

**INTERRUPCION DE UN TERCERO EN LAS NEGOCIACIONES
PRECONTRACTUALES[♦]**

John Carlos Camacho Puyo¹

Resumen

La responsabilidad del tercero que se entromete en las negociaciones precontractuales, pese a que en principio solo ha reconocido la responsabilidad precontractual entre los candidatos a ser parte, cuando el causante total o parcialmente o beneficiario de la interrupción abrupta e injustificada es un tercero, no ha sido tratada con suficiencia en el ordenamiento jurídico colombiano. Este artículo plantea soluciones para que el tercero responda por su injerencia ilegal en la etapa precontractual.

Palabras clave: Negociaciones Precontractuales. Interrupción en las negociaciones. Tercero entrometido en las negociaciones ajenas. Intromisión de un tercero. Responsabilidad del tercero entrometido. Dolo externo. Inducción a la ruptura contractual. Solidaridad por participación en el daño.

Abstract

The responsibility of the third party that he meddles in precontractual negotiations, despite the fact that in principle only has recognized the pre-contractual liability among the

[♦] Este artículo fue presentado a la revista el día 10 de marzo de 2013 y fue aceptado para su publicación por el Comité Editorial el día 6 de junio de 2013, previa revisión del concepto emitido por el árbitro evaluador.

¹ Abogado egresado de la Universidad Externado de Colombia, Especialista en Derecho Comercial y Especialista en Derecho Contractual y Relaciones Jurídico Negociales, de la misma Universidad, actualmente adelanta estudios de maestría en Derecho Comercial en la misma institución, y ejerce el cargo de Juez Segundo Civil del Circuito de San Andrés Islas. Colombia. sudefensor@yahoo.com

candidates to be part, when the total originator or partially or beneficiary of abrupt discontinuation and unjustified is a third party, it has not been treated with adequacy in the Colombian legal system. This article discusses solutions to the third party responds by their illegal interference in the pre-contractual stage.

Key words: Precontractual negotiations. Break in the negotiations. Third meddled in the negotiations of others. Intrusion of a third party. Responsibility of the third party intrusive. fraud external. Induction to break the contract. Solidarity by participation in the damage.

Sumario

1. Influencia de la liberacion economica y los acuerdos de libre comercio en la negociaci3n de los particulares.....	75
2. Finalidad y justificaci3n de las negociaciones precontractuales.....	76
3. Responsabilidad por ruptura injustificada en las negociaciones precontractuales.	77
4. Planteamiento del problema de la interrupcion de un tercero en las negociaciones precontractuales.	80
5. Tratamiento de la intromision de un tercero en el derecho comparado.....	81
6. Posibles soluciones a la intromisi3n ajena en el ordenamiento juridico colombiano.	83
a. Dolo externo:	83
b. Competencia desleal:	87
c. Ampliaci3n de la responsabilidad mediante la solidaridad por participaci3n en el da1o de los entrometidos.	92
7. Conclusiones.	94
Bibliografia.....	96

1. Influencia de la liberación económica y los acuerdos de libre comercio en la negociación de los particulares.

La globalización ha permitido un mundo más interdependiente², en que los mercados tienen cada vez menos fronteras³, y para ser participes de ese nuevo mercado se ha de utilizar un instrumento jurídico que por excelencia es el contrato o más ampliamente el negocio jurídico, como regulador de los propios intereses en relaciones con otros⁴.

Con los actuales acuerdos comerciales de Colombia con Los Estados Unidos, Unión Europea, Suiza, Costa Rica, Venezuela, Canadá; El comercio se ha ampliado a países con el sistema de origen civil law semejante por lo menos en sus orígenes al nuestro, como aquellos que tienen un sistema basado en el common law, lo que hace preciso armonizar las normas nacionales con las internacionales⁵, o al menos en su tratamiento frente a diferentes aspectos de la contratación y de las negociaciones en general, para generar un ambiente de estabilidad y confianza en las relaciones particulares ante el “modelo de integración”⁶.

² Twining, William, Derecho y globalización, Bogotá, Universidad de los Andes, 2003 Pag.120.

³ Küng, Hans, Una ética mundial para la economía y la política, Madrid, Trotta, 1999. Pags. 172 y ss.

⁴ Betti, Emilio, Teoría General del Negocio Jurídico, Edit.Revista De Derecho, Segunda Edición. Madrid. Pag.51.

⁵ Semejante a los objetivos de modernizar, coordinar y armonizar el derecho privado y el derecho comercial a través de The International Institute for the Unification of Private Law (UNIDROIT). <http://www.unidroit.org/dynasite.cfm?dsmid=103284>.

⁶ Tremolada Álvarez, Eric, Crisis y Perspectiva comparada de los procesos de integración, Segunda Jornada Cátedra Jean Monnet en Colombia. Ed.Universidad Externado de Colombia, Primera Edición, Bogotá, 2008.Pag.200.

2. Finalidad y justificación de las negociaciones precontractuales.

Con el fin de ser participes en el tráfico de bienes y servicios, esto es en el intercambio de los mismos, los particulares hacen uso de las herramientas que están a su alcance para satisfacer sus designios, haciendo de esta forma empleo de su autonomía privada, sin transgredir los límites impuestos por el ordenamiento jurídico, el orden público y las buenas costumbres⁷. En ese orden de ideas los individuos disponen de sus propios intereses dentro de su esfera jurídica utilizando el negocio jurídico, por antonomasia el contrato. El interesado se coloca en contacto con otro en torno a la adquisición definitiva o transitoria de esos bienes o servicios y esto sucede a pequeña, mediana o gran escala.

