del acuerdo de voluntades.

Se identificaron y analizaron en detalle conductas cruciales como la apariencia, la información y la confianza, subrayando la necesidad de una valoración individualizada por parte del juzgador, diferenciándolas de la mera aplicación del principio de buena fe. Asimismo, se examinó la relevancia de los tratos previos, distinguiéndolos de las tratativas precontractuales y resaltando su naturaleza contractual al generar obligaciones específicas como la promesa de contrato, la opción y la oferta. Finalmente, se abordó la inaplicabilidad inherente del principio de consensualismo a la etapa de tratativas, reconociendo su rol fundamental en la formación del consentimiento cuando surgen acuerdos previos.

Si bien la presente investigación ha logrado ofrecer una nueva perspectiva sobre el análisis del iter precontractual y las obligaciones que emergen en sus distintas fases, es importante reconocer que el estudio de la responsabilidad derivada de las conductas y los principios que rigen este periodo amerita una exploración aún más exhaustiva. Un análisis en profundidad de las diferentes modalidades de responsabilidad (contractual y

extracontractual) en cada una de las etapas propuestas, así como la delimitación precisa de los daños resarcibles y los criterios de imputación, excede el alcance del objetivo general planteado en esta investigación.

No obstante, esta línea de indagación se presenta como un campo fértil para futuras investigaciones. Un estudio dedicado específicamente a la responsabilidad en el iter precontractual, considerando las particularidades de cada fase y las conductas analizadas (apariencia, información, confianza y el incumplimiento de los tratos previos), podría ofrecer herramientas conceptuales y prácticas aún más robustas para los administradores de justicia y los operadores del derecho comercial. Dicha investigación podría explorar, entre otros aspectos, la graduación de la responsabilidad según la etapa del iter y la naturaleza de la obligación incumplida, así como la interacción entre los principios de buena fe, libertad de contratación y la teoría de la apariencia en la configuración de la responsabilidad precontractual.

En conclusión, la propuesta de análisis del iter precontractual presentada en este trabajo busca contribuir a una comprensión más rica y diferenciada de las dinámicas precontractuales en el derecho colombiano. Se espera que esta aproximación invite a una reflexión más profunda sobre las obligaciones y responsabilidades que surgen antes de la formalización del contrato, allanando el camino para futuras investigaciones que exploren con mayor detalle las implicaciones de la responsabilidad en este crucial periodo de la formación del acuerdo de voluntades.

Conclusiones

El análisis del iter precontractual objeto de este estudio destaca su función esencial como etapa preliminar indispensable en la formación de contratos, particularmente aquellos de mayor complejidad o significación económica y social. Proponemos una nueva aproximación que segmenta este proceso en fases diferenciadas: inicial (interna y externa), negociaciones propiamente dichas, y acuerdos preliminares (tratos previos como la promesa, opción u oferta). Esta segmentación facilita una comprensión más precisa de cómo evolucionan las obligaciones y las conductas de las partes.

Primero, la fase de negociaciones propiamente dichas se entiende como el período de deliberación entre partes con una intención seria de celebrar un contrato futuro. Su objetivo principal es definir con detalle los términos y condiciones del acuerdo (objeto, recursos, estrategias, plazos, precio, pagos, cláusulas relevantes). Esta etapa exploratoria permite a las partes evaluar la viabilidad y conveniencia del negocio y alinear sus intereses antes de asumir obligaciones jurídicamente vinculantes. Es relevante notar que las fases iniciales previas (interna y externa) ya sientan bases mediante conductas como la generación de apariencia, el intercambio de información o invitaciones a negociar.

Segundo, la fase de negociaciones propiamente dichas se caracteriza, en principio, por la ausencia de obligatoriedad contractual. Durante esta etapa, las partes conservan la libertad de retirarse en cualquier momento y, por regla general, este desistimiento no genera responsabilidad contractual. Esta libertad es clave para un diálogo abierto, permitiendo a las partes expresar sus expectativas sin temor a un incumplimiento prematuro. Sin embargo, es crucial recordar que pueden surgir obligaciones contractuales específicas tanto en las fases iniciales (derivadas de la apariencia o la información proporcionada) como, de manera particular, en la etapa de acuerdos preliminares (promesa, opción, oferta), donde la voluntad expresada ya puede generar vínculos jurídicamente exigibles.

