

**LA
REFORMA
FRANCESA
DEL
DERECHO
DE LOS
CONTRATOS
Y DE LAS
OBLIGACIONES:
¿fuente de inspiración
para una futura reforma
en derecho colombiano?**

**ANABEL RIAÑO SAAD
SILVANA FORTICH**
editoras

Adriana M. Cely
José Félix Chamie Gandur
Carlos Alberto Chinchilla Imbett
Édgar Cortés Moncayo
Silvana Fortich
Aida Patricia Hernández Silva
Jorge I. Herrera Moreno
Margarita Morales Huertas

Felipe Navia Arroyo
Martha Lucía Neme Villarreal
Anabel Riaño Saad
Paula Natalia Robles Bacca
Javier M. Rodríguez Olmos
Daniel Rojas-Tamayo
Catalina Salgado Ramírez
Luis Carlos Sánchez Hernández

Universidad
Externado
de Colombia

Anabel Riaño Saad
Silvana Fortich
(eds.)

**La reforma francesa del
derecho de los contratos
y de las obligaciones:
¿fuente de inspiración
para una futura reforma
en derecho colombiano?**

Universidad Externado de Colombia

La reforma francesa del derecho de los contratos y de las obligaciones : ¿fuente de inspiración para una futura reforma en derecho colombiano? / Adriana M. Cely [y otros] ; Anabel Riaño Saad, Silvana Fortich (eds.). -- Bogotá : Universidad Externado de Colombia. 2020.

764 páginas ; 21 cm.

Incluye referencias bibliográficas.

ISBN: 9789587904697

1. Contratos 2. Obligaciones (Derecho) 3. Responsabilidad civil 4. Derecho civil – Historia – Francia 5. Derecho civil – Historia – Colombia 6 Derecho civil -- Fuentes I. Riaño Saad, Anabel, editora II. Fortich, Silvana, editora III. Universidad Externado de Colombia IV. Título

346.5 SCDD 15

Catalogación en la fuente -- Universidad Externado de Colombia. Biblioteca. EAP.
noviembre de 2020

ISBN 978-958-790-469-7

© 2020, ANABEL RIAÑO SAAD, SILVANA FORTICH (EDS.)

© 2020, UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA

Calle 12 n.º 1-17 este, Bogotá

Teléfono (57-1) 342 0288

publicaciones@uexternado.edu.co

www.uexternado.edu.co

Primera edición: noviembre de 2020

Diseño de cubierta: Departamento de Publicaciones

Corrección de estilo: Santiago Perea Latorre

Composición: Álvaro Rodríguez

Impresión y encuadernación: Panamericana, formas e impresos S.A.

Tiraje de 1 a 1.000 ejemplares

Impreso en Colombia

Printed in Colombia

Prohibida la reproducción o cita impresa o electrónica total o parcial de esta obra sin autorización expresa y por escrito del Departamento de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia. Las opiniones expresadas en esta obra son responsabilidad de los autores.

CONTENIDO

PRESENTACIÓN	13
<i>Silvana Fortich</i> <i>Anabel Riaño Saad</i>	
VISIÓN PANORÁMICA DEL NUEVO DERECHO FRANCÉS DE LOS CONTRATOS Y LAS OBLIGACIONES	23
<i>Felipe Navia Arroyo</i>	
PRIMERA PARTE	
LA FORMACIÓN DEL CONTRATO EN LA REFORMA DEL DERECHO FRANCÉS: ALGUNOS COMENTARIOS DESDE EL PUNTO DE VISTA DE UN JURISTA COLOMBIANO	
ALGUNAS ANOTACIONES SOBRE LA RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL POR LA RUPTURA DE LAS NEGOCIACIONES EN LA REFORMA DEL DERECHO DE LOS CONTRATOS Y LAS OBLIGACIONES EN FRANCIA: ¿UN MODELO A SEGUIR POR EL DERECHO COLOMBIANO?	47
<i>Catalina Salgado Ramírez</i>	
EL CONTRATO POR MEDIOS ELECTRÓNICOS: LA REFORMA AL CÓDIGO CIVIL FRANCÉS Y SU INFLUENCIA EN EL DERECHO CONTRACTUAL COLOMBIANO	75
<i>Silvana Fortich</i>	
CAPACIDAD Y REPRESENTACIÓN: CAPACIDAD DE LAS PERSONAS MORALES	117
<i>Adriana M. Cely</i>	
LA SUPRESIÓN DE LA CAUSA EN EL DERECHO FRANCÉS, ¿UN MODELO PARA UNA FUTURA REFORMA DEL DERECHO COLOMBIANO?	137
<i>Jorge I. Herrera Moreno</i>	

SEGUNDA PARTE

LOS EFECTOS DEL CONTRATO EN LA REFORMA DEL DERECHO FRANCÉS:
ALGUNAS NOTAS DESDE LA PERSPECTIVA DEL DERECHO COLOMBIANO

EL INCUMPLIMIENTO EN LA REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL FRANCÉS NO CONSTITUYE UN MODELO A SEGUIR QUE PERMITA LA CABAL FUNCIONALIDAD DEL INCUMPLIMIENTO EN EL SISTEMA JURÍDICO COLOMBIANO	201
<i>Martha Lucía Neme Villarreal</i> <i>Carlos Alberto Chinchilla Imbett</i>	
LAS EXCEPCIONES DILATORIAS EN LA REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL FRANCÉS: EXCEPCIÓN DE CONTRATO NO CUMPLIDO Y EXCEPCIÓN DE INCUMPLIMIENTO PREVISIBLE	249
<i>Carlos Alberto Chinchilla Imbett</i>	
¿LA ARQUITECTURA DE LA INTERPRETACIÓN DEL CONTRATO EN LA REFORMA AL CÓDIGO CIVIL FRANCÉS COMO MODELO PARA EL DERECHO CONTRACTUAL COLOMBIANO? LUCES Y SOMBRAS	281
<i>Javier Mauricio Rodríguez Olmos</i>	
LA REVISIÓN DEL CONTRATO POR IMPREVISIÓN EN EL DERECHO FRANCÉS: DE LA REGLA DE LA OBLIGATORIEDAD A LA RENEGOCIACIÓN NORMATIVA	359
<i>José Félix Chamie Gandur</i>	
LA TERMINACIÓN UNILATERAL POR INCUMPLIMIENTO EN LA REFORMA AL CÓDIGO CIVIL FRANCÉS	399
<i>Margarita Morales Huertas</i>	
LA CESIÓN DEL CONTRATO	445
<i>Aida Patricia Hernández Silva</i>	

TERCERA PARTE

EL RÉGIMEN GENERAL DE LAS OBLIGACIONES EN LA REFORMA DEL DERECHO FRANCÉS: ALGUNAS CUESTIONES DESDE LA ÓPTICA DEL DERECHO COLOMBIANO

LA CLASIFICACIÓN DE LAS FUENTES DE LAS OBLIGACIONES EN LA REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL FRANCÉS DE 2016	489
<i>Luis Carlos Sánchez Hernández</i>	

LA RENOVACIÓN DE LAS MODALIDADES DE LAS OBLIGACIONES <i>Daniel Rojas-Tamayo</i>	533
EL CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES EN EL CONTEXTO DE LA REFORMA DE 2016 AL DERECHO FRANCÉS DE LAS OBLIGACIONES Y SU POSIBLE PERTINENCIA PARA ORIENTAR FUTUROS CAMBIOS EN LA MATERIA DENTRO DEL ORDENAMIENTO COLOMBIANO <i>Paula Natalia Robles Bacca</i>	569
LA REFORMA DE LA CESIÓN DE CRÉDITO EN DERECHO FRANCÉS Y SU INTERÉS PARA EL DERECHO COLOMBIANO <i>Anabel Riaño Saad</i>	597
ANEXO TRADUCCIÓN DE LA ORDONNANCE N ^o 2016-131 DU 10 FÉVRIER 2016 PORTANT RÉFORME DU DROIT DES CONTRATS, DU RÉGIME GÉNÉRAL ET DE LA PREUVE DES OBLIGATIONS <i>Édgar Cortés Moncayo</i> <i>Jorge I. Herrera Moreno</i> <i>Anabel Riaño Saad</i>	671

**ALGUNAS ANOTACIONES SOBRE LA RESPONSABILIDAD
PRECONTRACTUAL POR LA RUPTURA DE LAS
NEGOCIACIONES EN LA REFORMA DEL DERECHO DE LOS
CONTRATOS Y LAS OBLIGACIONES EN FRANCIA: ¿UN
MODELO A SEGUIR POR EL DERECHO COLOMBIANO?**

CATALINA SALGADO RAMÍREZ*

Sumario: Introducción. I. Algunos aspectos todavía problemáticos sobre la responsabilidad precontractual: A. Aspectos relativos al fundamento de la responsabilidad. B. Aspectos relativos al daño resarcible. II. Para tener en cuenta de cara a una reforma en el derecho colombiano. A. A nivel sistemático. B. A nivel de contenido. Referencias.