Cuando el mero interés se hace más fuerte, se abandona los contactos apenas preliminares y se abre paso a las conversaciones y negociaciones, no por si mismo una finalidad, sino que tiene como objeto la formulación de una oferta⁸ que reúna todos los elementos esenciales⁹ establecidos por la ley o por la autonomía particular para que al ser formulada y sea recogida por un destinatario en pendencia a su aceptación, rechazo, contrapropuesta o sencillamente dejándola pasar a través de su silencio, surge ante su aceptación el contrato

⁷ Hinestrosa Fernando, Estudios de Derecho Privado Universidad Externado de Colombia. Función, Límites y Cargas de la Autonomía Privada. 1986 Pag.21.

⁸ Scognamiglio, R. Teoría General del Contrato, Milán, Trad.Fernando Hinestrosa, 1961, P.123.

⁹ Artículo 1501 del Código Civil Colombiano: “*Se distinguen en cada contrato las cosas que son de su esencia, las que son de su naturaleza, y las puramente accidentales. Son de la esencia de un contrato aquellas cosas sin las cuales, o no produce efecto alguno, o degeneran en otro contrato diferente; son de la naturaleza de un contrato las que no siendo esenciales en él, se entienden pertenecerle, sin necesidad de una cláusula especial; y son accidentales a un contrato aquellas que ni esencial ni naturalmente le pertenecen, y que se le agregan por medio de cláusulas especiales*”.

definitivo o en su defecto uno preparatorio verbi gracia una promesa¹⁰, cuya finalidad esta última no está completa si no cuando se celebre el contrato futuro definitivo.

3. Responsabilidad por ruptura injustificada en las negociaciones precontractuales.

Cuando los candidatos a ser parte avanzan en sus negociaciones van despertando una confianza legítima en el otro y si se incurren en gastos y ante su ruptura unilateral injustificada¹¹, al no comportarse de buena fe esto es al no cumplir con su deber de corrección en el tráfico jurídico a pesar de no encontrarse vinculado contractualmente¹² deviene en la responsabilidad civil como fuente obligacional del deber de indemnizar¹³ al sujeto que obra de buena fe y al mismo tiempo que haya actuado de manera sagaz. Es decir el justo equilibrio entre el deber del otro de comportarse correctamente, de buena fe¹⁴ y el destinatario de actuar avisadamente o con cautela, para no ser victima de su propia torpeza¹⁵.

¹⁰ Artículo 1611 del Código Civil y 861 del Código de Comercio Colombiano.

¹¹ C.S.J.Casación Civil, Sent. Noviembre 23 de 1989. M.P.José Alejandro Bonivento Fernández.

¹² C.S.J.Casación Civil, Sent. Junio 28 de 1989. M.P.Rafael Romero Sierra.

¹³ Art. 863 del Código de Comercio Colombiano.

¹⁴ Art.1603 del Código Civil: “*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*”.

¹⁵ Non Auditor Propriam Allegans Turpitudinem. El que alega su propia torpeza no debe ser oído. Que es un principio general del derecho.

Es así que cuando a pesar de no haberse celebrado un contrato al cual no se encontraba obligado a hacerlo, puede ser objeto de indemnización por los daños causados en esencia el interés negativo, es decir los perjuicios causados por la no celebración del contrato en ciernes, más no por el incumplimiento de un contrato pues este no existe¹⁶; Es así como surge el tema de la responsabilidad extracontractual y modernamente conocida como la responsabilidad precontractual¹⁷; Salvo que mediara en dichas tratativas un contrato preparatorio como la promesa, el cual puede verse forzado a la ejecución originaria¹⁸, excepto que estos hayan estipulado arras retractatorias, con las que se puede frustrar la ejecución in natura u originaria, ya que al hacer uso de dicho retracto se ha de pagar la suma acordada, no a título de indemnización sino como valor del derecho a desdecirse, que es una conducta conforme a derecho y no contraria a derecho, por lo que la indemnización por el solo hecho del destrate no es viable puesto que se actúa conforme a lo estipulado, eso sí pagando el valor pactado.

¹⁶ Otros como DellaCasa, Matteo agregan que se debe indemnizar adicionalmente con la retractación arbitraria el interés positivo, cuando el daño lo sufre la empresa dependiente por la asimetría del poder contractual. Matteo, DellaCasa Traducción del italiano Pablo Andrés Moreno Cruz. Revista de Derecho Privado Enero a Junio de 2012. Ed. Universidad de los Andes.P.107-134.

¹⁷ C.S.J.Casación Civil, Sent. Junio 28 de 1989. M.P.Rafael Romero Sierra. Ibídem.

¹⁸ Artículo 501 del Código de Procedimiento Civil (Artículo derogado por el literal c) del artículo 626 de la Ley 1564 de 2012. Rige a partir del 1o. de enero de 2014, en los términos del numeral 6) del artículo 627, Artículo modificado por el artículo 47 de la Ley 794 de 2003. El nuevo texto es el siguiente): Inciso 1: “*Cuando el hecho debido consiste en suscribir una escritura pública o cualquier otro documento, el mandamiento ejecutivo, además de los perjuicios moratorios que se demanden comprenderá la prevención al demandado de que en caso de no suscribir la escritura o el documento en el término de tres días, con todos a partir de la notificación del mandamiento, el juez procederá a hacerlo en su nombre como dispone el artículo 503. A la demanda se deberá acompañar, además del título ejecutivo, la minuta o el documento que debe ser suscrito por el ejecutado o en su defecto, por el juez*”.