Tercero, si bien la fase de negociaciones propiamente dichas no genera obligaciones contractuales formales, sí impone a las partes el deber de actuar con buena fe y diligencia. Esto implica la obligación de proporcionar información veraz y completa, no interrumpir las negociaciones de forma injustificada y preservar la confidencialidad de la información

sensible. El incumplimiento de estos deberes de conducta puede dar lugar a responsabilidad extracontractual, protegiendo así la confianza legítima depositada entre las partes. Como se analizó previamente, la vulneración de deberes asociados a conductas en las fases iniciales (apariencia, información, confianza) también puede generar este tipo de responsabilidad.

Cuarto, este análisis subraya que el principio de consensualidad, pilar del derecho contractual, no rige en la etapa de negociaciones propiamente dichas debido a su naturaleza preparatoria y exploratoria. No obstante, la situación jurídica cambia cuando, durante el iter precontractual, se celebran acuerdos preliminares específicos (promesa, opción) o se formula una oferta vinculante. En tales circunstancias, se configura un acuerdo de voluntades y la consensualidad emerge como el principio rector que conduce al perfeccionamiento del negocio. La manifestación de un consentimiento libre y sin vicios se convierte en el elemento esencial para la existencia y validez del contrato.

Finalmente, se debe precisar que el principio de consensualismo, aunque otorga flexibilidad en cómo las partes exteriorizan su voluntad una vez que existe un acuerdo, no elimina los requisitos formales que la ley establece para ciertos tipos de contratos. Por lo tanto, cuando la ley exige una forma particular para la validez de un contrato (p. ej., escritura pública), las partes deben cumplirla, incluso si han existido negociaciones previas y se ha alcanzado un consenso inicial sobre los términos.

En suma, el análisis del iter precontractual, segmentado en fases y con la identificación de conductas específicas (apariencia, información, confianza), revela la importancia crucial de este periodo en la formación de relaciones contractuales complejas. Esta exploración detallada permite comprender mejor la evolución de las obligaciones, desde meras expectativas hasta los vínculos contractuales firmes que surgen en los acuerdos preliminares. Aunque la fase central de negociación carece de obligatoriedad contractual formal, exige un comportamiento ético y diligente. La posterior aplicación del principio de consensualidad, al alcanzarse acuerdos o formularse ofertas, marca la transición hacia el contrato definitivo, sin perjuicio de las formalidades legales específicas que puedan ser requeridas.

En definitiva, comprender la dinámica y los principios que gobiernan el iter precontractual, analizando individualmente cada etapa y conducta, es fundamental para una gestión adecuada de los riesgos y oportunidades en la contratación contemporánea.

Referencias bibliográficas

- Alarcón-Peña, A., López-Oliva, J., & Vargas-Chaves, I. (2025). Constitución económica. Antecedentes y características de la constitución política de Colombia de 1991. Ediciones Nueva Jurídica.
- Aguad Deik, A., & Pizarro Wilson, C. (2010). Obligaciones y responsabilidad civil. *Revista Chilena de Derecho Privado*, 14, 169-178. <https://doi.org/10.4067/S0718-80722010000100006>
- Algis Ábrego, A. (2022). Responsabilidad civil por la anulación de contratos imperfectos. *Anuario de Derecho*, 50, 41-57. https://revistas.up.ac.pa/index.php/anuario_derecho/article/view/3022
- Alighieri, D. (2010). *Divina comedia*. Editorial Planeta.
- Alonso, M. (2020). La evolución de la relación yo-circunstancia en la obra de Ortega y Gasset. *Daimon Revista Internacional de Filosofía*, 80, 93-107. <https://doi.org/10.6018/daimon.326181>
- Antoniolli, L., & Veneziano, A. (2005). Principles of European contract law and Italian law. Kluwer Law International BV.
- Araujo Morales, C. J. (2022). La interpretación jurídica y los cánones interpretativos en el Derecho Civil Peruano. *Revista de Derecho*, 23(1), 77–107. <https://revistas.udep.edu.pe/derecho/article/view/3129>
- Ariely, D. (2016). The trust factory. *Dialogue Q2. Duke CE*. <https://bit.ly/3y9sLQ0>
- Arnau, F. (2009). Lecciones de derecho civil II: obligaciones y contratos. Universitat Jaime I.
- Asúa González, E. (1989). *La culpa “in contrahendo”*. Universidad del País Vasco.

