
La ruptura de la negociación: la potestad de retiro y los motivos que acompañan su ejercicio en el derecho privado*

SERGIO CARREÑO MENDOZA**

RESUMEN. La negociación es un proceso de recaudo e intercambio de información que les permite a las partes determinar la viabilidad de la operación y los términos más eficientes para contratar. Negociar no significa contratar, y cualquiera de las partes podrá retirarse de la negociación, siempre que se respeten los postulados de la buena fe. No obstante, cuando surge una situación de confianza se deberán examinar los motivos que acompañan la decisión. Cuando estos son razonables se mantiene la regla de la asunción de las inversiones propias y cada parte asumirá los costes del fracaso. Si se estiman caprichosos, cambia la regla y las inversiones deberán ser internalizadas por quien se retira. El presente artículo analiza aquellos motivos que podrían tenerse por válidos en una hipotética ruptura.

PALABRAS CLAVE: ruptura de la negociación, responsabilidad precontractual, buena fe, deberes precontractuales.

* Fecha de recepción: 4 de abril de 2018. Fecha de aceptación: 5 de noviembre de 2018.
Para citar el artículo: CARREÑO MENDOZA, S., “La ruptura de la negociación: la potestad de retiro y los motivos que acompañan su ejercicio en el derecho privado”, *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, n.º 36, enero-junio 2019, pp. 233-255, doi: <https://doi.org/10.18601/01234366.n36.08>

** Universitat Pompeu Fabra, Barcelona, España; doctorando, investigador predoctoral y profesor en formación. Abogado y magister en Responsabilidad Contractual y Extracontractual Civil y del Estado, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, Colombia. Contacto: sergio.carreno@upf.edu. Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-1102-756X>.

Breaking-off Negotiations: Examining Withdrawal and the Reasons for doing so in Private Law

ABSTRACT. Negotiation is mainly a process of collecting and exchanging information to determine whether an operation is desirable at all and what terms are best. Negotiation does not mean contracting, therefore the parties can freely withdraw from negotiation at any time before reaching an agreement, whenever they act in good faith. Where a reliance situation arises, however, reasons for the breaking-off matter. If they seem reasonable, each party bears their own investments, otherwise, the improper party must compensate investments carried out by the aggrieved one. This paper analyses certain reasons that could be acceptable in a hypothetical breaking-off.

KEYWORDS: Breaking-off Negotiations, Precontractual Liability, Good Faith, Precontractual Duties.

SUMARIO. Introducción. I. Deberes precontractuales. A. Deber de lealtad. B. Deber de diligencia. C. Deber de información. D. Deber de secreto. II. Supuestos en los que la ruptura podría estar justificada. A. Supuestos en los que la ruptura se produce como respuesta al actuar de la parte que en teoría se verá afectada por el abandono. 1. Ruptura de la negociación cuando la contraparte ha incumplido los deberes precontractuales. 2. Conocimiento de información relevante que no fue revelada en su momento por quien estaba obligado a hacerlo. B. Supuestos en los que media un hecho sobreviniente que afecta la continuidad del proceso o pone en entredicho la conveniencia de la operación. 1. Ilícitud sobrevenida del objeto o la causa del futuro negocio. 2. Incapacidad sobrevenida de uno de los negociantes. 3. Propuestas competidoras que reportan mayor beneficio para el destinatario. 4. Cambios en las condiciones económicas o del mercado que desaconsejan la operación. 5. Fuerza mayor o caso fortuito. C. Supuestos en los que razonablemente se pueden inferir las escasas posibilidades de éxito atendiendo a los pocos avances de la negociación o a la divergencia manifiesta entre las partes. 1. Si existe un disenso entre las partes que hace improbable la consecución de un acuerdo. 2. Por decisión conjunta de las partes. Conclusiones. Referencias.

Introducción

La negociación es, ante todo, un proceso de recaudo e intercambio de información que les permite a las partes determinar la viabilidad de la operación y los términos más eficientes para contratar¹. Negociar no significa contratar, y cualquiera de las

1 KATZ, A., "When Should an Offer Stick? The Economics of Promissory Estoppel in Preliminary Negotiations", *The Yale Law Journal*, n.º 105, 1996, 1250-1309, 1267. La negociación se rige por las reglas precontractuales, pero nada impide que las partes puedan regularla contractualmente. En este

partes puede retirarse en cualquier momento. Pese a ello, existe un deber correlativo de negociar conforme a los postulados de la buena fe. La libertad de no contratar y la buena fe son principios complementarios, que sin embargo, en ocasiones, pueden entrar en tensión.

En efecto, una potestad de retiro ilimitado dejaría a quien ha invertido en una situación de indefensión, porque debería asumir el coste del fracaso en cualquier caso². Una potestad excesivamente restringida, por el contrario, desincentivaría la negociación, pues las partes solo entrarían a negociar si tienen plena certeza sobre el éxito del proceso. Por ello, se ha buscado un punto intermedio que concilie de mejor manera los intereses de las partes en cuestión. Como premisa de esta solución intermedia se asume que las partes pueden apartarse de la negociación en cualquier momento, pero si se ha creado una situación de confianza razonable³ deberán acompañar su decisión de un motivo válido. Dicho de otra manera, las partes podrán apartarse de la negociación a coste cero⁴, salvo que se acredite: 1. La existencia de una situación de confianza razonable respecto a la celebración del futuro contrato, o 2. La arbitrariedad de la ruptura⁵.

Ahora bien, determinar cuándo ha nacido una situación de confianza resulta extraordinariamente complejo; en respuesta, los tribunales suelen recurrir a criterios orientativos que les permiten dar cuenta del estado de la negociación. Por ejemplo, evalúan la duración de la negociación, los progresos alcanzados, si se ha emitido una

caso se establece un modelo de gestión que direcciona el proceso a través de reglas procedimentales y se definen los términos en que se asume el eventual fracaso de la negociación.

- 2 Tampoco es conveniente desde una perspectiva económica, porque la responsabilidad cero puede traer aparejados problemas de infra-inversión por el riesgo de un aprovechamiento de las inversiones realizadas. En un escenario en que los dos invierten también se presentarían problemas de inversión, porque el valor invertido depende en buena medida de la inversión del otro y nadie quiere invertir más que el otro (terminan siendo inversiones sustitutas). BEBCHUK, L. A. y BEN-SHAHAR, O., "Precontractual Reliance", *The Journal of Legal Studies*, n.º 30, 2001, 423-457, 433.
- 3 En este sentido se pronuncia Oviedo Albán al reconocer en la abstención de generar falsas expectativas un deber inherente al principio de la buena fe. OVIEDO ALBÁN, J., "Tratos preliminares y responsabilidad precontractual", *Revista Universitas*, n.º 115, 2008, 101.
- 4 Coste cero entendido como la ausencia de pago a la otra parte, porque el que se retira siempre asume su propia pérdida.
- 5 En todo caso, la prospectiva de la responsabilidad precontractual es la de ser un régimen excepcional. La Corte Suprema holandesa, por ejemplo, señaló en el caso CBB/IPO (12 de agosto de 2005, NJ 2005/467) que la responsabilidad por la ruptura de la negociación debía aplicarse excepcionalmente. En similar sentido, la Corte Suprema de Colombia (31 de marzo de 1998, exp. 4962), a propósito de la responsabilidad precontractual, recuerda que la buena fe se presume. Sin perjuicio de lo anterior, Salgado Ramírez se muestra crítica con esta solución pues considera que en estos casos debería aplicarse la regla de la presunción de culpa. SALGADO RAMÍREZ, C., "Buena fe subjetiva, buena fe objetiva y responsabilidad precontractual. Desacierto de la Corte Suprema de Justicia colombiana en la concepción del principio de buena fe objetiva y su repercusión en la carga de la prueba", en SAN MARTÍN NEIRA, L. (ed.), *La buena fe en la jurisprudencia. Comentarios y análisis de sentencias*, Santiago de Chile, Thomson Reuters, 2015, 5-29.

oferta, o el nivel de concreción de los términos materiales de la operación⁶. Por otro lado, tampoco resulta sencilla la valoración de la ruptura, pues depende en buena medida de las circunstancias concretas del caso. Pese a ello, los deberes precontractuales permiten establecer unas notas comunes que deberían tenerse en cuenta para la valoración del abandono y para, a partir de ahí, identificar algunos supuestos que *a priori* podrían tenerse por justificados. El presente trabajo no pretende realizar una lista taxativa ni definitiva de las justas causas (cada negociación tiene sus particularidades, y en cada caso deberá valorarse de manera integral el comportamiento de quien se retira), solo pretende ilustrar de forma didáctica la racionalidad que subyace al retiro, basada en buena medida en consideraciones de carácter económico.