La responsabilidad precontractual se presenta ante la transgresión al deber de buena fe en los eventos en que se configuran los requisitos generales de la responsabilidad civil, es decir, daño, nexo causal, imputación moral, tales como el dolo, culpa (teoría subjetiva), o incluso excluirse este aspecto moral (teoría objetiva), sin que sea relevante en principio la forma del contrato que se pretenda celebrar sea consensual, solemne o real (arts.1500, 1501 C.C.).

Una vez celebrado el contrato, la responsabilidad precontractual no ha quedado del todo atrás, en la medida en que a pesar de que la responsabilidad tras la celebración es contractual, indemnizable en su interés positivo, pudieron haber quedado secuelas de su etapa anterior que estarían llamada a ser reparable¹⁹ de manera precontractual pese a la existencia de un contrato.

En principio los únicos interesados en que se culminen exitamente o no las negociaciones a través de la formulación de una oferta que una vez comunicada y aceptada por el destinatario se forman el negocio proyectado, son los candidatos a ser parte. Si estas negociaciones se interumpen corresponde a la esfera de las futuras partes y si esta se hace sin justificación alguna, se analizara los requisitos de la responsabilidad civil extracontractual que al no observar la buena fe y crear confianza legitima en el otro, estará llamado a indemnizar el candidato a ser parte y no por terceros.

¹⁹ Messineo, Francesco. Doctrina General del Contrato.P.309.

4. Planteamiento del problema de la interrupcion de un tercero en las negociaciones precontractuales.

En todo este itinerario negocial que busca el intercambio de bienes y servicios, puede ser interrumpida por su contraparte o por un tercero que por sus propios intereses persigue que se rompan las conversaciones, negociaciones, la oferta o su aceptación, evitando la celebración del contrato. Asunto que sería resuelto en un primer estadio con la petición extrajudicial o judicial de perjuicios dirigida en contra de quien no se comportó con lealtad y corrección o de buena fe²⁰ a favor del candidato a ser parte, en el caso de no haberse celebrado aún el contrato, o en el caso de haberse celebrado dicho negocio de su contraparte; Es decir a favor de su pareja negocial quien actuó de manera legítima, de buena fe pero sagaz, siempre y cuando se pueda establecer los requisitos de la responsabilidad en general esto es el daño, principalmente los gastos; La causalidad adecuada²¹ y culpa (esta imputación moral por culpa cabe recordar se encuentra excluida por la teoría objetiva de la responsabilidad); Pero de difícil configuración frente al tercero entrometido.

Un ejemplo de interrupción de un tercero en la etapa precontractual podría ser el de Tommy ingeniero civil busca comprar un equipo de última generación a buen precio de Katty la constructora Ltda., se procede al contacto preliminar, las partes entran en conversaciones y cuando ya están avanzados en sus negociaciones, considerando los candidatos a parte

²⁰ Hinestrosa, Martha. Tesis de Grado, P.12.

²¹ Hay diferentes teorías de la causalidad en materia civil, como la de equivalencia de condiciones, sine qua non, adecuada, eficiente.

seriamente que el negocio se va a celebrar, al punto que solo faltare la aceptación, aparece Mateo un competidor de Tommy que le ofrece comprar a un mejor precio por el equipo a lo cual el constructor accede, viéndose frustrada la celebración del contrato de Tommy con Katty la constructora Ltda.

Se plantea el interrogante si Tommy podrá obtener la indemnización de perjuicios frente a Mateo, y no solo frente a Katty la constructora Ltda., a lo cual se podría contestar que en principio no, por dos motivos fundamentales, el primero consiste en la relatividad de los negocios, los cuales en principio tiene efectos frente a los que han intervenido en él, por oposición no frente a terceros, y la segunda razón por cuanto la buena fe solo se espera su observancia de quien ha debido emplearla.

El anterior ejemplo daría como solución una absolución de Mateo justamente por ser tercero y en detrimento del accionante perjudicado. El ordenamiento jurídico colombiano de estirpe del civil law al parecer la solución apunta al resarcimiento de la víctima por parte de su contraparte, más no del tercero entrometido.

5. Tratamiento de la intromisión de un tercero en el derecho comparado.

Sin embargo la anterior solución, que premia al que no ha actuado de buena fe no ha sido pacífica, en especial en el derecho comparado que ha desarrollado lo que se conoce como “tortious interference” que ha tenido su evolución en el derecho inglés en especial con la

interferencia en las relaciones contractuales “Interference With Contractual Relations” aplicable en el caso Lumley contra Gye en 1983, donde se indujo por un tercero el incumplimiento de un cantante frente al empresario, el cual se tuvo en cuenta la “malicia”, aspecto que fue descartado en el siglo XIX y sustituido por el “conocimiento”, acompañado de la injerencia como ampliación al concepto de mera inducción, el cual puede hacerse de manera directa o indirecta siempre cuando esta última se utilice medios ilícitos de injerencia, como en caso Daily Mirror Newspaper Ltd contra Gardner en 1968 en el cual el sindicato pretende que los expendedores del periódico no se surtieran directamente de la empresa editorial pese a existir un contrato entre los expendedores y la editorial.²²

Por su parte en los Estados Unidos un caso muy notorio se presentó con Texaco el cual interfirió con conocimiento de causa en las negociaciones en que la Penzoil iba a adquirir un importante paquete accionario de Getty Oil, por lo que la petrolera Texaco se vio enfrentada a pagar una exorbitante suma de dinero por los daños causados a Penzoil²³, en desarrollo de “tortious interference”²⁴.