- Baier, A. (1986). Trust and antitrust. *Ethics*, 96(2), 231-260. <https://doi.org/10.1086/292745>
- Baier, A. (2013). What is trust? En D. Archard, M. Deveaux, N. Manson, & D. Weinstock (Eds.), *Reading Onora O'Neill* (pp. 175-185). Routledge.
- Ballesteros, J. (1999). *Las condiciones generales de los contratos y el principio de la autonomía de la voluntad*. José María Bosch Editor.
- Barcia Lehmann, R. (1998). Los contratos desde la perspectiva del análisis económico del derecho. *Ius et praxis*, 4(2).
- Bastante Granell, J. (2016). *El principio de buena fe en el derecho romano y su influencia en el derecho moderno*. Editorial Jurídica.
- Betancourt-Serna, F., & Vargas-Chaves, I. (2007). D. Antonio José de Ayo [1767-1816] y la recepción del derecho romano en Colombia - Saec. XIII. *Estudios Socio-Jurídicos*, 9(1), 13-68. <https://revistas.urosario.edu.co/index.php/sociojuridicos/article/view/329>
- Bonet Ramón, J. (1948). *Derecho privado*. Ediciones Jurídicas.
- Borda, A. (2014). La buena fe en la etapa precontractual. *Vniversitas*, 129, 39-79. <https://doi.org/10.11144/Javeriana.VJ129.lbfe>
- Brebbia, R. (1983). *Responsabilidad precontractual*. Editorial Reus.
- Burton, S. (1984). Breach of contract and the common law duty to perform in good faith. *Rivista Critica del Diritto Privato*, 2, 1-35.
- Cabanillas Sánchez, A. C. (2012). La reforma del Derecho de los contratos en Francia. *Anuario de Derecho Civil*, 65(4), 1783-1794. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4548360>
- Cabrillac, R. (2016). El nuevo derecho francés de los contratos. *THEMIS Revista De Derecho*, 70, 59-66. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/19602>
- Castro de Cifuentes, M. (2019). Los contratos normativos y los contratos marco en el derecho privado contemporáneo. *Estudios Socio-Jurídicos*, 21(1), 121-150. <https://doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/sociojuridicos/a.6977>

- Chinchilla Imbett, C. A. (2011). El deber de información contractual y sus límites. *Revista de Derecho Privado*, 25, 1-21.
<https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/2992/3432>
- Cicerón. (46 a.C.). *De officiis*.
- Cicerón. (51 a.C.). *De re publica*.
- Cifuentes Muñoz, E. (1992). La buena fe en el derecho. *Revista de Derecho Privado*, 12, 45-67.
<https://repositorio.uniandes.edu.co/bitstreams/7640dea7-9e95-4343-af4c-be48f87569a3/download>
- Corrales, C. F. (1996). *Derecho y economía: Una aproximación al análisis económico del derecho*. Universidad de Extremadura.
- De Carvalho Leal, V., Teixeira-Esteves, J., Montesinos-Padilha, C., Vargas-Chaves, I., & Uscanga-Barradas, A. (2018). *Conflitos e novos desafios do direito: Política, meio ambiente e novas tecnologias*. Editora RTM / Universidade Federal de Pernambuco
- De la Maza Gazmuri, I., Wilson, C. P., & Olivares, Á. V. (2017). *Los principios latinoamericanos de derecho de los contratos*. Vol. 13. BOE.
- De los Mozos, J. L. (1965). *El principio de la buena fe*. Editorial Bosch.
- De los Mozos, J. L. (1965). *El principio de la buena fe. Sus aplicaciones prácticas en Derecho civil español*. Bosch.
- Dietz, G., & Den Hartog, D. N. (2006). Measuring trust inside organisations. *Personnel Review*, 35(5), 557-588. <https://doi.org/10.1108/00483480610682299>
- Díez-Picazo, L. (2006). Contratos de consumo y derecho de contratos. *Anuario de derecho civil*, (1), 11-28.
- Díez-Picazo, L., & Gullón, A. (2004). *Sistema de Derecho Civil* (Vol. I). Editorial Tecnos.
- Domínguez Guillén, M. C. (2017). *Curso de Derecho Civil III: Obligaciones*. Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia, C.A., Caracas.