El trabajo se divide de la siguiente manera: en la primera sección se abordan los deberes precontractuales que deben observarse durante la negociación y, a partir de ahí, se describen, en la segunda sección, unos grupos de casos en los que podría considerarse justificado el apartamiento de la negociación. En la última sección se formulan las conclusiones.

I. Deberes precontractuales

Quien negocia no está obligado a contratar y puede retirarse en cualquier momento. El surgimiento de una situación de confianza no cambia la regla⁷, lo que se discute es quién debe asumir los costes por el fracaso de la negociación en este supuesto. La responsabilidad precontractual responde este interrogante examinando los motivos del apartamiento. Cuando son razonables, se mantiene la regla de la asunción de las inversiones propias y cada parte asumirá los costes del fracaso. Si, por el contrario, son caprichosos, varía la regla y quien abandona deberá internalizar las inversiones de su contraparte⁸. Al respecto, la Corte Suprema ha señalado la necesidad de una

6 P. ej., Corte Suprema de Justicia, Sala Civil. Sentencias de 28 de julio de 1998, exp. 4810, M.P.: José Antonio Castillo Rugeles y 31 de marzo de 1998, exp. 4962, M.P.: Rafael Romero Sierra; Tribunal Supremo español, Sala Civil. Sentencias de 26 de febrero de 1994, exp. 139/1994, M.P.: Alfonso Villagómez Rodil, 16 de diciembre de 1999, exp. 1091/1999, M.P.: Ignacio Sierra Gil de la Cuesta, 14 de diciembre de 2012, exp. 762/2012, M.P.: Antonio Salas Carceller, y 11 de febrero de 2016, exp. 40/2016, M.P.: Francisco Javier Orduña Moreno; Corte de Casación francesa (comercial). Sentencias de 20 de marzo de 1972, n.º 70-14154 y 26 de noviembre de 2003, n.º 00-10243.

7 Sin duda, *Plas/Valburg* (18 de junio de 1982, NJ 1983/723) fue un caso icónico en esta materia. En el mismo, la Corte Suprema holandesa reconoció que en la última fase de la negociación (cuando el acuerdo era inminente) no cabía la ruptura de la negociación porque era en sí misma contraria al principio de la buena fe. En consecuencia, quien abandonaba debía indemnizar los perjuicios causados por la ruptura (se admitía el interés positivo), pero el juez podía ordenar la retoma de la negociación para suscribir el contrato. Esta postura fue muy criticada, y con posterioridad la Corte la fue matizando hasta sustituir la regla de las fases por una solución más cercana a los sistemas continentales.

8 Se señala, en este sentido, que la indemnización suele circunscribirse al interés negativo o de confianza, que incluye, entre otros rubros, los gastos del proceso negociador, las inversiones de confianza y los costes de oportunidad representados en la posibilidad de realizar operaciones alternativas. En estos términos se refiere la Sala Civil de la Corte Suprema en sentencia de 23 de noviembre de

valoración integral de la conducta de quien abandona, de las circunstancias del caso y de aquello que es exigible para quienes intervienen en el tráfico jurídico⁹, exigencias que vienen a concretarse en los denominados deberes precontractuales¹⁰.

A. Deber de lealtad

La lealtad expresa en buena medida el propósito de la buena fe y comporta un mandato de conducta diáfana y transparente que tenga en cuenta los intereses de la otra parte¹¹. Desde esta perspectiva, la lealtad se proyecta en un doble plano: prescribiendo el respeto y la conservación de los intereses ajenos, en cumplimiento del deber genérico de no causar mal a otros (sentido negativo)¹², y promoviendo la solidaridad y colaboración de las partes para la satisfacción recíproca de intereses (sentido positivo)¹³.

Un comportamiento serio y honesto permite prever la probabilidad que se tiene de alcanzar o no el acuerdo. A partir de ahí, las partes podrán adoptar las medidas que reconduzcan el proceso y mejoren las perspectivas de éxito, y que aceleren el proceso, o que, por el contrario, mitiguen las posibles pérdidas de un hipotético fracaso. También les permite adecuar sus expectativas al estado real de avance de la negociación y tener un entendimiento compartido sobre lo que se negocia. Ciertamente, la lealtad supone un actuar cooperativo que tiene en cuenta las expectativas legítimas de la contraparte; no basta con actuar conforme a derecho, por descontento, se prohíben los comportamientos maliciosos y las segundas intenciones¹⁴, pero en

1989, M.P.: José Alejandro Bonivento, *GJ* 2435 (reiterada en sentencia de 5 de julio de 2011, M.P.: Ruth Marina Díaz, exp. 19001-3103-003-2000-00183-01) cuando reconoce que la indemnización debe ser integral, esto es, comprensiva del daño emergente y del lucro cesante; este último, relacionado con la pérdida de oportunidad y que la Corte refiere como “la pérdida que significa el que, por haber confiado en que el otro negociador haría lo necesario para llegar a la perfección del vínculo contractual proyectado, se haya abandonado una posición económicamente favorable y existente en realidad al momento del evento dañoso –v. gr. la posibilidad cierta de celebrar otro contrato distinto– que le habría reportado ventaja”.

9 P. ej., Corte Suprema de Justicia. Sentencia de 2 de agosto de 2001, M.P.: Carlos I. Jaramillo, exp. 6146.

10 Se discute si han de tenerse como deberes asociados con los estándares generales de comportamiento que acompañan al contrato o como obligaciones. Pese a la diferencia, la práctica ha llevado a que se empleen como sinónimos intercambiables y se refieran de forma genérica a aquello que es debido (sea un deber implícito o una previsión expresa). El uso indistinto puede comprobarse en los proyectos de armonización –p. ej., PECL y DCFR–, en las convenciones internacionales –p. ej., la CISG–, en el derecho comunitario europeo e incluso en el *common law*. Cfr. FAUVARQUE-COSSON, B. y MAZEAUD, D., *European Contract Law: Material for a Common Frame of Reference*, München, European Law Publishers, 2008, 40-52.

11 NEME VILLARREAL, M. L., *La buena fe en el derecho romano: extensión del deber de actuar conforme a la buena fe en materia contractual*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2010, 258.

12 Dígesto I.1. 10.1: “*Alterum non laedere*”, *ibíd.*, 258.

13 BETTI, E., *Teoría general del negocio jurídico*, Granada, Comares, 2000, 53.

14 MONSALVE CABALLERO, V., *Responsabilidad precontractual: la ruptura injustificada de las negociaciones*, Bogotá, Ibáñez, 2010, 144.

ocasiones también se precisa de comportamientos activos o pasivos que promuevan la satisfacción de los intereses de la contraparte.

Ahora bien y con independencia del resultado final, es esperable (también es exigible) que la otra parte actúe de forma consistente, sin cambios intempestivos de su propio designio que le puedan perjudicar¹⁵. La coherencia, por tanto, cumple un rol protector de la apariencia jurídica creada por la actitud y/o dichos de las partes durante la negociación, que a su vez determina las actuaciones posteriores durante la negociación. Por ello, debe asegurarse que las expectativas legítimamente creadas serán preservadas, y que quien las promovió no se sustraerá abusivamente de su cumplimiento¹⁶; así las cosas, “contraría a la buena fe quien pretende desconocer su conducta precedente en perjuicio de la contraparte”¹⁷.

En este sentido, la Corte Constitucional¹⁸ recuerda que la consistencia es una expresión del principio de buena fe y se proyecta tanto en las relaciones entre el Estado y los particulares como en las relaciones entre particulares. En similar sentido se pronuncia la Corte Suprema¹⁹ al reconocer en la fórmula *venire contra factum proprium* un refuerzo de la exigencia de comportamientos coherentes en el tráfico jurídico. En su opinión, las declaraciones y los comportamientos de las partes alimentan expectativas razonables de quien se beneficiará con ellas; de ahí la necesidad de mantener un hilo conductor que retroalimente los comportamientos pasados y futuros e impida su defraudación como consecuencia de comportamientos sorpresivos, caprichosos o arbitrarios de quien pretende sustraerse. La Corte ha establecido los siguientes requisitos para la aplicación de la regla:

i) Que haya una conducta relevante que genere en la otra persona un grado de confianza legítima sobre la realización o concreción, en el futuro, de unas consecuencias en particular.

ii) Que, con posterioridad, emerja otra conducta (quizás una pretensión) que contradiga con evidente y objetiva incoherencia los antecedentes planteados.

iii) Que la nueva situación presentada tenga trascendencia en lo jurídico y la virtualidad para afectar lo existente.

iv) Que haya identidad entre quienes resultaron involucrados en uno y otro episodio.