²² Philip James. Introducción al Derecho Inglés Traducción Jesús Torres García. Editorial Temis. Bogotá. 1996. P.333.

²³ Pennzoil V. Texaco, Twenty Years After: Lessons for Business Lawyers. ROBERT M. LLOYD “Pennzoil had made its argument for damages as follows: Getty Oil owned a billion barrels of oil reserves. If Texaco had not interfered, Pennzoil would have purchased Getty Oil (and its oil reserves) for \$3.4 billion dollars. The average cost of finding new oil reserves in the United States at the time was \$10.87 per barrel. Thus, to find a billion dollars worth of new oil would have cost Pennzoil \$10.87 billion. Pennzoil should therefore be entitled to the difference between the price it would have had to pay to find a billion barrels of oil and the price it would have had to pay for Getty Oil”.
<http://trace.tennessee.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1073&context=transactions>

²⁴ U.S. Supreme Court. Pennzoil v. Texaco, Inc., 481 U.S. 1 (1987). Pennzoil v. Texaco, Inc. No. 85-1798. Argued January 12, 1987. Decided April 6, 1987. 481 U.S. 1. *APPEAL FROM THE UNITED STATES COURT OF APPEALS FOR THE SECOND CIRCUIT*: “Indeed, the interest in enforcing the bond and lien requirement is privately held by Pennzoil, not by the State of Texas. The Court of Appeals correctly stated

6. Posibles soluciones a la intromisión ajena en el ordenamiento jurídico colombiano.

Hilando más delgado se podría establecer la responsabilidad del tercero, en nuestro sistema, concretamente en las negociaciones en el periodo precontractual mediante la aplicación dolo externo, la regulación de la competencia desleal y con la aplicación de la solidaridad:

a. Dolo externo:

Se ha conocido de vieja data el concepto del “Dolo” en materia civil como la intención positiva de inferir injuria y que en la graduación de culpas, el dolo se asimila a la culpa grave;²⁵ También se le ha tratado aunque no sin crear confusión por la utilización del mismo termino, como un vicio del consentimiento que consiste en el error inducido, que debe provenir de la otra parte y ser determinante, o sea su influencia decisiva para sea que viciado el negocio jurídico con la nulidad²⁶ y si es meramente incidental, es decir de todas maneras se hubiere celebrado pero en condiciones diferentes solo dará lugar a la

that this is a suit between two private parties stemming from the defendant's alleged tortious interference with the plaintiff's contract with a third private party." <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/481/1/case.html>

²⁵ Artículo 63 del Código Civil Colombiano: “La ley distingue tres especies de culpa o descuido. Culpa grave, negligencia grave, culpa lata, es la que consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aun las personas negligentes o de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios. Esta culpa en materias civiles equivale al dolo....El dolo consiste en la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro”.

²⁶ Artículo 1515 Inciso 1 Código Civil Colombiano: “El dolo no vicia el consentimiento sino cuando es obra de una de las partes, y cuando además aparece claramente que sin él no hubiera contratado”.

indemnización de perjuicios,^{27 28} así lo expresa en inciso primero del artículo 1515 del Código Civil.

Adicionalmente a lo ya expresado sobre dolo determinante y dolo incidental se distingue entre dolo interno y externo²⁹ y la distinción obedece a quien fraguó la inducción al error o dolo, si fue la contraparte,³⁰ dará lugar a la nulidad, esto es el dolo interno, o por otro lado se trata de un extraño esto es el dolo externo, podrá reclamar la víctima del daño de dicho tercero la indemnización integra de perjuicios y de su contraparte³¹ hasta la concurrencia de su provecho por el acto de un tercero, como lo establece el artículo 1515 inciso 2 del Código Civil establece la responsabilidad del tercero aprovechado del dolo: *“En los demás casos el dolo da lugar solamente a la acción de perjuicios contra la persona o personas que lo han fraguado o que se han aprovechado de él; contra las primeras por el total valor de los perjuicios y contra las segundas hasta concurrencia del provecho que han reportado del dolo”*.

²⁷ Artículo 1515 Inciso 2 Código Civil: “En los demás casos el dolo da lugar solamente a la acción de perjuicios contra la persona o personas que lo han fraguado o que se han aprovechado de él; contra las primeras por el total valor de los perjuicios y contra las segundas hasta concurrencia del provecho que han reportado del dolo”.

²⁸ Hinestrosa Fernando. Obligaciones. Universidad Externado. P.235.

²⁹ Hinestrosa Fernando. Obligaciones. Universidad Externado. P.235 a 236.

³⁰ En los negocios unilaterales proviene del beneficiario.

³¹ Contraparte en los negocios bilaterales; Beneficiario en los unilaterales; O candidato a ser parte en las negociaciones.

Sin embargo conforme a la misma norma se establecen unos requisitos para poderse indilgar responsabilidad del tercero, esto es o bien que lo haya fraguado esto es ir enderezado a la realización de algo torticero³² o que por lo menos se haya aprovechado por medios ilícitos o ilegales del dolo, y en este último caso el que se enriquece con justa causa, no se le puede predicar reproche por ello; El provecho del tercero surge como desarrollo del enriquecimiento sin causa o injusto, pero sin que se confunda con la acción de enriquecimiento sin causa o injustificado³³, por cuanto si bien tiene el mismo su mismo fundamento, se trata de una acción indemnizatoria, y por lo tanto principal, por lo que se han de establecer los requisitos de la responsabilidad civil y no simplemente de reembolso por lo enriquecido, ya que parte de la causa o justificación es el dolo y el daño producido como consecuencia de dicho dolo y no el mero enriquecimiento del tercero. Se trata de una acción que busca el resarcimiento con la limitante en el monto del provecho y no una acción de reembolso de los beneficios obtenidos por el tercero³⁴.