- Ebers, M. (2023). Obligaciones, contratos y protección del consumidor en el derecho de la Unión Europea y los Estados Miembros. Ediciones Olejnik.
- Falzea, A. (1997). El principio jurídico de la apariencia [«Apparenza»]. En *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica, II, Dogmatica giuridica* (pp. 809-856). Giuffrè. (Traducción de L. L. Leysser).
- Fandiño, M. B. (2013). Deber de coherencia en el derecho colombiano de los contratos. Editorial Pontificia Universidad Javeriana.
- Farnsworth, E. (1987). Precontractual liability and preliminary agreements: Fair dealing and failed negotiations. *Columbia Law Review*, 87, 242-243. https://scholarship.law.columbia.edu/faculty_scholarship/338/
- Fayos Gardo, A. (2018). Derecho civil: manual de derecho de obligaciones y contratos. Torrossa.
- Febbrajo, T. (2016). Good faith and pre-contractual liability in Italy: Recent developments in the interpretation of article 1337 of the Italian Civil Code. *Italian LJ*, 2, 291.
- Fernández de Buján, J. (2010). *La evolución del concepto de buena fe en el derecho romano y su proyección en los sistemas jurídicos contemporáneos*. Editorial Derecho.
- Fernández Rozas, J. C. (2005). El Derecho de los contratos en el marco de la unificación jurídica del Derecho privado de la Unión Europea. Universidad Complutense de Madrid.
- Ferrante, A. (2016). ¿Quimera o Fénix? El recorrido europeo y latinoamericano hacia un derecho común de contratos. *Revista de Derecho Privado*, (30), 107-127.
- Ferri, L. (1969). *La autonomía de la voluntad en el derecho privado*. Editorial Jurídica.
- Fischer, S., Hyder, S., & Walker, A. (2020). The effect of employee affective and cognitive trust in leadership on organisational citizenship behaviour and organisational commitment: Meta-analytic findings and implications for trust research. *Australian Journal of Management*, 45(4), 662-679. <https://doi.org/10.1177/0312896219899450>

- Florentín Candia, C. R., & González Mendoza, C. C. (2021). La buena fe en las diversas etapas del contrato. *Revista Jurídica de la Universidad Americana*, 9(1), 9-18. <https://revistacientifica.uamericana.edu.py/index.php/revistajuridicaua/article/view/586>
- Fueyo Laneri, F. (1990). *Instituciones de Derecho Civil moderno*. Editorial Jurídica de Chile.
- Geldrés Campos, R. (2017). La responsabilidad precontractual. *Gaceta Civil y Procesal Civil*, 47.
- Ghestin, J. (1983). *Conformité et garanties dans la vente*. L.G.D.J.
- Guerriero, M.-A. (1975). *L'acte juridique solennel*. Thèse, Toulouse.
- Guillén, M. (2006). *Ética en las organizaciones: construyendo confianza*. Pearson Educación.
- Hansson, S. (2007). Philosophical problems in cost-benefit analysis. *Economics & Philosophy*, 23(2), 163-183. <https://doi.org/10.1017/S0266267107001356>
- Herrera, F. (2015). Elementos para una teoría de la formación del contrato privado contemporáneo – paritario y adhesivo. *Universidad Nacional de Colombia*.
- Hervias, R. M. (2013). Los contratos con deberes de protección: a propósito de la vinculación entre el derecho constitucional y el derecho civil. *Derecho PUCP: Revista de la Facultad de Derecho*, (71), 53-75.
- Hinestrosa, F. (1986). *Función, límites y cargas de la autonomía privada*. Editorial Externado.
- Hinestrosa, F. (2014). *La autonomía de la voluntad: un análisis crítico*. Editorial Universidad Externado.
- Hirsch, L. (2009). Introducción a la teoría general de la apariencia jurídica. *Revista del Notariado*, 112(896), 119-137. <https://www.colegio-escribanos.org.ar/biblioteca/cgi-bin/ESCR/ARTICULOS/28750.pdf>
- Isidoro de Sevilla. *Etimologías* (625).