15 NEME VILLARREAL, *La buena fe en el derecho romano: extensión del deber de actuar conforme a la buena fe en materia contractual*, cit., 311 ss.

16 El DCFR (art. I.-1:103) y los Principios Unidroit 2016 (art. 1.8) expresamente reconocen en la inconsistencia un comportamiento contrario a la buena fe.

17 NEME VILLARREAL, *La buena fe en el derecho romano: extensión del deber de actuar conforme a la buena fe en materia contractual*, cit., 324.

18 Corte Constitucional. Sentencia C-478 de 1998, M.P.: Alejandro Martínez Caballero.

19 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia de 24 de enero de 2011, M.P.: Pedro Octavio Munar Cadena, exp. 2001-00457-01.

B. Deber de diligencia

El deber de diligencia, por su parte, supone realizar esfuerzos apropiados para el cumplimiento de aquello a lo que se está obligado teniendo en cuenta los medios materiales, técnicos y jurídicos de los que se dispone²⁰. También implica un proceder respetuoso de las costumbres y los usos propios de la actividad en la que se desenvuelve la negociación. Para evaluarlo, se recurre a estándares de conducta²¹ como medida del cumplimiento²².

En concreto, se utilizan dos modelos de diligencia exigible: el de una persona razonable²³ y el del profesional. El primero toma como referencia la actuación y las precauciones que hubiera adoptado una persona media puesta en una situación similar. El segundo, por su parte, alude a las buenas prácticas del experto y supone un mayor grado de diligencia en comparación con el estándar ordinario, esto habida cuenta de su mayor experticia y experiencia en la realización de negocios²⁴.

C. Deber de información

Cada parte debe procurarse los elementos necesarios para tomar las decisiones que le afectan. Sin embargo, en determinados contextos, la parte ignorante puede esperar razonablemente que la otra le informará sobre los aspectos relevantes de la opera-

20 MONSALVE CABALLERO, *Responsabilidad precontractual: la ruptura injustificada de las negociaciones*, cit., 194.

21 La profesora Neme Villarreal los define como prototipos de conducta razonable y son el resultado de un proceso de formalización de los requerimientos socialmente aceptados en un determinado tipo de situación. NEME VILLARREAL, M. L. “La buena fe es un principio que se expresa mediante cláusulas generales cuya reiterada aplicación tiene por virtud generar estándares de conducta”, *Jornadas Franco-Colombianas: Los grandes estándares del derecho francés*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2012, 5.

22 El Tribunal Supremo español (Sala 1.ª, 3 de mayo de 1997, RJ 1997, 3668), por ejemplo, destaca la utilidad del modelo que permite adoptar criterios objetivos para la evaluación de un comportamiento porque reconoce las circunstancias concretas del caso, pero las evalúa en el entorno social en el que se desenvuelven las partes.

23 Referencia presente en los artículos 1188, 1197 y 1301-1 tras la reforma del *Code civil* y en los proyectos de armonización siguiendo la solución propuesta por la CISG. En el código civil colombiano y en el italiano se sigue haciendo mención al estándar de buen padre de familia.

24 Adviértase, en todo caso, que el artículo 63 c.c. establece un sistema de graduación de la culpa (en culpa levisísima, leve y grave) que determina el nivel de exigencia en atención a la utilidad que le reporta el contrato. En la práctica no deja de ser una cláusula de estilo, y de ella no se desprenden efectos prácticos cuando se resuelven controversias contractuales. Esta clasificación ha sido cuestionada por la doctrina porque puede crear injusticias en el caso concreto. Como alternativa, se propone una valoración de la conducta en el contexto específico en el que se realiza y no en la utilidad del contrato: KOTEICH, M. “Responsabilidad contractual y aquiliana. Revisión de una distinción tradicional con base en la culpa y su graduación”, en *Estudios de derecho civil. Obligaciones y contratos. Libro Homenaje a Fernando Hinestrosa*, t. II, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003, 184 ss.

ción²⁵. La Corte Suprema ha reconocido la importancia del deber de información en los siguientes términos:

Dentro de los deberes de corrección y lealtad que se exigen a toda persona que emprende tratos negociales se encuentra el que atañe a las informaciones o declaraciones que está llamada a suministrar, cuando a ellas hay lugar, en relación con el objeto, circunstancias o particularidades del acuerdo en camino de consumación, y cuya importancia, si bien variable, resulta substancial para efectos de desembarazar el consentimiento del destinatario de artificios o vicios que lo afecten.

El deber de información trae indudables ventajas: por un lado, ofrece incentivos para que el obligado releve la información relevante y se mitiguen así los efectos de la asimetría informativa; por el otro, contribuye al reforzamiento del vínculo entre los contratantes, pues con el intercambio de información es posible evaluar las calidades de la otra parte y su predisposición a cooperar²⁶. Empero, quien posee la información a menudo no quiere compartirla porque obtenerla le ha demandado tiempo y recursos, y si la entrega será aprovechada por la otra parte sin que haya incurrido en costos por ello. Así pues, la cuestión se presenta como un problema de distribución del riesgo informativo, de quién debe asumirlo o, lo que es lo mismo, quién debe invertir en la recolección de la información y quién debe asumir las consecuencias por la omisión; se pone así en evidencia la tensión que se presenta entre la obligación de informar y el derecho a reservarse y aprovechar la información que se ha obtenido por el propio esfuerzo²⁷. Para resolver esta dicotomía, la doctrina suele tener en cuenta la esencialidad de la información, la calidad de las partes, el coste de recaudo y procesamiento y la capacidad de recuperar la inversión realizada por el poseedor.

Morales Moreno²⁸, por ejemplo, propone tres criterios para determinar si la obligación es o no exigible en un caso concreto: en primer lugar, recurre a criterios objetivos que permiten presuponer la obligación de informar con base en un mandato legal que prescribe, por ejemplo, unos mínimos informativos y su forma de presentarlos²⁹, según el tipo contractual de que se trate y la distribución típica del

25 BASOZABAL ARRUE, X., “En torno a las obligaciones precontractuales de información”, *Anuario de Derecho Civil*, vol. 62, n.º 2, 2009, 649.

26 GILSON, R. J.; SABEL, C. F., y SCOTT, R. E., “Contracting for Innovation: Vertical Disintegration and Interfirm Collaboration”, *Columbia Law Review*, vol. 109, n.º 3, 2009, 446 ss.

27 BASOZABAL ARRUE, “En torno a las obligaciones precontractuales de información”, cit., 650.

28 MORALES MORENO, A., *El error en los contratos*, Madrid, Ceura, 1998, 206 ss.

29 Esto resulta plausible en los contratos de consumo, en donde se prescribe aquella información que debe estar disponible para el consumidor con antelación a la celebración del contrato y con posterioridad. Acontece lo mismo con el contrato de seguro, en donde el tomador está obligado a revelar información que permita determinar el riesgo. Al respecto, SALGADO RAMÍREZ, C., “Consideraciones sobre el deber precontractual de información y su particularidad en la relación de consumo”, en

riesgo que se prefiera para ese tipo de acuerdos, así como los usos sociales relevantes, en cuanto expresan “unas maneras normales de valorar y entender las cosas”³⁰. En segundo lugar, apela a criterios éticos, en función de afirmaciones realizadas por el obligado que pueden influir razonablemente en la decisión de contratar de la otra parte, y que no han sido expresamente contradichas a lo largo del proceso, cuando se conoce el error del otro (o debía haberse conocido) o la destinataria ha expresado sus motivos para contratar, todo lo cual da cuenta del interés perseguido con el contrato; en función de los términos de la publicidad presentada³¹ y la condición personal de las partes³². Finalmente, se encuentran los criterios económicos, relacionados con el coste de consecución y procesamiento o con el exclusivo aprovechamiento por su carácter de reservado.