INTRODUCCIÓN

El presente texto tiene como fin hacer unas breves anotaciones sobre la reciente reforma francesa del derecho de obligaciones en materia de la responsabilidad precontractual. Este tema sigue siendo uno de los más discutidos del derecho de obligaciones debido a que su desarrollo a ‘nivel

* Docente-investigadora del Departamento de Derecho Civil de la Universidad Externado de Colombia. Doctora en Derecho de la Università di Roma “Tor Vergata”. Contacto: catalina.salgado@uexternado.edu.co

teórico' comenzó solo bien entrado el siglo XIX¹, con el famoso –pero al mismo tiempo poco conocido– ensayo de R. von Jhering (*De la “culpa in contrahendo” o de los contratos nulos o no llegados a perfección* [1861])², en momentos en que ya estaba consolidado el movimiento codificador tanto en Europa como en América Latina³. Así las cosas, la materia (que además en ese entonces no se refería a las negociaciones) no pudo tener un lugar autónomo en ninguna de las codificaciones decimonónicas.

El sintagma ‘responsabilidad precontractual’, por su parte, se debe al gran jurista francés R. Saleilles, quien a comienzos del siglo XX lo acuñó al hacer un análisis⁴ –que consideró necesario ante la importancia y novedad del escrito– del segundo esfuerzo teórico más importante sobre la materia después de la teoría de la *culpa in contrahendo* de R. von Jhering, esto es, el trabajo del jurista italiano Gabriele Faggella (*Dei periodi precontrattuali e della loro vera ed esatta costruzione scientifica*, 1906)⁵, a quien se debe (y no a Jhering)

- 1 VON JHERING, RUDOLF. “‘Culpa in contrahendo’ oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelangten Verträgen”, *Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*, 1861, vol. 4, pp. 1-112 [en línea], disponible en: <http://dlib-zs.mpiers.mpg.de/pdf/2084719/04/1861/20847190418610005.pdf>
- 2 Ensayo que nunca contempló la responsabilidad por rompimiento de las negociaciones. Véase, en general, SALGADO RAMÍREZ, CATALINA. “Breve introducción a la responsabilidad precontractual en la teoría de Rudolf von Jhering”, en *Estudios de derecho civil en memoria de Fernando Hinestrosa*, t. I, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2014, pp. 721-758; PROCCHI, FEDERICO. ‘*Licet emptio non tenet*’. *Alle origini delle moderne teoriche sulla cd. ‘culpa in contrahendo’*, Milán, Cedam, 2012, *passim*.
- 3 Con clara excepción del BGB alemán, que vio la luz solo casi cuarenta años después del estudio de Jhering.
- 4 SALEILLES, RAYMOND. “De la responsabilité précontractuelle. À propos d’une étude nouvelle sur la matière (G. Faggella, ‘Dei periodi precontrattuali e della loro vera ed esatta costruzione scientifica’, Nápoles, 1906)”, *Rev. trim. dr. civ.*, t. VI, 1907, pp. 697-751.
- 5 FAGGELLA, GABRIELE. “Dei periodi precontrattuali e della loro vera ed esatta costruzione scientifica”, en *Studi giuridici in onore di Carlo Fadda*, III, Nápoles, Luigi Pierro, 1906, pp. 271-342.

que hoy contemplemos el supuesto de la responsabilidad por el rompimiento de las negociaciones. Mucha agua ha corrido bajo el puente desde entonces. Incluso, la corriente parece haberse llevado el recuerdo del propio Saleilles. ¿Qué es lo que ella ha traído en la vestidura de la reforma al *Code civil*?

La reforma del derecho de los contratos y las obligaciones ha dado espacio a la regulación de la *formación del contrato*⁶, de la cual carecía el *Code civil* de 1804. De este modo, en consonancia con las perspectivas de armonización⁷ –y, además, con el robustecimiento a nivel normativo de *principios* como el de la libertad contractual (art. 1102) y el de la buena fe (art. 1104)–, la reforma dedica los artículos 1112 y siguientes a los temas de: (i) las negociaciones; (ii) la oferta y la aceptación; (iii) el pacto de preferencia y la promesa unilateral, y (iv) disposiciones propias de los contratos celebrados por vía electrónica.

La regulación de la formación del contrato constituye, a ojos de la doctrina⁸, uno de los mejores aciertos de la reforma francesa, muy en particular por el hecho de que se haya establecido para el derecho común –y no ya solo en protección del consumidor– el *deber precontractual de informa-*

6 Libro III [De las diferentes maneras en que se adquiere la propiedad], Título III [De las fuentes de las obligaciones], Subtítulo I [El contrato], Capítulo II [La formación del contrato], Sección I [La celebración del contrato], con cuatro subsecciones [(i) Las negociaciones; (ii) la oferta y la aceptación; (iii) el pacto de preferencia y la promesa unilateral; (iv) disposiciones propias a los contratos celebrados por vía electrónica]).

7 Sobre los proyectos de armonización y su influencia en la reforma véase GSELL, BEATE. “Die Neuregelungen zu den Vertragsverhandlungen nach der Reform des französischen Schuldrechts”, en BIEN, FLORIAN y BORGHETTI, JEAN SEBASTIEN (eds.), *Die Reform des französischen Vertragsrechts. Ein Schritt zu mehr europäischer Konvergenz?*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2018, pp. 31-33.

8 SCHULZE, RAINER. “Vertragsverhandlungen - eine kurze Einführung”, en BIEN y BORGHETTI (eds.), *Die Reform des französischen Vertragsrechts*, cit., p. 10; SCHULZE, RAINER. “The Reform of French Contract Law – A German Perspective”, *Montesquieu Law Journal*, Université de Bordeaux, n.º 6, 2017, p. 177.

ción (art. 1112-1)⁹. Pero se critica que la reforma no haya ido más allá –al no haber regulado los efectos de ciertos actos precontractuales comunes, como las cartas de intención o los acuerdos de principio–, o que no haya hecho una regulación más completa de los contratos preparatorios (que limitó a la promesa unilateral y al pacto de preferencia)¹⁰.

En esta sede, sin embargo, concentraremos nuestra atención en algunos aspectos relativos a la regulación del artículo 1112, que trata específicamente de la responsabilidad precontractual en las negociaciones; disposición que reza:

L'initiative, le déroulement et la rupture des négociations précontractuelles sont libres. Ils doivent impérativement satisfaire aux exigences de la bonne foi.

9 ANCEL, FRANÇOIS; FAUVARQUE-COSSON, BÉNÉDICTE y GEST, JULIETTE. *Aux sources de la réforme du droit des contrats*, París, Dalloz, 2017, p. 153. La regulación del artículo 1112-1, si bien tiene la virtud de haber elevado a nivel general el deber precontractual de información, presenta algunas debilidades. Sin entrar en lo problemático que resulta limitar la regulación a las informaciones ‘determinantes’, la debilidad más relevante la constituye el hecho de que no contemple sino la violación ‘dolosa’, pero no una ‘culposa’, del deber precontractual de información. Si bien constituye un triunfo el que por fin se reconozca sin problema la ‘reticencia dolosa’, que tantos dolores de cabeza generó en el derecho francés (y en el italiano también), dada la concepción del dolo limitada al dolo positivo en las codificaciones, espera la doctrina que la jurisprudencia llegue a extender en algún momento la responsabilidad al hecho de la violación culposa. En este último sentido, SAUTONIE-LAGUONIE, LAURA. “The Creation of a Legal Theory of the Conclusion of the Contract”, *Montesquieu Law Journal*, Université de Bordeaux, n.º 6, 2017, p. 47. Crítico también se muestra FAGES, Bertrand, “Die Vertragsverhandlungen im neuen französischen Schuldrecht”, en BIEN, FLORIAN y BORGHETTI, JEAN SEBASTIEN (eds.), *Die Reform des französischen Vertragsrechts. Ein Schritt zu mehr europäischer Konvergenz?*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2018, pp. 26 ss. También SIRENA, PIETRO, “La réforme du droit français des contrats et des obligations: un regard italien”, en CARTWRIGHT, JOHN; FAUVARQUE-COSSON, BÉNÉDICTE y WHITTAKER, SIMON (eds.), *La réécriture du Code civil. Le droit français des contrats après la réforme de 2016*, París, Société de législation comparée, 2018, p. 385.