- Ithurria, M. (2021). Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos: ¿Dónde está lo latinoamericano? *Latin American Legal Studies*, 9, 295-304. <http://dx.doi.org/10.15691/0719-9112Vol9a8>
- Jaimes Amoroch, H., Bravo Chadid, S. A., Cortina Ricardo, A. K., Pacheco Ruiz, C. M., & Quiñones Alean, M. G. (2010). Planeación estratégica de largo plazo, una necesidad de corto plazo / Long term strategic planning, a need of short term. *Revista científica Pensamiento y Gestión*, 26. <https://rcientificas.uninorte.edu.co/index.php/pensamiento/article/view/877>
- Jones, K. (1996). Trust as an affective attitude. *Ethics*, 107(1), 4-25. <https://doi.org/10.1086/233694>
- Jones, K. (2012). Trustworthiness. *Ethics*, 123(1), 61-85. <https://doi.org/10.1086/667838>
- Jones, K. (2019). Trust, distrust, and affective looping. *Philosophical Studies*, 176(4), 955-968. <https://doi.org/10.1007/s11098-018-1221-5>
- Karhapää, S. J., & Savolainen, T. I. (2020). Trust development processes in intra-organisational relationships: A multi-level permeation of trust in a merging university. En A. Fulmer & K. Dirks (Eds.), *Multilevel Trust in Organizations* (pp. 30-55). Routledge.
- Kornhauser, L. A. (2004). *Elementos de análisis económico del derecho*. Rubinzal - Culzoni.
- Kramer, R. (1999). Trust and distrust in organizations: Emerging perspectives, enduring questions. *Annual Review of Psychology*, 50(1), 569-598. <https://doi.org/10.1146/annurev.psych.50.1.569>
- Landaria Caldentey, J. L. (1952). *Legitimación y apariencia jurídica*. Bosch.
- Larroumet, C., & Guerrero, J. (1993). Teoría general del contrato. Temis.
- León L. (2006). Actualidad de Jhering. La responsabilidad por el daño a la confianza en haber celebrado un contrato regular. *Derecho & Sociedad*, (26), 287-301.

- León, L. (2004). La buena fe en la negociación de los contratos: apuntes comparatísticos sobre el artículo 1362 del código civil peruano y su presunto papel como fundamento de la responsabilidad precontractual. *Themis Revista de Derecho*, (49), 127-152.
- Londoño Londoño, A. I. (2023). Alcance jurídico y conceptual de la aplicación del principio pro-consumidor en Colombia. *Revista e-mercatoria*, 22(1), 33-72. <https://doi.org/10.18601/16923960.v22n1.02>
- López Mesa, M. (2018). *Doctrina de los actos propios*. Editorial Hammurabi.
- López Santa María, J. (2005). *Los contratos. Parte general*. Santiago: Editorial Jurídica Chile.
- López-Oliva, J., Alarcón-Peña, A., & Vargas-Chaves, I. (2024). *La constitucionalización de los derechos de la responsabilidad civil contractual y de los seguros de vida en Colombia*. Ediciones Nueva Jurídica
- Luhmann, N. (2000). Familiarity, Confidence, Trust: Problems and Alternatives. En D. Gambetta (Ed.), *Trust: Making and Breaking Cooperative Relations* (pp. 94-107). University of Oxford.
- Luján, J. L., & Echeverría, J. (2004). *Gobernar los riesgos. Ciencia y valores en la sociedad del riesgo*. Ciencia nueva, Organización de Estados Iberoamericanos.
- Marín Narros, H. D. (2012). Las invitaciones a negociar. *Revista de Derecho de la UNED (RDUNED)*, (10). <https://doi.org/10.5944/rduned.10.2012.11102>
- Martínez-Pacheco, B., Vargas-Chaves, I., & Salgado-Figueroa, E. (2018) El contrato de transferencia de tecnología: Caracterización e importancia estratégica. *Revista Brasileira de Direito*, 14(2), 22-39. <https://doi.org/10.18256/2238-0604.2018.v4i2.2942>
- Mayer, R. C., Davis, J. H., & Schoorman, F. D. (1995). An integrative model of organizational trust. *The Academy of Management Review*, 20(3), 709-734. <https://doi.org/10.5465/amr.1995.9508080335>