Basozabal³³, por su parte, entiende que la información será relevante (y por tanto habrá de ser comunicada) cuando la parte ignorante puede imputar a la otra su ignorancia atendiendo a los siguientes criterios:

1. El obligado proporcionó información falsa o errónea (de forma culpable o no).
2. El obligado actuó de forma contraria a la buena fe atendiendo a la relación existente entre las partes, la condición personal de las partes y su comportamiento durante la negociación.
3. Existe una previsión legal que la excusa de su ignorancia.

Por el contrario, la parte poseedora de la información no estará obligada a revelarla cuando haya realizado un gasto considerable para obtenerla y la única forma de aprovecharla sea manteniéndola en secreto. Tampoco estaría obligada si la parte receptora pudo conocerla (o debió conocerla por su condición o por las características del bien o servicio) con relativa facilidad o con un mínimo de diligencia. En opinión de dicho autor, de esta manera se incentivan las inversiones en el recaudo y procesamiento de la información y, a la par, se promueve una carga mínima de auto-

VALDERRAMA ROJAS, C. L. (coord.), *Perspectivas del derecho del consumo*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2013, 305-354.

30 *Ibíd.*, 206.

31 En tratándose de contratos de consumo, la Ley 1480 de 2011 (Estatuto del Consumidor) consagra el deber de información como un derecho a favor de los consumidores (art. 3.º) y como un deber en cabeza de productores y comerciantes, el cual prescribe que la información de los productos ofrecidos en el mercado debe ser clara, veraz, suficiente, oportuna, verificable, comprensible, precisa, idónea y en castellano, para lo cual dispone un supuesto de responsabilidad por los daños sufridos por los consumidores o terceros que se deriven de su omisión (art. 23). De igual manera prescribe en el artículo 24 el contenido mínimo de la información que deberá ser suministrada, e incluye las instrucciones de uso de los productos, especificaciones del mismo, cantidad o volumen, fecha de vencimiento, precio –incluidos impuestos– y garantía.

32 Al respecto, Gómez Calle reconoce dos circunstancias concretas que lo harían exigible: 1. La imposibilidad por razones objetivas de auto-informarse que se derivan de la complejidad técnica del bien o del servicio y del nivel de especialización que solo permite al experto conocer el contenido y alcance; 2. La confianza legítima que suscita en el lego la profesionalidad de la otra parte. GÓMEZ CALLE, E., *Los deberes precontractuales de información*, Las Rozas, La Ley, 1994, 86 ss.

33 BASOZABAL ARRUE, “En torno a las obligaciones precontractuales de información”, cit., 699 ss.

información. No obstante, reconoce tres excepciones: a) cuando media dolo de la poseedora; b) cuando se trata de información privilegiada, y c) cuando el poseedor ostenta una posición monopolista o existe una desproporción notoria en el gasto de acceso para el receptor, en comparación con el poseedor³⁴.

Ahora bien, cuando haya lugar a informar, el deber se entenderá satisfecho si, y solo si, se entrega información clara, oportuna y transparente³⁵. Las partes, por ejemplo, deben evitar lenguaje ambiguo que pueda dar lugar a malentendidos. Si se usan expresiones técnicas, debe especificarse su significado con el fin de garantizar su comprensión uniforme. De igual manera, la información debe ponerse a disposición cuando es útil; si se entrega tardíamente, la parte receptora pierde la oportunidad de beneficiarse de su contenido y tomar decisiones informadas que, en últimas, es lo que se pretende. Finalmente, la información debe ser completa y veraz; quien la recibe debe tener la posibilidad de hacerse una idea razonable de la operación, de sus ventajas, de sus inconvenientes, de las consecuencias que le supone contratar: de ahí la pretensión de suficiencia respecto a la información que se recibe.

Por último, conviene señalar que los proyectos de armonización también han abordado la cuestión proponiendo algunos parámetros que deberán analizarse con relación a las circunstancias del caso. El artículo 4:107 de los PECL, por ejemplo, hace mención al nivel de experticia de quien posee la información, el coste que le supuso adquirir la información, si era razonable esperar que la otra parte la pudiera conseguir por sus propios medios y la importancia que podría tener dicha información (relevancia). El artículo 5.1.2 de los Principios Unidroit, por su parte, habla de las obligaciones implícitas que, entre otras, pueden presuponer la entrega de un mínimo de información por razón de la complejidad técnica del producto o servicio ofrecido³⁶.

E. Deber de secreto

El deber de información se complementa con el deber de reserva. Quien recibe la información está obligado a mantenerla en secreto (cuando esta no es pública), adoptar medidas razonables para garantizar su conservación y la no filtración, y abstenerse de divulgarla a terceros sin la debida autorización. El contenido económico de la información y los perjuicios que podría causarle al titular bien ameritan su protección.

No existe un deber general de confidencialidad, o, para ser más precisos, no toda la información está amparada por el deber de secreto. La determinación del carácter confidencial o público de la información dependerá de las circunstancias del caso.

34 Ibid., 698.

35 CHINCHILLA IMBETT, C. A., "El deber de información contractual y sus límites", *Revista de Derecho Privado*, n.º 21, 2011, 332 ss.

36 Comentarios al artículo 5.1.2 Unidroit (2016).

El DCFR³⁷, por ejemplo, propone algunas pautas en esta materia atendiendo a la naturaleza de la información entregada y a las circunstancias en que fue obtenida que dan cuenta del carácter reservado, aunque no se haya manifestado expresamente su carácter confidencial. En la práctica, no obstante, se prefiere la suscripción de acuerdos de confidencialidad independientes en que se describe la información sujeta a confidencialidad, las condiciones de intercambio y conservación, los usos permitidos y los términos de devolución o destrucción de la información³⁸.

II. Supuestos en los que la ruptura podría estar justificada

Conforme a lo dicho hasta el momento, las partes podrán apartarse de la negociación en cualquier tiempo, respetando los postulados de la buena fe. Si ha surgido una situación de confianza corresponderá, además, evaluar los motivos del apartamiento. Se insiste, no es posible establecer una respuesta definitiva sobre la conformidad o disconformidad del retiro, sin embargo, los deberes precontractuales estudiados en la sección anterior permiten identificar algunas exigencias concretas que deberían tenerse en cuenta para valorar la conducta de quien se aparta.

En primer lugar, debe existir una intención seria de negociar. Las partes no están obligadas a contratar, pero deben acudir al proceso con un propósito genuino para alcanzar un acuerdo. Está prohibido concurrir a la negociación con un ánimo defraudatorio, buscando aprovecharse de la información de la contraparte o simplemente para entorpecer una negociación paralela³⁹.

En segundo lugar, deben informarse de manera oportuna los cambios de parecer que pongan en entredicho la continuidad de la negociación. Las partes entran a la negociación con la idea de alcanzar un acuerdo, pero esta idea puede mutar conforme avanza el proceso. La información disponible o el cambio en el entorno económico puede desaconsejar una operación que en principio parecía prometedora. La notificación oportuna de la nueva situación evita que la otra parte siga invirtiendo en un proceso que no está llamado a prosperar, y también permite que las partes adecuen sus expectativas a la nueva realidad comercial y adopten las medidas que mejor se adapten a sus intereses.

En tercer lugar, se impone un deber de consistencia. Las partes pueden proponer la reapertura de los extremos acordados, pero su solicitud debe venir acompañada de un nuevo hecho o de una nueva circunstancia que altera la realidad del proceso o las condiciones en que debería cumplirse el eventual contrato. Por el contrario, no

37 Art. II.-3:302 (2) y (3).

38 GARCÍA RUBIO, M. P. y OTERO CRESPO, M., “Responsabilidad precontractual en el derecho contractual europeo”, *Revista InDret*, n.º 2, 2010, 31; PARRA HERRERA, N., “La autorregulación de los tratos preliminares: análisis de las cartas de intención, memorandos de entendimiento y buena fe precontractual”, *Revista de Derecho Privado*, n.º 50, 2013, 22.

39 Esto ha sido expresamente reconocido en el artículo 2.1.15(3) de los Principios de Unidroit (2016) y en el artículo 2:301 de los PECL.

se podrán invocar argumentos previamente discutidos, y tampoco podrán alegarse hechos que ya eran conocidos por las partes o que debieron ser conocidos desde el primer momento. Sin perjuicio de lo anterior, las partes podrán reajustar con mayor libertad aquellos términos que han sido calificados, por ellas mismas, como preliminares o meramente declarativos; o en aquellas negociaciones que por su complejidad se negocian de forma escalonada⁴⁰.