La doctrina Chilena explica³⁵ con ocasión del Artículo 1458 del Código Civil Chileno³⁶ articulo semejante al articulo 1515 del Código Civil Colombiano, aplicable para nuestro

³² Real Academia Española. Vigésima segunda edición: “2. tr. Idear, discurrir y trazar la disposición de algo. U. m. en sent. Peyor”.

³³ Enriquecimiento de una parte, a costa o es relación del empobrecimiento de la otra sin justa o sin causa, acción considerada subsidiaria.

³⁴ En igual sentido Domínguez Aguila, Ramón. Sobre el artículo 2316 inciso segundo del Código Civil y la acción contra el que recibe provecho del dolo ajeno. Revista de Derecho: Universidad de Concepción, Chile, ISSN 0303-9986, N°. 225-226, 2009 , págs. 217-230

³⁵ Rozas Vial, Fernando. El error y el miedo como únicos vicios de la voluntad. Revista chilena de derecho Año 1975, Vol. 2, Número 1-2. Pags.74-75.

caso, frente al dolo externo la parte³⁷ víctima se cual fuera, sea esta la persona en cuya voluntad se ejerció o el otro contratante, tendrá derecho a pedir la indemnización de perjuicios frente al que lo causo el dolo.

Ahora bien en aras de precisión se ha de establecer que si el otro contratante ejerce la acción frente al tercero la acción de indemnización de perjuicios será extracontractual, puesto que el tercero no tiene vínculo contractual con dicha víctima del dolo.

No tendrán a su favor acción de perjuicios la persona o personas que lo han fraguado o que se han aprovechado del dolo, si no por el contrario deberán responder frente a la víctima de dicha conducta, que puede ir por la reparación integral de los perjuicios³⁸ irrogados a cargo de la persona o personas que lo han fraguado, o hasta la concurrencia del provecho que les ha reportado si es el caso en que no lo fraguó pero si obtuvo beneficio³⁹ por el dolo que rompe con el principio según el cual el negocio es extraño a los que no intervienen en él,

³⁶ Artículo 1458 del Código Civil Chileno: *“El dolo no vicia el consentimiento sino cuando es obra de una de las partes, y cuando además aparece claramente que sin él no hubieran contratado.*

En los demás casos el dolo da lugar solamente a la acción de perjuicios contra la persona o personas que lo han fraguado o que se han aprovechado de él; contra las primeras por el total valor de los perjuicios, y contra las segundas hasta concurrencia del provecho que han reportado del dolo”.

³⁷ O candidato a parte.

³⁸ La reparación integral según la cual se debe indemnizar todo el daño causado, parece entrar en contradicción con la Sentencia C-1008/10 que declaró exequible, el inciso primero del artículo 1616 del código civil: *“si no se puede imputar dolo al deudor, solo es responsable de los perjuicios que se previeron o pudieron preverse al tiempo del contrato; pero si hay dolo, es responsable de todos los perjuicios que fueron consecuencia inmediata o directa de no haberse cumplido la obligación o de haberse demorado su cumplimiento”.*

³⁹ Res inter alios acta

que tiene excepciones como lo manifiesta el maestro Hinestrosa⁴⁰: “...no puede sostenerse sin salvedades el principio de que el negocio solamente produce efectos entre las partes. Los terceros pueden recibir beneficio de allí, como también, a su pesar, derivar desventajas”.

Nótese que tanto el dolo externo como el interno no se encuentran limitados en cuanto a su aplicación exclusivamente al contrato y por el contrario se amplía a las negociaciones precontractuales:

1. Cuando se establece en el ya descrito artículo 1515 inciso 2 del Código Civil en su tenor literal “en los demás casos”, dando margen para la aplicación también en el periodo precontractual.
2. En desarrollo de los principios generales del que se basa en prohibición del Enriquecimiento Injusto, *Nemine Laedere*⁴¹, Abuso del Derecho⁴², el cual puede provenir de un tercero, aún en la etapa precontractual.

b. Competencia desleal:

De otro lado mediante norma especializada, como es la ley de competencia desleal, que establece consecuencias adversas frente al competidor o concurrente que obra en contra de la buena fe comercial, y en uno de los tipos, que por cierto no son taxativos, es decir son

⁴⁰ Hinestrosa Fernando. Obligaciones. Universidad Externado. Pag.369.

⁴¹ No dañar a otro.

⁴² Del Cual algunos niegan su propia existencia diferente al daño, puesto que no se puede abusar del derecho ya que al transgredir el límite del derecho, desaparece el derecho. El abuso y derecho son excluyentes y opuestos, en igual sentido Hinestrosa Fernando. Obligaciones. Universidad Externado. Pag.687 y ss.

enunciativos, establece la inducción a la ruptura contractual en el artículo 17 de la ley 256 de 1996: “Se considera desleal la inducción a trabajadores, proveedores, clientes y demás obligados, a infringir los deberes contractuales básicos que han contraído con los competidores. La inducción a la terminación regular de un contrato o el aprovechamiento en beneficio propio o ajeno de una infracción contractual ajena sólo se califica desleal cuando siendo conocida, tenga por objeto la expansión de un sector industrial o empresarial o vaya acompañado de circunstancias tales como el engaño, la intención de eliminar a un competidor del mercado u otros análogos”.