Es interesante que la disposición regule la carga de la prueba. Por otra parte, el hecho de que distinga la reparación de perjuicios de la posibilidad de la anulación del contrato concreta para el derecho francés la posibilidad de un supuesto de responsabilidad precontractual en caso de contrato válidamente celebrado.

10 FAGES. *Die Vertragsverhandlungen im neuen französischen Schuldrecht*, cit., p. 20.

*En cas de faute commise dans les négociations, la réparation du préjudice qui en résulte ne peut avoir pour objet de compenser ni la perte des avantages attendus du contrat non conclu, ni la perte de chance d'obtenir ces avantages*¹¹.

I. ALGUNOS ASPECTOS TODAVÍA PROBLEMÁTICOS SOBRE LA RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL

La redacción del artículo 1112 da lugar a cuestionarse sobre algunos aspectos cuyo tratamiento agruparemos en dos: aspectos relativos al fundamento de la responsabilidad y aspectos relativos al daño resarcible.

A. Aspectos relativos al fundamento de la responsabilidad¹²

¿Establece el artículo 1112 de manera definitiva un régimen 'subjetivo' de responsabilidad? ¿El fundamento de la reparación lo constituye el hecho de la lesión a la *confianza legítima* de la víctima (buena fe objetiva en su dimensión

11 Resaltado (sin cursivas) fuera de texto. El texto sin cursivas en el inciso segundo fue agregado por el artículo 3 de la Ley 2018-287 del 20 de abril de 2018, por vía interpretativa, para dar claridad sobre la discusión que se generó con respecto al daño resarcible. En la redacción inicial se establecía que la indemnización no podía tener por objeto las ganancias esperadas del contrato no celebrado, pero no era claro si este supuesto incluía la pérdida de oportunidad de obtener tales ganancias. El texto en castellano es el siguiente: "La iniciativa, el desenvolvimiento y la ruptura de las negociaciones precontractuales son libres. Ellas deben satisfacer imperativamente las exigencias de la buena fe. En caso de falta (culpa) cometida en las negociaciones, la reparación del perjuicio que resulta no puede tener por objeto la compensación de la pérdida de las ventajas esperadas del contrato no celebrado, ni la pérdida de la oportunidad de obtener tales ventajas".

12 Observará el lector que no nos preguntamos sobre una 'naturaleza' de la responsabilidad, sino sobre el fundamento de la misma (subjetivo, objetivo, o mixto –esto último como concesión a la terminología empleada por C. Thiérge–), porque la pregunta sobre la naturaleza de tal responsabilidad parece desviar la atención de la pregunta anterior sobre su fundamento (*su ratio*), y conduce a reducir el problema a 'esquemas' (responsabilidad contractual o

protectora) o, por el contrario, el que el daño en las negociaciones haya sido causado por un comportamiento *reprochable* de la contraparte?

El nuevo artículo 1112 reitera en su primer inciso el postulado de la libertad de contratar al decir que el inicio, proseguimiento y la ruptura de las negociaciones son libres. Acto seguido, establece un límite al ejercicio de tal libertad. Tales actuaciones *deben satisfacer imperativamente las exigencias de la buena fe*, en clarísima referencia al principio de buena fe objetiva o negocial. Es así como, gracias a la redacción, no hay lugar a confusión entre buena fe subjetiva y buena fe objetiva¹³,

-
- delictual en las codificaciones) creados con anterioridad al surgimiento 'teórico' de la responsabilidad precontractual, que conducen a que *un mismo problema* dé lugar a soluciones diametralmente opuestas en puntos tan importantes como la carga de la prueba. Volver sobre el fundamento, más que sobre el tipo de responsabilidad 'codificada', permite retomar discusiones fundamentales que todavía pueden cambiar el rumbo de la manera como concebimos tal responsabilidad. En otra parte ha sido denominada su naturaleza como 'camaleónica', en el sentido de que ella toma las vestiduras de contractual o extracontractual dependiendo de la configuración más o menos amplia de la responsabilidad extracontractual en el ordenamiento de que se trate: contractual en el derecho alemán (debido a las 'debilidades' de su responsabilidad extracontractual) y extracontractual en los países que acogieron una cláusula general de responsabilidad. Al respecto véase SALGADO RAMÍREZ, CATALINA. "Consideraciones históricas acerca de la responsabilidad precontractual antes de Rudolf von Jhering", *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, n.º 22, 2012, pp. 277-298.
- 13 Sobre la distinción entre buena fe subjetiva y objetiva véanse: NEME VILLARREAL, MARTHA LUCÍA. "Buena fe subjetiva y buena fe objetiva. Equívocos a los que conduce la falta de claridad en la distinción de tales conceptos", *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, n.º 17, 2009, pp. 45-76; RISKE, OLIVIER. *La responsabilité précontractuelle dans le processus d'uniformisation du droit privé européen*, Basilea, Helbing Lichtenhahn, 2015, p. 199. Al respecto es muy útil relevar la diferencia en la terminología en el derecho alemán. Como se afirma en SALGADO RAMÍREZ, CATALINA. "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, LILIAN CECILIA (coord.), *La buena fe en la jurisprudencia. Comentarios y análisis de sentencias*, Santiago, Thomson Reuters, 2015, p. 9, nota 13, en el BGB se habla de *guter Glaube* [...] en materia posesoria, su campo predilecto, acompañada de expresiones como 'estar' o 'no estar' 'en buena fe' (*in gutem Glauben sein/nicht*

además de haber salido fortalecido el principio con la referencia a su carácter *imperativo*¹⁴.

Resulta además muy interesante que no se haya hecho mención expresa del abuso del derecho, ni incluido redacción que evoque el sintagma *'rupture abusive des pourparlers'*, vista la tendencia de la doctrina y la jurisprudencia francesas a la concepción de este supuesto de responsabilidad precontractual en los términos de “ruptura abusiva de las negociaciones”¹⁵.

Con respecto a este último punto conviene precisar que, si bien no se requiere de una mención expresa para que pueda concebirse el ejercicio abusivo del derecho

sein) (por ejemplo, §§ 926, 932-937, 945, 955, 2024), que indicaría lo que en la terminología castellana de nuestra doctrina se conoce como buena fe ‘subjetiva’ o buena fe ‘creencia o convicción’; y de *Treu und Glauben* para indicar la buena fe ‘objetiva’, que no es una buena fe ‘creencia’, sino que representa un modo de comportarse frente a los otros. Sobre la buena fe objetiva véase por ejemplo lo subrayado en los siguientes párrafos del BGB donde es claro el contenido ‘preceptivo’ de la buena fe: § 157: *‘Verträge sind so auszulegen, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern’* [Los contratos deben ser interpretados como lo requieren la lealtad y la confianza (buena fe) de acuerdo con las costumbres del tráfico (jurídico)] (trad. libre). § 242: *“Der Schuldner ist verpflichtet, die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern”* [El deudor está obligado a realizar la prestación, como lo requieren la lealtad y la confianza (buena fe) de acuerdo con las costumbres del tráfico (jurídico)]. § 275 num. 2: *“Der Schuldner kann die Leistung verweigern, soweit diese einen Aufwand erfordert, der unter Beachtung des Inhalts des Schuldverhältnisses und der Gebote von Treu und Glauben in einem groben Missverhältnis zu dem Leistungsinteresse des Gläubigers steht”* [El deudor puede rehusar la prestación en la medida en que esta requiera de un esfuerzo, que en atención al contenido de la relación obligatoria y a los mandatos de lealtad y confianza (buena fe) resulte en una grande desproporción en comparación con el interés del acreedor en la prestación]. Véanse también §§ 307, 320 num. 2, y 815.

14 SCHULZE. *Vertragsverhandlungen...*, cit., p. 9.

15 Véase, por todos, GHESTIN, JACQUES; LOISEAU, GREGOIRE y SERINET, YVES MARIE. *La formation du contrat*, t. 1, *Le contrat – le consentement*, 4.^a ed., París, LGDJ, 2013, pp. 510 ss., esp. 530 (n. 730). RISKE. *La responsabilité précontractuelle dans le processus d’uniformisation du droit privé européen*, cit., p. 287. También es un indicador la rúbrica de los comentarios al artículo 1112 en la última edición del *Code civil annoté*, 118.^a ed., París, Dalloz, 2019, p. 1257.

de ruptura de las negociaciones como límite a la libertad contractual, la concepción francesa del abuso del derecho en esta materia parece limitarse al ejercicio doloso¹⁶ o culposo¹⁷ de tal derecho. La razón de la preponderancia de esta concepción ‘subjetiva’ del abuso parecería obedecer a razones de naturaleza práctica. Comoquiera que el *Code civil* de 1804 acogió la cláusula general de responsabilidad extracontractual acuñada por el iusnaturalismo¹⁸ (art. 1382 *CcNap.*), que tiene asiento en la culpa, las controversias sobre responsabilidad precontractual por rompimiento de las negociaciones son más fácilmente encausables (por los litigantes) y atendibles (por los jueces) por vía de una acción extracontractual (general)¹⁹ que tratando de fundarlas en la aplicación analógica de disposiciones de la parte contractual de la codificación²⁰, que incluso pueden tener base objetiva (como es el conocido caso de la venta de cosa ajena del art.