– A partir de ahí pueden identificarse tres grandes grupos de casos en los que la ruptura podría entenderse justificada:

– Aquellos supuestos en los que la ruptura se produce como respuesta al actuar de la parte que en teoría se verá afectada por el abandono.

– Aquellos otros en los que media un hecho sobreviniente que afecta la continuidad del proceso o pone en entredicho la conveniencia de la operación.

– Aquellos últimos en los que razonablemente se pueden inferir las escasas posibilidades de éxito atendiendo a los pocos avances de la negociación o a la divergencia manifiesta entre las partes.

A. Supuestos en los que la ruptura se produce como respuesta al actuar de la parte que en teoría se verá afectada por el abandono

1. Ruptura de la negociación cuando la contraparte ha incumplido los deberes precontractuales

Los deberes precontractuales son exigibles a lo largo del proceso negociador. Su observancia promueve condiciones favorables para el recaudo e intercambio de información y para suscribir el contrato si se dan los presupuestos para contratar. Si alguna de las partes los incumple, no podrá cuestionar la ruptura de la negociación que responde a su incumplimiento.

El comportamiento errático, malintencionado, dubitativo de un negociante puede generar en el otro una razonable inquietud sobre su seriedad o idoneidad, incluso puede valerle para cuestionar la conveniencia de la operación, aunque esta le resulte provechosa. El retiro en este contexto se basa en la desconfianza que le causa el pro-

40 Las negociaciones escalonadas o por etapas han dado lugar a intensos debates en Estados Unidos. La jurisprudencia ha reconocido que la complejidad de ciertas operaciones impide una negociación simultánea de todos sus extremos y, como respuesta, las partes prefieren optar por una negociación escalonada o fraccionada. Se discute, no obstante, el valor de los acuerdos parciales alcanzados en el proceso. En *Empco Manufacturing Co. v. Ball-co* (870 F.2d 423, 7th Cir., 1989) y *PTF Roberson v. Volvo Trucks North America* (420 F.3d 728, 7th Cir., 2005) se reconoce la no vinculatoriedad de los acuerdos parciales y la posibilidad que tienen las partes de ajustarlos o incluso presentar nuevas demandas. En *Copeland v. Baskin Robbins U.S.A.* (117 Cal.Rptr.2d 875, Cal. Appl., 2002), por el contrario, se reconoce la conveniencia que tiene el asegurar un mínimo de consistencia.

ceder del otro, pues nadie está obligado a continuar invirtiendo en una negociación potencialmente perjudicial⁴¹.

Es esperable, por tanto, que el negociante se aparte de la negociación cuando el comportamiento del otro resulta sospechoso debido a su constante cambio de parecer, a la falta de claridad en sus declaraciones, a la insistencia en discutir puntos acordados sin una justificación aparente y a cualquier otro comportamiento que ponga en duda la real intención de contratar. Igual acontecerá cuando se entorpece el intercambio de información, cuando se entrega información errónea con el objetivo de distorsionar el negocio o cuando se dilata, sin motivo aparente, la adopción de las decisiones necesarias para darle continuidad al proceso.

En estos casos no cabría una reclamación de responsabilidad teniendo en cuenta que no está permitido alegar la propia culpa en su propio beneficio. Una reclamación, en estos términos, no solo sería improcedente, también reñiría con la lealtad y la diligencia que deben acompañar al proceso negocial.

2. Conocimiento de información relevante que no fue revelada en su momento por quien estaba obligado a hacerlo

Esta hipótesis constituye una alternativa al supuesto anterior, pero se desarrolla de manera independiente dada la singularidad que presenta el deber de información. Como se vio en su momento, este deber ha sido profusamente desarrollado en el derecho del consumo y tiene una connotación particular durante la negociación pues impone cargas informativas por razón de la calidad, oficio y/o la capacidad que tienen las partes para acceder a la información⁴². De igual manera, busca reducir la asimetría informativa proveyendo a las partes una base mínima común que les permita adoptar decisiones informadas sobre el contenido, el alcance de la operación y las prestaciones que de ella se desprenden.

La omisión en la entrega de la información puede distorsionar la realidad económica del futuro contrato, incidir en la valoración de su contenido o sobre su conveniencia⁴³. Si la omisión se conoce en un momento posterior y se tiene noticia de que no fue revelada oportunamente, constituye un motivo idóneo para apartarse de la negociación cuando la omisión deliberada o negligente versa sobre información

41 El artículo 9:505 de los PECL reconoce el deber de mitigación en cabeza de la parte perjudicada. Sobre el deber de mitigación, cfr. RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, M., "Concepto y alcance del deber de mitigar el daño en el derecho internacional de los contratos", *Revista de Derecho Privado*, n.º 15, 2008, 109-142.

42 El deber de diligencia impone a las partes una carga ordinaria de información y de proveerse por sus propios la información necesaria para adoptar cualquier decisión tomando en consideración su accesibilidad, especialidad y coste.

43 Como alternativa, Parra Herrera aconseja el uso de las cartas de intención para corregir los problemas de asimetría informativa y evitar el comportamiento oportunista del poseedor de la información. PARRA HERRERA, "La autorregulación de los tratos preliminares: análisis de las cartas de intención, memorandos de entendimiento y buena fe precontractual", cit., 27 ss.

relevante y, por ello, interfiere con el cabal desarrollo de la negociación o condiciona negativamente la adopción de decisiones informadas⁴⁴.

B. Supuestos en los que media un hecho sobreviniente que afecta la continuidad del proceso o pone en entredicho la conveniencia de la operación

1. Ilicitud sobrevinida del objeto o la causa del futuro negocio

Bien puede suceder que la causa o el objeto del contrato devenga ilícito durante la negociación. Seguir negociando, en este contexto, sería estéril, y contratar podría acarrear la responsabilidad de alguno de los contratantes. En el derecho italiano⁴⁵, por ejemplo, se establece como hipótesis de responsabilidad precontractual la celebración de contratos afectados por invalidez derivada de la ilicitud de la causa conocida o que debió ser conocida por alguno de los contratantes. En el caso colombiano, el artículo 1525 c.c. impide repetir lo que se haya dado o pagado por un objeto o causa ilícita a sabiendas⁴⁶. La ilicitud, en todo caso, debe ser posterior al inicio de las negociaciones; una ilicitud conocida o que debió conocerse con anterioridad no podría invocarse como causa justificativa del abandono. Por ello, conviene apartarse del proceso tan pronto se tiene la oportunidad.

2. Incapacidad sobrevinida de uno de los negociantes

Siguiendo la lógica del supuesto anterior, la incapacidad sobreviniente de alguno de los negociantes podría imposibilitar (o hacer más dificultosa) la celebración del contrato. No obstante, es preciso distinguir los supuestos que involucran a personas naturales y los que afectan a las personas jurídicas.

44 El incumplimiento de los deberes de información puede proyectarse sobre el contrato, pero se discute cuáles son los remedios procedentes. Tradicionalmente se ha entendido que constituye un evento de responsabilidad precontractual (porque la omisión se presenta durante la negociación), pero modernamente se ha ido abriendo la posibilidad de reclamar por la vía del incumplimiento contractual. Morales Moreno, por ejemplo, aboga por esta solución en los siguientes términos: “el incumplimiento de los deberes precontractuales ha tenido y continúa teniendo tratamiento jurídico precontractual canalizado a través del dolo, el error o la culpa *in contrahendo*, con efectos también diversos. Pero este tratamiento no es el más adecuado, cuando la información precontractual se proyecta sobre el objeto o contenido del contrato y genera problemas de incumplimiento. Lo más razonable en estos casos es atraer a la responsabilidad contractual tanto la lesión del interés de cumplimiento como la del interés de integridad [...] [E]sta atracción se justifica porque es en el marco de la relación contractual en el que estos daños se producen”.

45 Art. 1338 c.c. ital.

46 Esta prohibición, en opinión de Ospina Fernández, constituye un desarrollo del principio según el cual nadie puede alegar su propia culpa en su beneficio. OSPINA FERNÁNDEZ, G., *Teoría general del contrato y del negocio jurídico*, 7.ª ed., Bogotá, Temis, 2009, 255.