El Doctor Mauricio Velandia plantea tres hipótesis⁴³ que se pueden sintetizar así:

1. Inducción al incumplimiento del contrato: El cual se configura con la sola “influencia” ilegítima o abusiva pero determinante en el incumplimiento negocial.
2. Inducción a la terminación regular: Evita la prorroga o renovación de un contrato que termina por causa contempladas en el negocio, pero no por incumplimiento.
3. El aprovechamiento de la infracción contractual: Es el que “conociendo” el incumplimiento ajeno se beneficia de este, sin que intervenga en la infracción negocial.

No se trata de crear un monopolio contractual, se puede ofertar al obligado o al que lleva adelantando las negociaciones⁴⁴.

⁴³ Velandia Mauricio. Derecho de la Competencia y del Consumo. Universidad Externado de Colombia. Segunda Edición. Bogotá. 2011. P.395-396.

⁴⁴ Velandia Mauricio. Derecho de la Competencia y del Consumo. Universidad Externado de Colombia. Segunda Edición. Bogotá. 2011. P.395.

Sobre la competencia desleal se amplía el campo de protección que no se limita al plano meramente indemnizatorio, sino que se puede obtener en primera medida la declaratoria la ilegalidad de los actos y consecuentemente se ordene al infractor remover los efectos producidos, acompañado de medidas cautelares⁴⁵, medidas cautelares que eran excepcionales antes de la ley 1395 de 2010⁴⁶ y del Código General del Proceso.⁴⁷ Adicionalmente las medidas pueden ser de carácter preventivas, con el fin de evitar la consumación de la conducta desleal.⁴⁸

Sin embargo se presentan limitaciones con la ley de competencia desleal, que pese a que se puede aplicar tanto a comerciantes como a los que no lo son, se restringe solamente a los que participan o demuestren su intención para participar en el mercado, cuyos intereses

⁴⁵ Artículo 20. De la Ley 256 de 1996 Inciso 1: “Contra los actos de competencia desleal podrán interponerse las siguientes acciones: 1. Acción declarativa y de condena. El afectado por actos de competencia desleal tendrá acción para que se declare judicialmente la ilegalidad de los actos realizados y en consecuencia se le ordene al infractor remover los efectos producidos por dichos actos e indemnizar los perjuicios causados al demandante. El demandante podrá solicitar en cualquier momento del proceso, que se practiquen las medidas cautelares consagradas en el artículo 33 de la presente Ley”.

⁴⁶ La ley 1395 de 2010 en el artículo 39 establece el registro de la demanda para los procesos de responsabilidad civil, adicionalmente al registro de la demanda para los procesos declarativos que conllevaran cambio de del derecho real principal.

⁴⁷ El Código General del Proceso en su artículo 590, además del registro de la demanda para los procesos declarativos que conllevaran cambio de del derecho real principal, aumenta el secuestro de los demás bienes que no sea objeto de inscripción de la demanda, manteniendo el registro de la demanda de la ley 1395 de 2010 para los procesos de responsabilidad civil y agregando la de cualquier otra medida que el juez dentro de la razonabilidad considere.

⁴⁸ Artículo 20. De la Ley 256 de 1996 Inciso 2: “Contra los actos de competencia desleal podrán interponerse las siguientes acciones: 2. Acción preventiva o de prohibición. La persona que piense que pueda resultar afectada por actos de competencia desleal, tendrá acción para solicitar al juez que evite la realización de una conducta desleal que aún no se ha perfeccionado, o que la prohíba aunque aún no se haya producido daño alguno”.

económicos resulten perjudicados o amenazados por los actos de competencia desleal, máximo ampliándose a las asociaciones o corporaciones profesionales; Las asociaciones de protección del consumidor en interés de los consumidores; El Procurador General de la Nación siempre que afecten gravemente el interés público o la conservación de un orden económico de libre competencia (art.3 y 21 Ley 256 de 1996), y aunado a un tiempo corto de prescripción de dos y tres años⁴⁹, frente a un proceso de responsabilidad civil puede ir hasta el término que prescriba la acción ordinaria de diez años⁵⁰.

Con relación a las conductas típicas de competencia desleal se contempla sobre inducción a la ruptura contractual, en el artículo 17 ley 256 de 1996: *“Se considera desleal la inducción a trabajadores, proveedores, clientes y demás obligados, a infringir los deberes contractuales básicos que han contraído con los competidores.*

La inducción a la terminación regular de un contrato o el aprovechamiento en beneficio propio o ajeno de una infracción contractual ajena sólo se califica desleal cuando, siendo conocida, tenga por objeto la expansión de un sector industrial o empresarial o vaya acompañada de circunstancias tales como el engaño, la intención de eliminar a un competidor del mercado u otros análogos”.

⁴⁹ Artículo 23 ley 256 de 1996: “Las acciones de competencia desleal prescriben en dos (2) años a partir del momento en que el legitimado tuvo conocimiento de la persona que realizó el acto de competencia desleal y en todo caso, por el transcurso de tres (3) años contados a partir del momento de la realización del acto”.

⁵⁰ Artículo 2536 del Código Civil. Modificado por la Ley 791 de 2002 artículo 8.