-
- 16 Es común que se haga referencia a *mauvaise foi*. Sin embargo, el lector debe tratar de relevar, así como de evitar, cualquier confusión con la buena o mala fe en referencia a la buena fe subjetiva, y no a la objetiva. Al respecto véase *supra* nota 13.
- 17 GHESTIN et al. *La formation du contrat*, t. 1, cit., p. 533 (n. 736): “*la Cour de cassation a expressément retenu, comme fondement de la responsabilité délictuelle, ‘une faute commise dans l’exercice du droit de rupture unilatérale des pourparlers précontractuels’, autrement dit un abus dans le droit –ou du droit– de rompre les pourparlers*”.
- 18 Sobre la construcción de una cláusula general de responsabilidad en la tradición del derecho romano véase, por todos, CURSI, MARIA FLORIANA. *Danno e responsabilità extracontrattuale nella storia del diritto privato*, Nápoles, Jovene, 2010, esp. pp. 167 ss., y 197 ss. Véase también KUPISCH, BERTHOLD. “La responsabilità da atto illecito nel diritto naturale”, en VACCA, LETIZIA. *La responsabilità civile da atto illecito nella prospettiva storico-comparatistica*, Turín, Giappichelli, 1995, pp. 123-143.
- 19 De hecho, resulta interesante que el Anteproyecto de 2015 señalaba que la responsabilidad era de naturaleza extracontractual, pero posteriormente tal referencia se eliminó. Adicionalmente este autor señala que la responsabilidad se calificaría como contractual cuando las partes se han obligado negocialmente a negociar. Sobre este punto específico, véase FAGES. *Die Vertragsverhandlungen im neuen französischen Schuldrecht*, cit., p. 25.
- 20 THIBERGE, CATHERINE. *Nulidad, restituciones y responsabilidad*, Gustavo De Greiff (trad.), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2010, *passim*.

1599 del *CcNap.* de 1804, que da lugar al pago de daños y perjuicios con independencia del comportamiento reprochable o inocente del vendedor)²¹.

Así las cosas, se ha consolidado esta vía general, sin que sea fácil encontrar referencia o curiosidad sobre una fundamentación objetiva o mixta de la responsabilidad precontractual. No obstante, como se evidencia en un interesante y especializado estudio de C. Thibierge, el derecho francés tuvo un no desdeñable planteamiento de doctrinas de fundamento objetivo o mixto, específicamente con posterioridad al estudio de R. Saleilles (1907) en la primera mitad del siglo *xx*²², que en algún momento quedaron relegadas.

Además de lo anterior, no parece haber ayudado mucho al enriquecimiento de la discusión sobre el fundamento de la responsabilidad precontractual en derecho francés, por un lado, el hecho mismo del *título* de la teoría de von Jhering, que hace precisamente referencia a la culpa²³ (*culpa in contrahendo*). Y, por otro, el reduccionismo, además equívoco, en el que resultó el entendimiento de tal teoría

21 La doctrina argentina reconoce que, aunque en el nuevo código civil y comercial de la Nación el artículo 991 tiene un fundamento subjetivo de la responsabilidad precontractual, eso no obsta para que haya configuración de supuestos de fundamento objetivo, como es el caso del artículo 976 (sobre caducidad de la oferta). Al respecto véase MÉNDEZ SIERRA, EDUARDO C. y QUAGLIA, MARCELO C. “El nuevo derecho de las obligaciones y de los contratos en Francia. Segunda parte: régimen general de los contratos”, *El Derecho*, Universidad Católica Argentina, 14.172, 2017, p. 2, nota 16.

22 THIBIERGE. *Nulidad, restituciones y responsabilidad*, cit., pp. 67 ss.

23 De hecho, el que von Jhering haya acudido a la noción de culpa constituye el talón de Aquiles de su teoría, dado que la responsabilidad en varios de los ejemplos que plantea (de error obstativo) y algunos de los supuestos que contempla en el ejercicio de extensión de la acción a todos los supuestos de nulidad o imposibilidad de formación del contrato (p. ej., por muerte o incapacidad sobrevenida del oferente antes de la aceptación) no puede de ninguna manera atribuirse a título de culpa. Al respecto véase SALGADO RAMÍREZ, CATALINA. *Breve introducción a la responsabilidad precontractual en la teoría de Rudolf von Jhering*, cit., pp. 754 ss.

por parte de la doctrina francesa²⁴, que sigue viendo un ‘contrato tácito’ de garantía (que Jhering no concibió)²⁵. Este reduccionismo ha conducido a descuidar el *enfoque remedial* de la construcción de von Jhering: la creación de una *acción general* (no ya *in factum*) de responsabilidad en caso de contrato nulo o no llegado a perfección, *pero de naturaleza contractual*²⁶: *¡aunque no haya contrato!* Como von Jhering evidenció en las fuentes romanas sobre la compraventa, los juristas romanos llegaron a proteger varias situaciones por vía de una ‘acción contractual’ (la *actio empti* o acción del comprador), *a pesar de la inexistencia de contrato*, esto es, sin necesidad de acudir a un ‘acuerdo tácito’ como el que se le adscribe y enrostra a von Jhering.

Leer el primer inciso del artículo 1112 y encontrar que haga referencia a las *exigencias de la buena fe* (principio de buena fe objetiva o negocial) lleva entonces a reflexionar sobre *el alcance* de este principio en clave de fundamento de la responsabilidad precontractual: *¿violación a la confianza*

- 24 Así por ejemplo, GHESTIN et al. *La formation du contrat*, t. 1, cit., p. 724; t. 2, cit., p. 1596. Lo reitera de reciente CHÉNÉDE, FRANÇOIS. *Le nouveau droit des obligations et des contrats. Consolidations-innovations-perspectives*, París, Dalloz, 2016, p. 33. Este último autor se cuestiona, al referir que, aunque el proyecto de febrero de 2015 preveía que la responsabilidad era de naturaleza extracontractual, precisión que luego fue abandonada por legislador, si es que esta solución es puesta en duda en provecho de la teoría de la *culpa in contrahendo* (Jhering), según la cual el entrar en negociaciones daría lugar a un contrato tácito de negociación entre las partes. Pone de presente el problema THIBIERGE. *Nulidad, restituciones y responsabilidad*, cit., p. 70, quien admite que la construcción no es de von Jhering.
- 25 En cambio, uno de los autores franceses más relevantes de todos los tiempos, Pothier, sí concibió una especie de acuerdo tácito, que en su sistemática puede ubicarse en los cuasicontratos. Sobre este particular véase SALGADO RAMÍREZ. *Consideraciones históricas acerca de la responsabilidad precontractual antes de Rudolf von Jhering*, cit., pp. 291 ss.
- 26 De naturaleza contractual para no tener que crear por medio de su método histórico-naturalístico una acción general de carácter extracontractual (a modo de cláusula general), precisamente por la concepción restrictiva de la responsabilidad extracontractual alemana (que persiste hoy en día). Al respecto SALGADO RAMÍREZ. *Breve introducción a la responsabilidad precontractual en la teoría de Rudolf von Jhering*, cit., *passim*.

legítima que no necesariamente requiere de un comportamiento ‘culposo’, sino que podría bastar, para efectos de una reparación (en qué medida, es otra discusión), el hecho de haber creado una confianza ‘legítima’ en la contraparte de acuerdo con la cual ella adecuó su comportamiento, con lo cual le ocasionaron una serie de perjuicios? De manera que este primer inciso, al menos en opinión de quien escribe, podría abrir la puerta para poner sobre la mesa en el derecho francés un fundamento más amplio de la responsabilidad, basado en la defraudación de la confianza legítima, a pesar de que el segundo inciso esté limitado a la *faute*. Sobre este particular habrá que esperar a los desarrollos de la jurisprudencia y la doctrina.

En todo caso, el principio de buena fe “es el gran ganador de la reforma”²⁷.

Sobre la carga de la prueba. Pero, más allá de esta discusión, esto es, aunque se siga concibiendo la responsabilidad precontractual solamente con fundamento subjetivo, la referencia al principio de buena fe objetiva como ‘rector’ de las relaciones precontractuales tendrá seguramente repercusiones en la concepción hasta ahora imperante de la carga de la prueba²⁸.