En tratándose de personas naturales, la solución varía por razón de la incapacidad. La incapacidad relativa precisa de la aquiescencia del representante; la absoluta requiere necesariamente de su participación. Si no se cumple, el contrato estará viciado de nulidad (relativa y absoluta, respectivamente). En cuanto a las personas jurídicas, la solución cambia en atención a la causa de la incapacidad: (i) si la incapacidad se produce por cambio en el objeto social, los contratos que se celebren por fuera de ella podrían ser anulables⁴⁷; (ii) si la incapacidad se produce por la disolución de la sociedad, solo podría continuarse con la negociación si su objeto resulta acorde con las operaciones de liquidación (piénsese, p. ej., en la enajenación de bienes sociales o en la venta total o parcial del *stock*); si no corresponde con estas operaciones, debería terminarse a la mayor brevedad⁴⁸.

3. Propuestas competidoras que reportan mayor beneficio para el destinatario

La ruptura por mejor oferta de tercero despierta mayor controversia pues con ella se pone a prueba la articulación de la libertad contractual y la buena fe. La negociación no garantiza la celebración del contrato, ni puede hacerlo; quien invierte debe asumir el riesgo de perder lo invertido. La irrupción de una mejor propuesta es un riesgo inherente a la negociación. Prohibir el abandono por esta causa desnaturaliza la libertad de no contratar y afecta la dinámica de la negociación pues las partes solo negociarían cuando se puede asegurar el éxito del proceso. Pero si se permite libremente, quien invirtió puede quedar desprotegido.

Como alternativa, puede pensarse en una fórmula intermedia que exija un beneficio real en la nueva propuesta y la concesión de un plazo razonable para que el primer negociante pueda mejorar los términos de la propuesta competidora⁴⁹. Para

47 El artículo 99 c.co. prevé que la capacidad de una sociedad se encuentra circunscrita al desarrollo de la actividad o actividades previstas en su objeto. Al respecto, Baena reconoce una diferencia sustancial entre las personas naturales y las jurídicas toda vez que las primeras están habilitadas para realizar cualquier acto que no esté expresamente prohibido, en tanto que las jurídicas tienen una capacidad restringida a lo expresamente previsto en sus estatutos. BAENA CÁRDENAS, L., *Lecciones de derecho mercantil*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2009, 127.

48 Una solución alternativa consiste en reconocer la posibilidad de continuar negociando (siempre que la vigencia proyectada no exceda el proceso de liquidación) teniendo en cuenta que los beneficios obtenidos podrían contribuir al incremento del patrimonio social, lo que puede ser beneficioso para los acreedores sociales y para los mismos socios. El presente trabajo, sin embargo, prefiere la solución tradicional porque reconoce de mejor manera el sentido y alcance del proceso liquidatorio.

49 Esta solución no está exenta de controversia. Zimmermann y Whittaker, por ejemplo, señalan que el surgimiento de una mejor oferta no justifica el retiro cuando la negociación se ha extendido en el tiempo y quien se retira, en su momento, requirió de la otra ciertas inversiones. ZIMMERMANN, R. y WHITTAKER, S., *Good Faith in European Contract Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2000, 237. Monsalve, por su parte, señala que la jurisprudencia tiende a encontrar en la mejor oferta una justa causa para la terminación, empero, cuestiona esta solución en aquellos supuestos en donde existe una estructura económica del contrato. MONSALVE CABALLERO, V., “La ruptura injustificada de los tratos preliminares y su relación jurídica prenegocial en el derecho europeo continental”, *Via Inveniendi et Iudicandi*, 2006, 30-31.

cumplir con el primer requisito bastará con que el negociante quede en mejor posición con la segunda propuesta. Lo usual es que el beneficio se exprese en un mejor precio, pero no es el único criterio. Podría consistir, por ejemplo, en la asunción de los costes de transporte o de importación, en la extensión de la garantía sobre los bienes o servicios por contratar o en el mejoramiento en los tiempos de respuesta de requerimientos. Por el contrario, no cabe invocar beneficios irrisorios, propuestas inexistentes o colusorias que busquen promover ventajas indebidas en la primera negociación. En todo caso, es de esperar que el destinatario de la oferta solo abandonará la negociación cuando la mejora obtenida en el escenario alternativo permita compensar las inversiones realizadas. El segundo requisito, por su parte, se satisface con la comunicación oportuna de la propuesta al primer negociante y la concesión de un plazo prudente, atendiendo a las circunstancias concretas del caso, que le permita formular una contrapropuesta⁵⁰.

Parece claro que la receptora deberá informar a la contraparte de forma oportuna, pero, ¿cuándo debería hacerlo? ¿Debe informar cuando recibe la oferta o cuando tiene los primeros acercamientos con el tercero? Un sector de la doctrina⁵¹, con apoyo en los deberes de lealtad e información, reconoce la existencia de un deber implícito de notificación que obliga a las partes a comunicar oportunamente los hechos relevantes que pueden incidir en el resultado del proceso. Sin duda, la aparición de un competidor puede calificarse como “hecho relevante” y debería informarse tan pronto se tiene conocimiento.

Sin embargo, en este trabajo se defiende que la notificación debería producirse cuando se recibe una propuesta concreta. En efecto, la buena fe no impone un deber de exclusividad y las partes asumen el riesgo de que pueda surgir una propuesta más conveniente en el camino⁵²; no obstante, puede acordarse expresamente. Lo que no está permitido, y por tanto sería contrario a la buena fe, es contribuir o reforzar la falsa creencia de que se está negociando en exclusiva, o mantener una negociación

50 En este punto se discute el problema del aprovechamiento de las inversiones específicas (llamado *hold-up problem*, en la literatura norteamericana). Las inversiones específicas (o de confianza) son aquellos gastos que realizan las partes para mejorar su situación contractual (incrementando el valor de la prestación o reduciendo los costes de cumplimiento), pero que no podrán aprovecharse por fuera de la relación. Realizadas, el inversor puede quedar a merced de la parte que no invirtió, viéndose forzado a aceptar la reapertura de los términos acordados o la inclusión de nuevos términos para no perder su inversión. Cuando la inversión lo amerita, las partes recurren a instrumentos contractuales (p. ej., los acuerdos de intención o los acuerdos de exclusividad) que mitigan el riesgo de aprovechamiento y contribuyen a niveles óptimos de inversión. Gómez Pomar, F., *Previsión de daños, incumplimiento e indemnización*, Madrid, Civitas, 2002, 31.

51 Entre otros, MONSALVE, *Responsabilidad precontractual*, cit., y GARCÉS, L. R., *Responsabilidad por la ruptura injustificada de la negociación*, 2011 (sin publicar).

52 Entre otros, BANAKAS, S., “Liability for Contractual Negotiations in English Law: Looking for the Litmus Test”, *Revista InDret*, n.º 1, 2009, 1-21 y SCHWARTZ, A. y SCOTT, R. E., “Precontractual Liability and Preliminary Agreements”, *Harvard Law Review*, vol. 120, n.º 3, 2007, 661-707.

cuando se ha concluido el contrato con un tercero⁵³. Por otro lado, las negociaciones con terceros presentan los mismos condicionantes de la primera negociación, y como cualquier otra también pueden fracasar. Así las cosas, las notificaciones tempranas pueden ser contraproducentes porque pueden ser percibidas como una treta o como una estrategia de presión para acelerar el proceso o para forzar la aceptación de los términos no negociados. Si algo ha de notificarse es la propuesta concreta, pues es sobre ella que deberá pronunciarse el primer negociante, mejorando las condiciones ofrecidas por el competidor o marginándose de la competencia.

Dos comentarios finales frente a este supuesto. En primer término, la posibilidad de mejorar una oferta competidora permite conciliar la protección de las partes y el legítimo interés que se tiene de conseguir un mejor precio o condiciones más favorables. Empero, son pocos los pronunciamientos judiciales en los que expresamente se reconocen las exigencias aludidas. La sentencia de 24 de marzo de 2009 de la Audiencia Provincial de Madrid⁵⁴ es uno de ellos. En este caso, la Sala considera justificado el abandono por mejor oferta, pero en su parte motiva recuerda que la lealtad obliga a que se comunique la existencia de una oferta competidora y se le permita decidir a la contraparte si ajusta su propuesta a la nueva realidad. La práctica judicial, sin embargo, presenta una realidad distinta y las más de las veces guarda silencio frente a esta exigencia y toma por válida la alegación de una oferta más beneficiosa.