Esta conducta tipificada en la legislación de competencia desleal, se predica justamente sobre el periodo contractual, contrario sensu, no sobre otro periodo, lo cual a primera vista pareciera inaplicable la ley de competencia desleal al periodo precontractual, lo cual no es cierto por cuanto:

1. Se debe interpretar esta ley de acuerdo a principios constitucionales de actividad económica e iniciativa privada⁵¹ dentro de estos encontramos la libertad económica o de empresa que tiene una función social.⁵²
2. La prohibición general de la competencia desleal⁵³ que evita los riesgos de dejar por fuera algunos eventos no contemplados por el legislador o por el avance de los mercados.⁵⁴

Por lo que se puede concluir que tratándose de la ley de competencia desleal sobre inducción a la ruptura contractual, ha de quedar comprendida la ruptura tanto en las relaciones contractuales como en las negociaciones precontractuales, por lo que lo que la

⁵¹ Artículo 6 de la ley 256 de 1996: “Esta Ley deberá interpretarse de acuerdo con los principios constitucionales de actividad económica e iniciativa privada libres dentro de los límites del bien común; y competencia económica y libre y leal pero responsable”.

⁵² Art.333 Const.Pol.Col.

⁵³ Artículo 7 de la ley 256 de 1996: “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 2o. del artículo 10 bis del Convenio de París, aprobado mediante Ley 178 de 1994, se considera que constituye competencia desleal, todo acto o hecho que se realice 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 bien cuando esté encaminado a afectar o afecte la libertad de decisión del comprador o consumidor, o el funcionamiento concurrencial del mercado”.

⁵⁴ Velandia Mauricio. Derecho de la Competencia y del Consumo. Universidad Externado de Colombia. Segunda Edición. Bogotá. 2011. P.379 y ss.

tipicidad contemplada en la ley no es negación de otras conductas que siendo desleales afecten la competencia.

En otras palabras sería un acto de competencia desleal la interrupción en las negociaciones la inducción, influencia ilegítima o abusiva y determinante que rompa injustificadamente las negociaciones, o conllevar a que se termine con justa causa, o que conociendo la ruptura ajena se beneficie de esta, sin que intervenga en la infracción.

c. Ampliación de la responsabilidad mediante la solidaridad por participación en el daño de los entrometidos.

La responsabilidad civil se amplía a todos lo que han participado del hecho ilícito civil, es decir tanto al tercero mismo, a sus coparticipes o cómplices e incluso el candidato o contraparte que ha participado en la lesión del interés ajeno, mediante la sanción represiva o una seguridad ante una vinculación más estrecha o simplemente dando protección superior al titular del interés⁵⁵ esto es mediante la consagración legal de la solidaridad por pasiva, en virtud de la cual exigirse cada uno de los deudores o por cada uno de los acreedores el total de la deuda (Artículo 1568 Código Civil Inciso 2), figura excepcional en

⁵⁵ Hinestrosa Fernando. Cartilla obligaciones Primera y Segunda Parte. Ed. Universidad Externado de Colombia. P.22.

materia civil y la regla general en los negocios mercantiles⁵⁶ adicionalmente se puede pactar entre las partes o establecerse por testamento.⁵⁷

La legislación Civil aplicable tanto para sus propios asuntos como para asuntos comerciales que no pudieren regularse por la ley comercial directamente o por analogía⁵⁸ tratándose de la causación del daño entre varios intervinientes establece la solidaridad pasiva de dichos co-participes, con el fin de proteger más fácilmente los derechos de la víctima, que se predica de cualquier régimen de responsabilidad, tanto contractual, como extracontractual y aún precontractual, como lo establece el artículo 2344 del Código Civil: *“Si de un delito o culpa ha sido cometido por dos o más personas, cada una de ellas será solidariamente responsable de todo perjuicio procedente del mismo delito o culpa, salvo las excepciones de los artículos 2350 y 2355.*

Todo fraude o dolo cometido por dos o más personas produce la acción solidaria del precedente inciso”.

Para que pueda predicarse de la responsabilidad solidaria deben ser demandados todas las personas para que puedan ejecutarse a partir de la condena judicial, so pena de que el único demandado pueda obtener su reducción por estarse ante la presencia de la intervención de

⁵⁶ Artículo 825 del Código de Comercio Colombiano: “En los negocios mercantiles, cuando fueren varios los deudores se presumirá que se han obligado solidariamente”.

⁵⁷ Artículo 1568 Código Civil Colombiano Inciso 2: “Pero en virtud de la convención, del testamento o de la ley puede exigirse cada uno de los deudores o por cada uno de los acreedores el total de la deuda, y entonces la obligación es solidaria o in solidum”.

⁵⁸ Artículo 2 Código de Comercio Colombiano: “En las cuestiones comerciales que no pudieren regularse conforme a la regla anterior, se aplicarán las disposiciones de la legislación civil”.

un tercero, en este caso como causal no de exoneración total, sino apenas parcial y en caso contrario, cuando se demanden a todos los intervinientes la solidaridad entre todos ellos los que no puedan probar su no intervención o que no prueben que actuaron correcta y advertidamente.⁵⁹

La norma civil precitada establece un beneficio para el acreedor del daño, es decir la victima que podrá dirigir su acción de perjuicios frente a cualquiera de los que causaron el daño, por todo a parte de la obligación, sin que se pueda oponer ningun beneficio que podría alegar un fiador, ya que nos es propio de la solidaridad, pero con la posibilidad de alegar ausencia de causa adecuada y en caso de no salir victorioso en sus excepciones con la posibilidad de subrogarse⁶⁰ frente a sus compañeros deudores, con descuento de su propio interes en la deuda, ya que una vez satisfecha la obligación, internamente no se predica la solidaridad entre los diferentes codeudores.