En el pasado, autorizada doctrina ha considerado el principio de buena fe como fundamento ‘insuficiente’ de la responsabilidad precontractual. El fundamento solamente podría reposar en el ‘abuso del derecho’ de ruptura²⁹. Sin embargo, la concepción del abuso del derecho, sobre la

27 FAGES. *Die Vertragsverhandlungen im neuen französischen Schuldrecht*, cit., p. 8. Señala este autor, por ejemplo, que, aunque la doctrina ya reconocía que el principio de buena fe operaba no solo en la etapa del cumplimiento del contrato, la Sala Tercera de Casación Civil de la Corte afirmó en 2005 que el principio de actuar conforme a la buena fe presupone un contrato válido; con posterioridad, afortunadamente, la Corte corrigió esta postura.

28 Aspecto sobre el cual la reforma guardó silencio, a diferencia de lo que hizo en la disposición que regula el deber precontractual de información.

29 GHESTIN et al. *La formation du contrat*, t. 1, cit., pp. 533 y 556.

base de la cláusula general de responsabilidad del antiguo artículo 1382 del *Code civil*, obviamente tuvo efecto en la *comprensión* de la carga de la prueba, al considerarse que este artículo contiene un régimen de ‘culpa probada’: así las cosas, la doctrina considera en general que es el demandante quien debe probar un actuar culposo del demandado en el ejercicio del derecho de ruptura³⁰.

Ciertamente el demandante debe probar que sufrió perjuicio, y que lo sufrió como consecuencia de una ‘confianza legítima’ creada por la contraparte (porque es la confianza legítima lo que protege remedialmente la responsabilidad precontractual: de ahí que el daño resarcible se denomine también ‘interés de confianza’). Es decir, el demandante tiene que probar que adecuó su comportamiento a las expectativas ‘legítimas’ creadas por la contraparte, las cuales finalmente resultaron defraudadas. Pero, aunque la doctrina señala que sobre el hecho de la ‘ruptura culposa’ quien solicita el resarcimiento de los daños debe probar la culpa de la otra parte, y ha identificado una serie de criterios sobre la base de lo construido por la jurisprudencia (el estadio de las negociaciones, lo abrupto de la ruptura, la falta de un justo motivo)³¹, ciertamente el demandante puede probar que las

30 FAGES. *Die Vertragsverhandlungen im neuen französischen Schuldrecht*, cit., p. 23. Señala THIBIERGE. *Nulidad, restituciones y responsabilidad*, cit., p. 74, que “los autores favorables a la teoría de Jhering observan que ella presenta la ventaja de dispensar a la víctima de la prueba de la culpa de su contratante; pero deploran a menudo que no conduce sino a una simple inversión de la carga de la prueba. [...] Otros la condenan definitivamente invocando su inutilidad en derecho francés, donde la referencia a la culpa delictual o casidelictual de los artículos 1382 y 1383 del código civil es suficiente para fundar la responsabilidad precontractual”. Sin embargo, creemos precisamente que el problema es de fundamento de la responsabilidad (protección de la confianza legítima por obra de la buena fe) y no de ‘naturaleza’ de la responsabilidad ‘enmarcada’ en los esquemas de las codificaciones que hacen que la ‘naturaleza’ de la responsabilidad ‘mute’ como por arte de magia dependiendo del ordenamiento.

31 FAGES. *Die Vertragsverhandlungen im neuen französischen Schuldrecht*, cit., pp. 23 ss.; SAUTONIE-LAGUIONIE. *The Creation of a Legal Theory of the Conclusion of the*

negociaciones se hallaban en estado avanzado, o bien los comportamientos de la contraparte a los cuales adecuó su conducta, pero por razones técnicas no resulta fácil probar afirmaciones o negaciones como “el demandado abandonó las negociaciones sin justificación” o “el demandado no tiene un motivo justificado para dejar las negociaciones”. Adicionalmente porque, según la doctrina, el principio de libertad de las negociaciones implica que no se requiera expresar la justificación para abandonarlas (a menos que las negociaciones se encuentren en un estadio muy avanzado, según la postura consolidada en la jurisprudencia)³².

El principio de buena fe negocial (en su dimensión preceptiva) permite poner en entredicho la concepción tradicional de la carga de la prueba en la materia (el régimen de culpa probada). En efecto, como en el ámbito contractual, el principio de buena fe implica el *deber* concreto de tener consideración de la posición y los intereses de la contraparte; el deber de no defraudar sus expectativas legítimas. Y el ‘cumplimiento’ de este deber no se presume, sino que se prueba³³. En otros términos, no estamos en el campo de la

Contract, cit., p. 47: “on the basis of the principle of good faith, which has become widespread beyond the letter of the former Article 1134 paragraph 3, the courts have [...] set limits in the context of the breakdown of the talks. Except in cases of manifest bad faith, there are two main criteria for allocating blame: the brutality of the breakdown of the negotiations, and the fact that the partner had the legitimate belief that the contract was concluded, when this was no longer possible. These solutions are intended to endure under Article 1112. Misconduct in the negotiations will therefore imply a breach of good faith, as is assumed in existing case law, but also a breach of one of the two duties expressly provided in the following articles”. RISKE. *La responsabilité précontractuelle dans le processus d’uniformisation du droit privé européen*, cit., p. 288; CARTWRIGHT, JOHN y HESSELINK, MARTIJN (eds.). *Precontractual Liability in European Private Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008, pp. 28 ss.

32 SAUTONIE-LAGUONIE. *The Creation of a Legal Theory of the Conclusion of the Contract*, cit., p. 47: “The courts have long protected contractual freedom during the negotiations, noting that the breakdown of talks is not in itself wrongful, even when the negotiations are at an advanced stage”. RISKE. *La responsabilité précontractuelle dans le processus d’uniformisation du droit privé européen*, cit., p. 289.

33 Véase, al respecto, SALGADO RAMÍREZ. *Buena fe subjetiva, buena fe objetiva y responsabilidad precontractual*, cit., *passim*.

buena fe subjetiva, esto es, el de la ‘convicción’ de actuar sin lesionar los derechos ajenos, que es la buena fe que, salvo disposición de la ley en contrario, ‘se presume’. Estar en buena fe, ser de buena fe, actuar de buena fe (actuar en la convicción de no lesionar los derechos o intereses ajenos) es algo muy distinto a la dimensión preceptiva del principio de buena fe: el actuar *conforme* a la buena fe, el actuar de acuerdo con las exigencias de la buena fe, el actuar conforme a un parámetro de comportamiento, *no se presume*. Por último, *no es que se presuma la mala fe*, porque el hecho de no aportar la prueba del comportamiento considerado respecto de los intereses de la otra parte no significa que el demandado responda a título de ‘dolo’. Precisamente para evitar estos malentendidos es que conviene mantener bien diferenciados los conceptos de buena fe subjetiva y buena fe objetiva³⁴. Una ocasión más para aplaudir los términos en que se refiere la reforma al principio de buena fe en la etapa de las negociaciones³⁵. Habrá que ver, entonces, el rumbo que tomará la cuestión sobre la carga de la prueba.

B. Aspectos relativos al daño resarcible

Otro de los puntos más interesantes y siempre controversial es el relacionado con el daño resarcible en materia de responsabilidad precontractual. Inicialmente la disposición del artículo 1112 afirmaba que la reparación del perjuicio no puede tener por objeto la compensación de las ventajas esperadas del contrato que no se celebró; a lo que en 2018 se tuvo que agregar por vía interpretativa, luego de que el

34 Véase *supra* nota 13.

35 Redacción que es muy similar a la de los artículos 2:301 (2) de los PECL y I-1:103 (1) del DCFR. En cambio, la redacción del artículo 2.1.15 de los PICC (Unidroit) no es tan afortunada ya que hace referencia a la ‘mala fe’ (*negotiations in bad faith*), lo cual evoca, así no se quiera, la buena fe subjetiva y no la objetiva.

texto diera lugar a malentendidos³⁶, que la compensación tampoco puede tener por objeto la pérdida de oportunidad de la obtención de tales ventajas.

La reforma de 2016 y su interpretación legal de 2018 son el reflejo de la ‘reafirmación’ en el derecho francés de la concepción tradicional del daño resarcible en esta materia, denominado en doctrina como ‘interés negativo’ (Jhering)³⁷ o ‘interés de confianza’³⁸.

En la jurisprudencia francesa este tema no ha sido pacífico en los últimos años, comoquiera que ella llegó a reconocer como daño resarcible las ventajas esperadas del contrato no celebrado (‘interés positivo’ [Jhering] –o interés en el cumplimiento–, el cual implica que exista un contrato celebrado válidamente)³⁹. Pero en el ya conocido fallo *Manoukian*, cuya solución quiso recoger la disposición del artículo 1112, la Corte de Casación fijó su posición, al reconocer que en responsabilidad precontractual no se indemniza el interés positivo⁴⁰.