En segundo término, las partes pueden pactar la exclusividad de la negociación. En términos generales, la jurisprudencia⁵⁵ se muestra favorable a este tipo de acuerdos y los tiene por vinculantes. Si se incumple, habrá de estudiarse como supuesto de incumplimiento contractual, no de responsabilidad precontractual.

4. Cambios en las condiciones económicas o del mercado que desaconsejan la operación

Con la negociación se busca configurar una base económica que resulte atractiva para los negociantes. El contenido se va decantando conforme avanza el proceso y las partes podrán decidir sobre su conveniencia. No obstante, las condiciones iniciales sobre las que se había estructurado la operación pueden variar en medio de la

53 GARCÍA RUBIO y OTERO CRESPO, “Responsabilidad precontractual en el derecho contractual europeo”, cit., 41. Solución que también se encuentra presente en los proyectos de armonización.

54 Audiencia Provincial de Madrid, Secc. 25.^a. Sentencia del 24 de marzo de 2009 (ref. 153/2009), M.P.: Ángel Luis Sobrino Blanco.

55 Incluso han sido reconocidos en el derecho inglés (*lock-out agreements*), donde se tiene una posición crítica frente a posibles limitaciones de la libertad contractual. Cfr., entre otros, *Phillips Petroleum Co Ltd v. Enron Ltd* [1997] CLC 329 y *Multiplex Constructions Limited v. Cleveland Bridge UK Limited* [2006] EWCH 1341. De igual manera, han sido reconocidos en Estados Unidos: cfr., entre otros, *Channel Home Centers v. Grossman*, 795 F.2d 291, (3th Cir, 1986); *Jamsports and Entertainment LLC v. Paradama Productions*, 336 F. Supp. 2d 824 (Illinois N.D, 2003); *Butler v. Batolia*, 736 F3d 609 (1st Cir, 2013).

negociación –piénsese, p. ej., en un incremento o reducción del costo de las materias primas, en la imposición de nuevos tributos o aranceles, etc.–, y las partes habrán de reacomodarse a la nueva realidad económica.

Esta alteración sobrevenida puede generar desequilibrios que hacen inviable la operación o que sencillamente suponen mayores costes que las partes no están dispuestas a asumir. El retiro, por tanto, parece justificado en la medida que nadie puede ser obligado a contratar en perjuicio de su propio patrimonio. En este caso, los postulados de la buena fe se encuentran satisfechos. Las partes han acudido al proceso con un propósito genuino de negociar y procurar un acuerdo. Sin embargo, la nueva realidad económica es la causa o el motivo que lleva a las partes, o a una de ellas, a replantearse la conveniencia de la operación. Quien se cuestiona deberá comunicar oportunamente a la contraparte las inquietudes que le despierta el nuevo escenario. Si la operación interesa o se han realizado inversiones significativas, las partes podrían realizar alguna gestión para acomodar la operación a la nueva realidad. Si no lo consiguen o no hay incentivos para ajustar la base económica del contrato, cualquiera de ellas podrá apartarse.

En este supuesto, el cambio de parecer no es arbitrario (que es lo que se viene a sancionar), por el contrario, responde a criterios objetivos. Tampoco hay inconsistencia en la conducta de quien se aparta, porque la expectativa que se protege está cimentada sobre otro marco de referencia. El riesgo de la mayor onerosidad en el cumplimiento de las prestaciones solo se asume con la suscripción del contrato; antes de eso, no existe ningún compromiso para asumirlo y puede prevalecer el interés personal.

5. *Fuerza mayor o caso fortuito*

Las partes pueden estar convencidas de la conveniencia de la operación, respecto a sus beneficios, pero puede ocurrir un evento externo que la torna imposible o hace imposible la negociación. En esta hipótesis se contemplan los casos de fuerza o de caso fortuito⁵⁶, y para ello deberán ser imprevisibles, irresistibles y externos⁵⁷. De concurrir, podría invocarse la ocurrencia del hecho sobreviviente como motivo fun-

56 La Corte Suprema equipara ambos conceptos y los define como el hecho imprevisible, irresistible y externo que imposibilita el cumplimiento de una prestación debida (cfr., entre otras, sentencias de 25 de noviembre de 1999, exp. 5220 y 26 de junio de 2003, exp. 5906). El Consejo de Estado, a su turno, lo reconoce en los mismos términos, pero en el campo de la responsabilidad objetiva (por riesgo excepcional) los diferencia, reconociendo en la fuerza mayor una causal exonerativa (por ser un hecho externo). El caso fortuito, por el contrario, será imputable al demandado teniendo en cuenta que corresponde a un hecho interno o propio de la actividad que debe ser asumido por quien la despliega (cfr., entre otras, sentencias de 20 de febrero de 1989 –sin número de radicado– y 19 de julio de 2000, exp. 11842).

57 Hinestrosa cuestiona el requisito de la imprevisibilidad, teniendo en cuenta que solo en contadas excepciones un evento podría considerarse como imprevisible; por ello, centra su atención en la irresistibilidad y exterioridad del hecho que impide el cumplimiento de la prestación debida. HINESTROSA, F., *Tratado de las obligaciones*, 3.^a ed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007.

dante del retiro, siempre que la causa extraña no se hubiere producido por su culpa⁵⁸, ni medie un incumplimiento de los deberes secundarios de conducta.

C. Supuestos en los que razonablemente se pueden inferir las escasas posibilidades de éxito atendiendo a los pocos avances de la negociación o a la divergencia manifiesta entre las partes

1. Si existe un disenso entre las partes que hace improbable la consecución de un acuerdo

El resultado pretendido con la negociación es el acuerdo, pero puede suceder que durante el proceso las partes adquieran conciencia de la impracticabilidad del acuerdo en atención a la disparidad de criterios o a la divergencia insalvable de los intereses en juego. Llegadas a este punto, las partes pueden optar por apartarse de la negociación para evitar incurrir en mayores gastos o para buscar alternativas en el mercado.

El disenso debe ser conocido por las partes y debe haberse llegado a este punto pese a los esfuerzos leales y honestos para revertir la situación (p. ej., mediante la búsqueda de alternativas o una discusión seria de los aspectos críticos del desencuentro)⁵⁹. Las partes deben ser serias y manifestar las inquietudes que van surgiendo a lo largo del proceso para asegurar la debida correspondencia entre el estado de la negociación y las expectativas de las partes⁶⁰. Un comportamiento errático o dubitativo, por el contrario, puede alterar la percepción que se tiene sobre el estado de la negociación.

Se insiste, nadie está obligado a consentir un acuerdo que resulte contrario a sus intereses o que no le satisfaga; por ello deberá poner de manifiesto tal situación, porque el mantenimiento artificioso de la negociación resulta contrario a la buena fe.

2. Por decisión conjunta de las partes

En este caso, las partes deciden concluir de común acuerdo la negociación. Es un supuesto similar al del disenso, pero aquí son las partes (no una de ellas) quienes deciden terminar la negociación dadas las nulas posibilidades de éxito. Tras la de-

58 GARCÉS, *Responsabilidad por la ruptura injustificada de la negociación*, cit., 13.

59 Al respecto, Farnsworth asocia el disenso con el *impasse* y lo define como aquella situación en que la negociación arriba a un punto muerto, pese a los esfuerzos realizados por las partes. FARNSWORTH, E. A., "Precontractual Liability and Preliminary Agreements: Fair Dealing and Failed Negotiations", *Columbia Law Review*, vol. 82, n.º 2, 1987, 282.

60 Los tribunales españoles, por ejemplo, consideran que no media justa causa cuando alguna de las partes abandona la negociación alegando causas no controvertidas a lo largo del proceso. En sentencia de 11 de abril de 2016, verbigracia, la Audiencia Provincial de Álava reprochó que el demandado se hubiera apartado de la negociación alegando problemas de calidad de la tubería que nunca fueron explicitados durante el proceso (la discusión siempre giró en torno al anticipo del precio y los plazos de entrega).

liberación queda claro que el único punto de encuentro es el reconocimiento del desencuentro; no se ha logrado construir unos mínimos, ni existe perspectiva de que se puedan conseguir en el futuro por la disparidad de criterios. La decisión, por tanto, es el resultado de un ejercicio serio, diligente y leal en el que se toman en consideración los intereses propios y los del otro, evitando así la prolongación innecesaria de la negociación.