7. Conclusiones.

Puede endilgarse responsabilidad civil no solo de los candidatos a ser parte sino también del tercero que interfiere en las negociaciones precontractuales en nuestro ordenamiento jurídico, cuando el tercero si bien no se exige de manera expresa el “conocimiento” si debe

⁵⁹ En igual sentido Hinestrosa, Fernando. Derecho Civil, Obligaciones. Ed.Universidad Externado de Colombia P.630 y ss.

⁶⁰ Artículo 1668 del Código Civil Colombiano: “*Se efectúa la subrogación por el ministerio de la ley, y aún contra la voluntad del acreedor, en todos los casos señalados por las leyes y especialmente a beneficio: 3o.) Del que paga una deuda a que se halla obligado solidaria o subsidiariamente*”.

haberlo fraguado, esto es como ya se anotó debe ir enderezado a la realización de algo torticero⁶¹ o que por lo menos se haya aprovechado del dolo aprovechado directa o indirectamente con medios ilegales, tratándose de las negociaciones extrañas, ya que con la utilización de medios legales, se estaría actuando conforme a derecho y por lo tanto se encuentra respaldado por el ordenamiento jurídico, salvo que se abuse del derecho, se enriquezca sin causa o daño, o en ultimas se haga con fines concurrenciales en el mercado que no tiene como único remedio la indemnización, considerandose un acto de competencia desleal la interrupción en las negociaciones la inducción, influencia ilegítima o abusiva y determinante que rompa injustificadamente las negociaciones, o conllevar a que se termine con justa causa, o que conociendo la ruptura ajena se beneficie de esta, sin que intervenga en la infracción.

La responsabilidad en la interrupción en las negociaciones se amplía a todos lo que han participado del hecho ilícito civil, tercero, coparticipes, cómplices, candidato o contraparte que ha participado en la lesión del interés ajeno, mediante la solidaridad, intervinientes que responderan de acuerdo a lo ya precisado.

⁶¹ Real Academia Española. Vigésima segunda edición: “2. tr. Idear, discurrir y trazar la disposición de algo. U. m. en sent. Peyor”.

Bibliografía

Betti, Emilio, Teoría General del Negocio Jurídico, Edit.Revista De Derecho, Segunda Edición. Madrid.

C.S.J.Casación Civil, Sent. Junio 28 de 1989. M.P.Rafael Romero Sierra.

C.S.J.Casación Civil, Sent. Noviembre 23 de 1989. M.P.José Alejandro Bonivento Fernández.

Caso Pennzoil V. Texaco, Twenty Years After: Lessons for Business Lawyers. ROBERT M. LLOYD
<http://trace.tennessee.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1073&context=transactions>

Código Civil Chileno.

Código Civil Colombiano.

Código de Comercio Colombiano.

Código de Procedimiento Civil.

Código General del Proceso.

Constitución Política de Colombia.

DellaCasa, Matteo. Traducción del italiano Pablo Andrés Moreno Cruz. Revista de Derecho Privado Enero a Junio de 2012. Ed. Universidad de los Andes.

Domínguez Aguila, Ramón. Sobre el artículo 2316 inciso segundo del Código Civil y la acción contra el que recibe provecho del dolo ajeno.Revista de Derecho: Universidad de Concepción, Chile, ISSN 0303-9986, N°. 225-226, 2009.

Hinestrosa Fernando, Estudios de Derecho Privado Universidad Externado de Colombia. Función, Límites y Cargas de la Autonomía Privada. 1986.

Hinestrosa Fernando. Cartilla obligaciones Primera y Segunda Parte. Ed. Universidad Externado de Colombia.

Hinestrosa, Fernando. Derecho Civil, Obligaciones. Ed.Universidad Externado de Colombia.

Hinestrosa, Martha. Tesis de Grado.

<http://www.unidroit.org/dynasite.cfm?dsmid=103284>.

Küng, Hans, Una ética mundial para la economía y la política, Madrid, Trotta, 1999.

Ley 1395 de 2010.

Ley 256 de 1996.

Ley 794 de 2003.

LLOYD ROBERT M. Pennzoil V. Texaco, Twenty Years After: Lessons for Business Lawyers.

<http://trace.tennessee.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1073&context=transactions>

Messineo, Francesco. Doctrina General del Contrato.

Philip James. Introducción al Derecho Inglés Traducción Jesús Torres García. Editorial Temis. Bogotá. 1996.

Real Academia Española. Vigésima segunda edición.

Real Academia Española. Vigésima segunda edición.

Rozas Vial, Fernando. El error y el miedo como únicos vicios de la voluntad. Revista chilena de derecho Año 1975, Vol. 2, Número 1-2.

Scognamiglio, R. Teoría General del Contrato, Milán, Trad.Fernando Hinestrosa, 1961.

Sentencia C-1008/10.

Tremolada Álvarez, Eric, Crisis y Perspectiva comparada de los procesos de integración, Segunda Jornada Cátedra Jean Monnet en Colombia. Ed.Universidad Externado de Colombia, Primera Edición, Bogotá, 2008.

Twining, William, Derecho y globalización, Bogotá, Universidad de los Andes, 2003.

U.S. Supreme Court. Pennzoil v. Texaco, Inc., 481 U.S. 1 (1987). Pennzoil v. Texaco, Inc. No. 85-1798. Argued January 12, 1987. Decided April 6, 1987. 481 U.S. 1. *APPEAL FROM THE UNITED STATES COURT OF APPEALS FOR THE SECOND CIRCUIT*: <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/481/1/case.html>

Velandia Mauricio. Derecho de la Competencia y del Consumo. Universidad Externado de Colombia. Segunda Edición. Bogotá. 2011.