Sin embargo, se critica que la disposición del artículo 1112 haya procedido a una delimitación del daño resarcible a partir de lo que no es resarcible y no, en cambio, a partir de lo que puede ser objeto de reparación⁴¹. Por lo general no se ha puesto en tela de juicio que a título de interés negativo

36 Así lo ponía ya de relieve la doctrina. Al respecto véase, p. ej., SAUTONIE-LAGUONIE. *The Creation of a Legal Theory of the Conclusion of the Contract*, cit., p. 48.

37 SALGADO RAMÍREZ. *Breve introducción a la responsabilidad precontractual en la teoría de Rudolf von Jhering*, cit., pp. 746 ss.

38 Véase ABGB (1811) § 878; BGB (1900) §§ 122, 179 II y 307.

39 SALGADO RAMÍREZ. *Breve introducción a la responsabilidad precontractual en la teoría de Rudolf von Jhering*, cit., pp. 746 ss.

40 Cass. com. 26 nov. 2003, n° 00-10-243. Todo el desarrollo jurisprudencial puede verse en GHESTIN et al. *La formation du contrat*, t. 1, cit., pp. 544 ss.

41 ARROYO AMAYUELAS, ESTHER. “La réforme du droit des contrats en France. Une lecture espagnole”, en CARTWRIGHT, JOHN; FAUVARQUE-COSSON, BÉNÉDICTE y WHITTAKER, SIMON (eds.), *La réécriture du Code civil. Le droit français des contrats après la réforme de 2016*, París, Société de législation comparée, 2018, p. 403.

quepa la indemnización del daño emergente causado con ocasión de las negociaciones⁴² (por ejemplo, elaboración de estudios, viajes, adecuaciones del objeto a petición de la contraparte, etc.). Sin embargo, la disposición del artículo 1112 no da respuesta a por lo menos tres interrogantes relativos a los otros rubros del daño precontractual resarcible.

En primer lugar, el lector extranjero queda a la deriva ante la respuesta al interrogante sobre la indemnización del lucro cesante o habitual que haya dejado de percibirse con ocasión de las negociaciones (piénsese en permisos no remunerados que hubieron de tomarse; en lo no producido por el negocio que se atiende personalmente, que tuvo que cerrar un día; etc.).

En segundo lugar, aunque la doctrina se ha mostrado favorable al reconocimiento del daño por la pérdida de oportunidad de celebrar un contrato con un tercero⁴³, la disposición no establece en qué consistiría el daño resarcible⁴⁴, ni cuáles son los presupuestos de tal reparación: por ejemplo, si se requiere de una 'oferta', si es necesario probar que las negociaciones que resultaron frustradas fueron la única causa de que se hubiera descartado la oportunidad, si es necesario haber comunicado a la contraparte durante las negociaciones la existencia de negociaciones u ofertas paralelas.

42 Sobre el estado de la doctrina véase GHESTIN et al. *La formation du contrat*, t. 1, cit., p. 551, quien señala algunas excepciones en la doctrina.

43 GHESTIN et al., *La formation du contrat*, t. 1, cit., p. 554; CHÉNÉDÉ. *Le nouveau droit des obligations et des contrats*, cit., p. 34.

44 No es posible determinar si son resarcibles *todas* las ventajas que se habrían podido obtener por la celebración de un contrato con un tercero ("ocasión perdida", en la terminología de von Jhering), si cabe solamente una indemnización proporcional al grado de probabilidad de celebración de tal contrato o si es resarcible la pérdida de oportunidad en sí misma considerada, es decir, si se considera que el daño resarcible está constituido por la 'oportunidad' y no ya por las ventajas que se habrían obtenido si el contrato con un tercero se hubiera celebrado.

En tercer lugar, el silencio de la reforma abre un interrogante mayúsculo sobre la delimitación del interés negativo. Aunque para la redacción fue fundamental recoger al fallo *Manoukian*, resulta muy llamativo que la reforma no haya contemplado de manera explícita una limitación al resarcimiento del interés negativo de conformidad con el interés positivo del contrato frustrado⁴⁵. ¿El silencio de la reforma francesa significa que la reparación de los perjuicios en sede de ocasión perdida puede sobrepasar el monto al que correspondería el interés positivo del contrato frustrado si se hubiere celebrado?⁴⁶.

Por último, resulta llamativo que la reforma no haya regulado de manera armónica el daño resarcible en varios supuestos de responsabilidad precontractual en donde habría sido deseable que lo hiciera. Así, por ejemplo, la disposición del artículo 1116, que se refiere a la responsabilidad por la retractación de la oferta, está dada en términos de responsabilidad extracontractual en las condiciones del derecho común, “pero sin obligar a compensar la pérdida de las ventajas esperadas del contrato” (¿y, entonces, no se distinguen aquí los dos planos que sí se distinguieron en

45 Como de antaño lo hace el código civil alemán de 1900 (BGB), en el cual, no solo se expresa el daño resarcible como aquel que se sufre como consecuencia de la *confianza* depositada en la celebración del contrato (véase también ABGB austriaco), lo cual es una muestra fehaciente del fundamento de la responsabilidad en esta materia, sino que además se establece que la reparación no puede sobrepasar el monto del interés que se tenía en la celebración del contrato: es decir, no puede sobrepasar el monto de las ventajas esperadas del contrato que no se celebró o que resultó nulo (interés positivo). Con todo, creemos que el BGB presenta el inconveniente de establecer el límite con independencia del tipo de rubro del daño resarcible, y no con relación exclusiva a la ocasión perdida, lo cual es criticable, porque todo daño emergente (que no pueda descontarse como costo de transacción en caso de reconocimiento de una ocasión perdida) tendría que ser resarcido sin importar el monto.

46 ARROYO AMAYUELAS. *La réforme du droit des contrats en France. Une lecture espagnole*, cit., p. 405, considera que, aunque la reforma no lo dice, sería una alternativa para el derecho francés que la doctrina y la jurisprudencia tuvieran en cuenta los límites que establecen los §§ 122 (1) y 179 (2) del BGB.

el artículo 1112?); por otro lado, el artículo 1117, sobre la caducidad de la oferta, guarda total silencio respecto de los daños padecidos por el aceptante⁴⁷; asimismo, el artículo 1599, relativo a la venta de cosa ajena, quedó invariado: hay lugar a la reparación de daños e intereses (sin calificarlos). Nótese que en estos dos últimos supuestos el fundamento de la reparación se comprende fácilmente si se atiende al principio de buena fe (que protege la confianza legítima creada en la contraparte) y no acudiendo a un fundamento subjetivo de la responsabilidad (culpa).

II. PARA TENER EN CUENTA EN EL DERECHO COLOMBIANO

A. A nivel sistemático

El código de comercio colombiano colmó en algo el vacío que el código civil de Bello tenía (al igual que el *Code civil*) en materia de formación del contrato, al regular lo relativo a la oferta y la aceptación. Sin embargo, una actualización del derecho privado deberá tener en cuenta las dinámicas de la formación del contrato al vaivén de las cuales se desarrollan las relaciones modernas. Seguramente sería enriquecedor dar un espacio propio a la etapa de formación del contrato. Sobre este punto la sistemática de la reforma francesa, así como el estilo en la redacción de las disposiciones –que se siguen caracterizando por su alto grado de comprensión–, seguramente constituyen un modelo que corresponde considerar.

Por otro lado, una reforma sería la oportunidad para una mirada de conjunto a todos los supuestos que dan lugar a

⁴⁷ Un interesante supuesto de reparación por equidad en la doctrina de Pothier que la doctrina parece haber olvidado. Al respecto véase *supra* nota 25.

responsabilidad precontractual⁴⁸ que permita una regulación más coherente en cuanto a su fundamento (objetivo o subjetivo) y al daño resarcible. Piénsese, por ejemplo, que en el caso de la venta de una cosa inexistente el comprador tiene derecho al resarcimiento de daños y perjuicios en caso de dolo del vendedor (art. 1870), supuesto que debería ser armonizado y que podría dar lugar a la interpretación según la cual en caso de dolo se puede llegar a responder por el interés positivo (porque, por el origen histórico de la disposición, ciertamente el comprador tenía derecho al *id quod interest* –a todo el interés– y no al interés de confianza –*quod interfuit eius ne deciperetur*⁴⁹/*quod sua interest deceptum eum non esse*⁵⁰–)⁵¹. Pero si no se considera tal interpretación, sería necesario preguntarse por la solución en caso de culpa del vendedor.