- Mayer, R. C., Davis, J. H., & Schoorman, F. D. (1995). An integrative model of organizational trust. *The Academy of Management Review*, 20(3), 709-734. <https://doi.org/10.5465/amr.1995.9508080335>
- McAllister, D. J. (1995). Affect-and cognition-based trust as foundations for interpersonal cooperation in organizations. *Academy of Management Journal*, 38(1), 24-59. <https://doi.org/10.5465/256727>
- Melich Orsini, J. (1999). *La interpretación de los contratos*. Universidad Central de Caracas, *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso XX*, Valparaíso, Chile.
- Meruzzi, G. (2002). *La Trattativa maliziosa*. Casa Editrice Dott Antonio Milani.
- Molina Quiroga, E. (2005, mayo 9). *Libre albedrío, contratos informáticos y buena fe* (Ed. IV, Primavera). Revista Urbe et Ivs. <https://urbeetius.org/wp-content/uploads/2018/07/URBE-Eduardo-Molina-Quiroga-min.pdf>
- Momberg Uribe, R. (2015). La reforma al Derecho de Obligaciones y Contratos en Francia: Un análisis preliminar. *Revista chilena de derecho privado*, (24), 121-142.
- Momberg, R. (2018). Los principios latinoamericanos de derecho de los contratos: naturaleza, fines y proyecciones. *Latin American Legal Studies*, 2, 51-66.
- Mosset Iturraspe, J., & Piedecabras, M. A. (2006). *Responsabilidad civil y contratos: responsabilidad precontractual* (1st ed.). Rubinzal - Culzoni editores.
- Moyano, P. (2017). *El principio de buena fe en el derecho medieval y moderno*. Editorial Jurídica.
- Munar, P. (2009). *Formación del contrato. Derecho de las obligaciones. Tomo I*. Temis.
- Navarro Mendizábal, I. A. (2022). *Derecho de obligaciones y contratos*. Thomson Reuters (Cizur Menor, España).
- Neme Villarreal, M. L. (2006). El principio de buena fe en materia contractual en el sistema jurídico colombiano. *Revista de Derecho Privado*, 11, 1-20.

Parragués Ruiz, L. S. (2015). La responsabilidad precontractual por ruptura de las tratativas preliminares. *Iuris Dictio*, 14(16).
<https://revistas.usfq.edu.ec/index.php/iurisdictio/article/view/734>

Pizarro Wilson, C. (2012). El derecho de los contratos en Latinoamérica:(bases para unos principios de derecho de los contratos). U. Externado de Colombia.

Pugliatti, G. (1957). *La trascrizione*. Milán.

Real Academia Española. (2024). Apariencia. En *Diccionario de la lengua española* (23.^a ed.).

República Bolivariana de Venezuela, Código Civil, 1982

República Bolivariana de Venezuela, Código de Procedimiento Civil, 1990.

República de Colombia, Código Civil, Ley 57 de 1887

República de Colombia, Código de Comercio.

República de Colombia, Constitución Política, 1991.

República de Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-1194-08.

República de Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-602 de 2016.

República de Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-475/92.

República de Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-578 de 1993.

República de Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-729 de 2002

República de Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 2 de febrero de 2001. Expediente: 5670.

República de Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sentencia de 13 de diciembre del 2001

República de Colombia, Corte Suprema de Justicia. Sentencia de 30 de agosto de 2011, Exp. 11001-3103-012-1999-01957-01.

República de Colombia, Corte Suprema de Justicia. Sentencia de 4 de abril del 2001

República de Colombia, Ley 178 de 1994.

República de Colombia, Ley 256 de 1996.

República de Perú, Código Civil, Decreto Legislativo N° 295, 1984.

Rosas Atarama, L. L. (2020). Análisis del régimen de responsabilidad civil aplicable a los daños ocasionados durante la etapa de negociación contractual en el Perú (Trabajo de grado). Universidad César Vallejo.