Conclusiones

Este artículo estudia los motivos que acompañan al abandono de la negociación cuando ha surgido una situación de confianza. Como premisa, se asume que las partes pueden entrar y salir libremente de la negociación, siempre que se respeten los postulados de la buena fe. Cada parte asume los costes de la negociación y el riesgo de un eventual fracaso.

El surgimiento de una situación de confianza no limita la potestad de retiro, pero los motivos pasan a ser importantes. Si estos son razonables, se mantiene la regla de la asunción de las inversiones propias y cada parte asumirá los costes del fracaso. Si son caprichosos, cambia la regla y las inversiones de la contraparte deberán ser internalizadas por quien se retira. La responsabilidad precontractual, en este sentido, se presenta como un recurso contra la arbitrariedad del retiro.

La valoración de los motivos de la ruptura no resulta sencilla y dependerá de las circunstancias concretas del caso. No obstante, los deberes precontractuales permiten identificar algunas exigencias concretas que deberían tenerse en cuenta para valorar la conducta de quien se aparta. Las partes, por ejemplo, deben participar en una negociación si, y solo si, tienen una intención genuina de alcanzar un acuerdo. Si su posición cambia durante el proceso, deberán notificar a la contraparte para evitarle costes adicionales. El cambio de parecer debería tener relación directa con la negociación; al respecto, podría pensarse en la disponibilidad de nueva información, en el comportamiento de la contraparte, en la ocurrencia de un nuevo hecho que altera los presupuestos de la negociación o en las pocas posibilidades de éxito que se vislumbran. No se puede provocar la ruptura insistiendo en términos desproporcionados o que exceden el ámbito de la negociación. Tampoco podría provocarse promoviendo la reapertura de extremos previamente acordados, salvo que estos tengan un carácter preliminar o meramente indicativo o se hayan definido en una negociación que por su complejidad requiere una aproximación escalonada.

Así pues, pueden identificarse tres grandes grupos de casos en donde la ruptura podría estar justificada: 1. Aquellos casos en los que la ruptura se produce como respuesta al actuar de la parte que en teoría se verá afectada por el abandono; 2. Aquellos otros en los que media un hecho sobreviniente que afecta la continuidad del proceso o pone en entredicho la conveniencia de la operación; 3. Aquellos últimos en los que razonablemente es posible inferir las escasas posibilidades de éxito de la negociación por razón de sus pocos avances o de la divergencia manifiesta entre las partes.

El presente trabajo propone una visión más general de la ruptura abordando la racionalidad del retiro. A partir de ahí, identifica unos rasgos comunes que deberían tenerse en cuenta cuando se evalúan sus motivos. En este sentido, da paso a nuevas investigaciones que permitan perfilar los grupos de casos propuestos e identificar nuevas hipótesis. También permite indagar por la relación existente entre la ruptura y el ejercicio de derechos conferidos contractualmente, y por la posibilidad de diferir al ámbito contractual las controversias que se suscitan en desarrollo de la negociación, en defecto de la responsabilidad precontractual.

Referencias

- BAENA CÁRDENAS, L., *Lecciones de derecho mercantil*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2009.
- BANAKAS, S., “Liability for Contractual Negotiations in English Law: Looking for the Litmus Test”, *Revista InDret*, n.º 1, 2009, 1-21.
- BASOZABAL ARRUÉ, X., “En torno a las obligaciones precontractuales de información”, *Anuario de Derecho Civil*, vol. 67, n.º 2, 2009, 647-671.
- BEBCHUK, L. A. y BEN-SHAHAR, O., “Precontractual Reliance”, *The Journal of Legal Studies*, n.º 30, 2001, 423-457.
- BETTI, E., *Teoría general del negocio jurídico*, Granada, Comares, 2000.
- CHINCHILLA IMBETT, C. A., “El deber de información contractual y sus límites”, *Revista de Derecho Privado*, n.º 21, 2011, 327-350.
- FARNSWORTH, E. A., “Precontractual Liability and Preliminary Agreements: Fair Dealing and Failed Negotiations”, *Columbia Law Review*, vol. 82, n.º 2, 1987, 217-294.
- FAUVARQUE-COSSON, B. y MAZEAUD, D., *European Contract Law: Material for a Common Frame of Reference*, München, European Law Publishers, 2008.
- GARCÍA RUBIO, M. P y OTERO CRESPO, M., “Responsabilidad precontractual en el derecho contractual europeo”, *Revista InDret*, n.º 2, 2010, 1-62.
- GARCÉS, L. R., *Responsabilidad por la ruptura injustificada de la negociación*, 2011 (sin publicar).

- GILSON, R. J.; SABEL, C. F. y SCOTT, R. E., “Contracting for Innovation: Vertical Disintegration and Interfirm Collaboration”, *Columbia Law Review*, vol. 109, n.º 3, 2009, 431-502.
- GÓMEZ CALLE, E., *Los deberes precontractuales de información*, Las Rozas, La Ley, 1994.
- GÓMEZ POMAR, F., *Previsión de daños, incumplimiento e indemnización*, Madrid, Civitas, 2002.
- HINESTROSA, F., *Tratado de las obligaciones*, 3.ª ed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007.
- KATZ, A., “When Should an Offer Stick? The Economics of Promissory Estoppel in Preliminary Negotiations”, *The Yale Law Journal*, n.º 105, 1996, 1250-1309.
- KOTEICH, M., “Responsabilidad contractual y aquiliana. Revisión de una distinción tradicional con base en la culpa y su graduación”, en *Estudios de derecho civil. Obligaciones y contratos. Libro homenaje a Fernando Hinestrosa*, t. II, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003.
- MONSALVE CABALLERO, V., “La ruptura injustificada de los tratos preliminares y su relación jurídica prenegocial en el derecho europeo continental”, *Via Inveniendi et Iudicandi*, 2006, 1-44.
- MONSALVE CABALLERO, V., *Responsabilidad precontractual: la ruptura injustificada de las negociaciones*, Bogotá, Ibáñez, 2010.
- MORALES MORENO, A., *El error en los contratos*, Madrid, Ceura, 1998.
- NEME VILLARREAL, M., *La buena fe en el derecho romano: extensión del deber de actuar conforme a la buena fe en materia contractual*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2010.
- NEME VILLARREAL, M., “La buena fe es un principio que se expresa mediante cláusulas generales cuya reiterada aplicación tiene por virtud generar estándares de conducta”, *Jornadas Franco-Colombianas: Los grandes estándares del derecho francés*, Universidad Externado de Colombia, 2012.
- OSPINA FERNÁNDEZ, G., *Teoría general del contrato y del negocio jurídico*, 7.ª ed., Bogotá, Temis, 2009.

- OVIEDO ALBÁN, J., “Tratos preliminares y responsabilidad precontractual”, *Revista Universitas*, n.º 115, 2008, 83-116.
- PARRA HERRERA, N., “La autorregulación de los tratos preliminares: análisis de las cartas de intención, memorandos de entendimiento y buena fe precontractual”, *Revista de Derecho Privado*, n.º 50, 2013, 1-34.
- RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, M., “Concepto y alcance del deber de mitigar el daño en el derecho internacional de los contratos”, *Revista de Derecho Privado*, n.º 15, 2008, 109-142.
- SALGADO RAMÍREZ, C., “Consideraciones sobre el deber precontractual de información y su particularidad en la relación de consumo”, en VALDERRAMA ROJAS, C. L. (coord.), *Perspectivas del derecho del consumo*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2013, 305-354.
- SALGADO RAMÍREZ, C., “Buena fe subjetiva, buena fe objetiva y responsabilidad precontractual. Desacuerdo de la Corte Suprema de Justicia colombiana en la concepción del principio de buena fe objetiva y su repercusión en la carga de la prueba”, en SAN MARTÍN NEIRA, L. (ed.), *La buena fe en la jurisprudencia. Comentarios y análisis de sentencias*, Santiago de Chile, Thomson Reuters, 2015, 5-29.
- SCHWARTZ, A. y SCOTT, R. E., “Precontractual Liability and Preliminary Agreements”, *Harvard Law Review*, vol. 120, n.º 3, 2007, 661-707.
- ZIMMERMANN, R. y WHITTAKER, S., *Good Faith in European Contract Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2000.