B. A nivel de contenido

A nivel de contenido, la doctrina y la jurisprudencia nacionales, así como los eventuales modernizadores, tienen que examinar con circunspección las disposiciones francesas de la reforma de 2016, para valorar sus aciertos, pero sobre todo para no pasar por alto sus debilidades. En lo que concierne específicamente a la responsabilidad precontractual, la redacción del principio de buena fe como rector del periodo precontractual del artículo 1112 es muy afortunada en la reforma francesa, y supera en mucho la

48 Rompimiento de las negociaciones, contratos nulos o no llegados a perfección, contratos válidamente celebrados pero en los que cabe indemnización de perjuicios por violación del deber precontractual de información.

49 Véase Mod. D. 18.1.62.1.

50 Véase I. 3.23.5.

51 Al respecto véase ZIMMERMANN, REINHARD. *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford, Oxford University Press, 1996, p. 243.

redacción del artículo 863 de nuestro código de comercio⁵² (inspirada en el art. 1337 del *codice civile*⁵³), en el cual, sin lugar a dudas, sobra la expresión ‘exenta de culpa’, puesto que todo comportamiento que se adecúe a las exigencias de la buena fe es precisamente ‘diligente’. La redacción francesa del principio de buena fe como rector de la etapa precontractual (que está en sintonía con la redacción de la buena fe en la etapa precontractual de los PECL y con el DCFR)⁵⁴ es también mucho mejor que la del artículo 991 del nuevo código civil y Comercial de la Nación argentino, que sigue redactado en términos de ‘obrar de buena fe’ (pues habría sido mejor ‘obrar conforme a la buena fe’).

Así las cosas, en una eventual reforma sería más que conveniente tener en cuenta la virtud de la redacción del primer párrafo del artículo 1112.

Sin embargo, respecto de la reparación de perjuicios, la redacción sobre la delimitación del daño contenida en el artículo 1112 se queda corta, pues, aunque refrenda lo que es la comprensión común de la materia en el sistema de derecho romano (esto es, que solo un contrato válidamente celebrado puede dar lugar al resarcimiento del interés positivo o de cumplimiento)⁵⁵, no aporta elementos para determinar el daño resarcible por interés negativo⁵⁶, sobre todo en el supuesto más problemático, que es el que con-

52 Art. 863 c.co.: “Las partes deberán proceder de buena fe exenta de culpa en el período precontractual, so pena de indemnizar los perjuicios que se causen”.

53 Art. 1337 del *codice civile*: “*Le parti, nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto, devono comportarsi secondo buona fede*”.

54 Así como de la redacción de los PECL y del DCFR. Al respecto véase *supra* nota 35.

55 En general, véase CARTWRIGHT JOHN y HESSELINK, MARTIJN. *Precontractual Liability in European Private Law*, cit., *passim*.

56 ARROYO AMAYUELAS. *La réforme du droit des contrats en France. Une lecture espagnole*, cit., pp. 404 ss., considera que es necesario precisar el interés negativo de mejor manera, para evitar arbitrariedad en la determinación del daño resarcible por parte de los tribunales.

cierte a la pérdida de la ocasión de celebrar otro contrato con un tercero.

El radio del daño resarcible todavía genera mucha controversia, y aunque la jurisprudencia nacional siempre lo ha comprendido como el correspondiente al interés negativo, no ha tenido mucha oportunidad de pronunciarse sobre la ocasión perdida como daño resarcible⁵⁷. Se encuentra además doctrina que hace un llamado al ‘principio de reparación integral’ como argumento en favor de la indemnización correspondiente al valor del interés positivo⁵⁸. No es este el lugar para detenerse en esta última posición⁵⁹, pero precisamente en este punto la delimitación del daño resarcible en la reforma francesa, en la cual no cabe indemnizar el interés positivo ni la pérdida de oportunidad de

57 Corte Suprema de Justicia. SC10103-214 del 5 de agosto de 2014, M.P.: Margarita Cabello Blanco: “El daño derivado de los actos carentes de buena fe en la etapa precontractual debe ser reparado. Todo daño generado durante las conversaciones de un negocio determinado que derive en el rompimiento abrupto y sin causa justificada o en la comisión de actos exentos de buena fe debe ser reparado de manera integral. Tal acción reparadora debe comprender los conceptos tradicionales que estructuran la indemnización de perjuicios, por ejemplo, el daño emergente, el lucro cesante, la posible afectación moral, entre otros, en el entendido [de] que dicho resarcimiento no puede pretenderse bajo características idénticas a las que originarían la indemnización por el no cumplimiento de la prestación pretendida si el contrato promovido hubiese llegado a feliz término, puesto que no es el interés positivo el que debe repararse, sino el negativo o de confianza. Bajo este contexto, la indemnización pretendida busca volver las cosas al momento en que se encontraban cuando la víctima decidió emprender las conversaciones truncadas, de tal manera que se garantice la reparación de las probables pérdidas o daños colaterales”.

58 MENDIETA, JAIME. “La ‘culpa in contrahendo’. Historia, evolución y estado actual de la cuestión”, *e-mercatoria*, Universidad Externado de Colombia, vol. 10, n.º 2, 2011, pp. 40-74.

59 Basta por el momento con decir que el hecho de que no se reconozca el interés positivo no significa que la reparación no sea integral: interés negativo es una definición ‘cualitativa’ y no ‘cuantitativa’ del daño resarcible. Así como hay diferencias entre el daño resarcible en responsabilidad contractual y extracontractual, ello no significa, por ejemplo, que en responsabilidad contractual la indemnización no sea integral.

obtener dicho interés, parece más que razonable⁶⁰, y merece ser tenida en cuenta en la comprensión de la problemática en el derecho nacional.

La doctrina y la jurisprudencia nacionales⁶¹ todavía tienen mucho por discutir y por analizar sobre ideas que se han perdido en la lucha por la abstracción y la generalización que requieren las codificaciones. La doctrina nacional todavía tendría que ocuparse de la posibilidad de una discriminación del *quantum* indemnizatorio dependiendo de si ha habido lugar a un comportamiento culposo o en cambio doloso (como ya lo había planteado Pufendorf y como podría interpretarse del art. 1870 de nuestro código civil)⁶². Todavía debería cuestionarse sobre si puede haber

-
- 60 El reconocimiento del interés positivo requiere del presupuesto de la celebración de un contrato válido, que da lugar a un derecho de crédito. Por otro lado, la indemnización en sede de pérdida de oportunidad de celebrar el contrato que resultó frustrado no resulta coherente con el principio de libertad contractual. Según el informe de la Corte de Casación para el año 2006, el derecho que tienen las partes de romper en todo momento las negociaciones conduciría a excluir toda relación de causa-efecto entre la pérdida de las ventajas ligadas a la celebración del contrato y las condiciones de la ruptura. En general véase GHESTIN JACQUES et al., *La formation du contrat*, t. 1, cit., pp. 568 ss. Señala CHÉNÉDÉ. *Le nouveau droit des obligations et des contrats*, cit., p. 33, que indemnizar el provecho esperado de la celebración del contrato, incluso bajo la forma atenuada de una pérdida de chance, conduciría a dar indirectamente efecto a un contrato que no se celebró, violándose así el principio de libertad contractual.
- 61 Un recuento de ambas hasta 2013 se encuentra en sendas notas al pie en SALGADO RAMÍREZ. *Consideraciones históricas acerca de la responsabilidad precontractual antes de Rudolf von Jhering*, cit., *passim*. Con posterioridad, la contribución más relevante es la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de 2014 (véase *supra* nota 57), que admite claramente la posibilidad de la indemnización de la ocasión perdida.
- 62 Véase VON PUFENDORF, SAMUEL. *Del derecho natural y de gentes en VIII libros*. Se ha consultado la segunda edición: *Samuelis Pufendorfii De jure naturae et gentium libri octo*, Frankfurt, Sumptibus Friederici Knochii, 1684, lib. III, cap. IV, “De materia promissorum et pactorum”, p. 425. Pufendorf plantea esta diferencia al explicar el supuesto de la responsabilidad por imposibilidad inicial del objeto. En caso de dolo, la reparación se daría en términos del *id quod interest* (interés positivo), pues obrando en tal modo el promitente se expuso a ese pago. En cambio, si el problema no radicó en un conocimiento del promitente, sino en

lugar a una reparación por equidad en algunos supuestos (es decir, reparación sin necesidad de un comportamiento reprochable de la contraparte). En materia de la pérdida de ocasión de celebrar otro contrato con un tercero, aunque en la experiencia francesa ya no parece discutirse su carácter resarcible, ello no es un tema pacífico en todas las latitudes⁶³ y merece todavía un amplio debate en el derecho nacional. De admitirse su indemnización, en este punto deberían discutirse más profundamente sus presupuestos (por ejemplo, si se debe tener como presupuesto el haber comunicado a la contraparte la existencia de ofertas o negociaciones paralelas⁶⁴, o si se requiere siempre de una 'oferta'). Debe cuestionarse si tal indemnización por ocasión perdida encuentra un límite en el valor del interés positivo del contrato frustrado. Cabe preguntarse si la costumbre y las normas en materia contractual pueden erigirse en criterio de valoración y delimitación de este tipo de daño⁶⁵. Y es el caso de

una negligencia en examinar lo que realmente estaba en su poder examinar, la obligación se considera como nula (en la medida en que quien prometió tal imposible lo hizo bajo la condición tácita de su posibilidad). Sin embargo, dice Pufendorf, a causa de su negligencia y de la falta, se verá obligado a la indemnización de perjuicios, pero en el entendido de que esta indemnización no comprende la pérdida de la ganancia o provecho que se esperaba obtener en caso de cumplimiento de tal promesa. (La misma consecuencia la extiende Pufendorf al caso no de una promesa, sino de un pacto).