Rouxel, R. (1934). *Recherche des principes généraux régissant l'évolution contemporain du formalisme des actes juridiques*. Thèse, Caen.

Salazar Revuelta, A. (2005). *El concepto de buena fe en el derecho romano y su aplicación en el derecho moderno*. Editorial Derecho.

Saleilles, R. (1901). *La déclaration de volonté*. París.

Salgado-Figueroa, E., Vargas-Chaves, I. & Acevedo-Caicedo, F. (2022). Los contratos de distribución y concesión comercial: Elementos de debate y caracterización en el derecho colombiano. *Saber, Ciencia y Libertad*, 17(2), 95-118. <https://doi.org/10.18041/2382-3240/saber.2022v17n2.9268>

Sánchez, P. D. (2012). El principio del consensualismo en el derecho de los contratos. *Derecho y Cambio Social*, 9(30), 8.

Sansón Rodríguez, R. (2001). *La buena fe en el derecho romano y su influencia en el derecho internacional privado*. Editorial Jurídica.

Schmidt, J. (1983). Preliminary agreements in international contract negotiation. *Hous. J. Int'l L.*, 6, 37.

Schwartz, A., & Scott, R. E. (2006). Precontractual liability and preliminary agreements. *Harv. L. Rev.*, 120, 661.

Silva-Ruiz, P. F. (2021). La buena fe en la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías. *Revista de Derecho PUCP*.

Spota, C. (1978). *Lecciones de derecho privado*. Editorial Universitaria.

- Stiglitz, R. S. (2013). El contrato por adhesión en el Proyecto de Código Civil y Comercial. *Revista Derecho Privado*, 2(4), 55.
<https://www.pensamientocivil.com.ar/system/files/2015/01/Doctrina414.pdf>
- Stiglitz, R. S., & Stiglitz, G. A. (1992). *Responsabilidad precontractual: Incumplimiento del deber de información*. Editorial Abeledo Perrot.
- Suescún Melo, D. (1995). *Teoría de los contratos*. Editorial Temis.
- UNIDROIT. (2016). *Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales*. Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado.
<https://www.unidroit.org/spanish/principles/contracts/>
- UNIDROIT. (2016). *Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales*. Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado.
<https://www.unidroit.org/spanish/principles/contracts/>
- Vargas-Chaves, I. & Alzate-Mora, D. (2017). El Derecho como un instrumento generacional y dinámico al servicio de la sociedad: un acercamiento desde la óptica Holmesiana. *In Vestigium Ire*, 11(1), 80-92.
<http://revistas.ustatunja.edu.co/index.php/ivestigium/article/view/1551>
- Vargas-Chaves, I. (2013). Elementos doctrinales para el estudio de la argumentación como eje del control judicial. *Prolegómenos. Derechos y Valores*, 16(32), 235-246.
<https://doi.org/10.18359/dere.774>
- Vargas-Chaves, I. (2014). Cinco reflexiones sobre la institucionalización de la palabra en el sistema contractual de Derecho romano. *Tlatemoani. Revista Académica de Investigación*, 16, 170-180.
<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7345929>
- Vargas-Chaves, I. (2015). Reflexiones sobre el contrato en el derecho colombiano. En M. Vaquero & A. Ávila (Eds). *Reflexiones sobre derecho privado patrimonial*. (pp. 317-336). Universidad de Salamanca.

- Vidal Olivares, Á. (2000). La construcción de la regla contractual en el derecho civil de los contratos. *Pro Jure Revista de Derecho-Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, (21).
- Vidal Olivares, Á. (2006). El efecto absoluto de los contratos. *Revista chilena de derecho privado*, (6), 51-85.
- Villarreal, M. L. (2007). El principio de buena fe en materia contractual en el sistema jurídico colombiano. *Revista de Derecho Privado*, 11, 116.
- Villarreal, M. L. (2019). *La buena fe como eje del proceso de integración e interpretación del contrato en el Código de Bello: Consonancia con la función social del contrato y con la tutela de los derechos fundamentales*. Universidad Externado de Colombia.
- Zusman, S. (2020). La buena fe contractual. *THEMIS, Revista de Derecho*, 51. <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5110795.pdf>