- 63 ARROYO AMAYUELAS. *La réforme du droit des contrats en France. Une lecture espagnole*, cit., p. 405, quien señala que en España la solución no es pacífica pues algunos niegan esta posibilidad por considerar que la existencia de una mejor oferta es siempre una justa causa para la ruptura, de manera que quien decide no aceptarla no puede luego exigir responsabilidad de su contraparte.
- 64 Si además no existe, según la doctrina francesa (véase FAGES. *Die Vertragsverhandlungen im neuen französischen Schuldrecht*, cit., *passim*), el deber de informar a la contraparte sobre el hecho de negociaciones paralelas, ¿cómo es que puede luego alegarse una ocasión perdida de la que la contraparte no tenía modo de saber? ¿Podría erigirse en un criterio el hecho de haberlas comunicado a la contraparte?
- 65 Por ejemplo, en el contrato bilateral de promesa es usual acudir a la cláusula penal. ¿Llega ella a igualar o incluso a superar el interés positivo del contrato prometido? ¿Y qué decir del límite de la cláusula penal enorme en materia civil y comercial (art. 867 c.co.)?

inquirir, asimismo, sobre la influencia que pueden tener en la calificación del daño como resarcible las circunstancias del caso concreto, como por ejemplo el tipo de operación negocial que se frustró (verbigracia, si se trataba de oferta de bienes o de prestación de servicios)⁶⁶.

Si llegara a plantearse la necesidad de una delimitación expresa, la referencia al concepto de *interés de confianza*⁶⁷ (esto es, el interés en no haber sido defraudado, decepcionado, *deceptus*) sería más bienvenida que una delimitación por referencia al *interés negativo*. En efecto, *el interés de confianza* pone el acento en el fundamento de la responsabilidad (es decir, la confianza creada, que sirve como límite cualitativo del daño resarcible) y no en el mero análisis contrafáctico a que ha quedado reducida la referencia al concepto de interés negativo (esto es, el análisis que debe hacer el juez para determinar en qué estado se hallaría la víctima *si no se hubiese* celebrado un contrato nulo o solo celebrado en apariencia, lo que fue luego extendido por la doctrina al supuesto de las negociaciones frustradas). La referencia al *interés de confianza* permite además contemplar el supuesto de responsabilidad precontractual en caso de contrato válidamente celebrado, lo que no permite la noción prístina de interés negativo.

Por último, si se comprende el principio de buena fe en su dimensión preceptiva, no tendría que ser necesaria una disposición expresa sobre la carga de la prueba. Sin embargo, la incorrecta comprensión de este principio ha generado problemas en la jurisprudencia, que ha llegado

66 La doctrina ha olvidado el análisis (aunque sucinto) que hizo von Jhering con referencia al daño resarcible en los ejemplos que utilizó en su escrito, en el que prácticamente se distingue, en materia de *lucrum*, entre la oferta de bienes y la de servicios. Al respecto SALGADO RAMÍREZ. *Breve introducción a la responsabilidad precontractual en la teoría de Rudolf von Jhering*, cit., pp. 749 ss.

67 El nuevo código civil y comercial de la Nación argentina, por ejemplo, regula el daño resarcible en términos del interés de confianza. Véase art. 991 y *supra* nota 38.

a confundir buena fe subjetiva y buena fe objetiva (y, así, a exigir del demandante probar *la mala fe* del demandado, en el entendido de que la buena fe *se presume*)⁶⁸. Pero, como ya se ha puesto de presente, se presume la buena fe subjetiva, mas no la objetiva. Así las cosas, no estaría de más dar claridad sobre la carga de la prueba (la prueba de la diligencia o cuidado –deber que nace del principio de buena fe– corresponde a quien ha debido emplearla, esto es, al demandado; la prueba de una confianza legítima que debe ser protegida, a quien solicita la indemnización), como además lo reconoce la doctrina extranjera⁶⁹.

Referencias

- ANCEL, FRANÇOIS; FAUVARQUE-COSSON, BÉNÉDICTE y GEST, JULIETTE. *Aux sources de la réforme du droit des contrats*, París, Dalloz, 2017.
- ARROYO AMAYUELAS, ESTHER. “La réforme du droit des contrats en France. Une lecture espagnole”, en *La réécriture du Code civil. Le droit français des contrats après la réforme de 2016*, París, Société de législation comparée, 2018, pp. 391-418.
- CARTWRIGHT, JOHN y HESSELINK, MARTIJN (eds.). *Precontractual Liability in European Private Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008.
- CURSI, MARIA FLORIANA. *Danno e responsabilità extracontrattuale nella storia del diritto privato*, Nápoles, Jovene, 2010.
- CHÉNÉDE, FRANÇOIS. *Le nouveau droit des obligations et des contrats. Consolidations-innovations-perspectives*, París, Dalloz, 2016.

68 Al respecto, véase SALGADO RAMÍREZ. *Buena fe subjetiva, buena fe objetiva y responsabilidad precontractual*, cit., pp. 8-22.

69 RISKE. *La responsabilité précontractuelle dans le processus d'uniformisation du droit privé européen*, cit., ix-xiv, p. 557.

- FAGES, BERTRAND. "Die Vertragsverhandlungen im neuen französischen Schuldrecht", en BIEN, F. y BORGHETTI, J. S. (eds.), *Die Reform des französischen Vertragsrechts. Ein Schritt zu mehr europäischer Konvergenz?*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2018, pp. 13-30.
- FAGGELLA, GABRIELE. "Dei periodi precontrattuali e della loro vera ed esatta costruzione scientifica", en *Studi giuridici in onore di Carlo Fadda*, III, Nápoles, Luigi Pierro, 1906.
- GHESTIN, JACQUES; LOISEAU, GREGOIRE y SERINET, YVES-MARIE. *La formation du contrat*, t. 1, *Le contrat – le consentement*, 4.^a ed., París, LGDJ, 2013.
- GHESTIN, JOHN; LOISEAU, GREGOIRE y SERINET, YVES-MARIE. *La formation du contrat*, t. 2, *L'objet et la cause – Les nullités*, 4.^a ed., París, LGDJ, 2013.
- GSELL, BEATE. "Die Neuregelungen zu den Vertragsverhandlungen nach der Reform des französischen Schuldrechts", en BIEN, FLORIAN y BORGHETTI, JEAN SEBASTIEN (eds.), *Die Reform des französischen Vertragsrechts. Ein Schritt zu mehr europäischer Konvergenz?*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2018, pp. 31-58.
- KUPISCH, BERTHOLD. "La responsabilità da atto illecito nel diritto naturale", en VACCA, L. (ed.), *La responsabilità civile da atto illecito nella prospettiva storico-comparatistica*, Turín, Giappichelli, 1995, pp. 123-143.
- MÉNDEZ SIERRA, EDUARDO y QUAGLIA, MARCELO. "El nuevo derecho de las obligaciones y de los contratos en Francia. Segunda parte: Régimen general de los contratos", *El Derecho*, Universidad Católica Argentina, 14.172, 2017, pp. 1-8.
- MENDIETA, JAIME. "La 'culpa in contrahendo'. Historia, evolución y estado actual de la cuestión", *e-mercatoria*, Universidad Externado de Colombia, vol. 10, n.º 2, 2011, pp. 40-74.
- NEME VILLARREAL, MARTHA LUCÍA. "Buena fe subjetiva y buena fe objetiva. Equívocos a los que conduce la falta de claridad en la distinción de tales conceptos", *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, n.º 17, 2009, pp. 45-76.

- PROCCHI, FEDERICO. *'Licetemptio non teneat'. Alle origini delle moderne teoriche sulla cd. 'culpa in contrahendo'*, Milán, Cedam, 2012.
- RISKE, OLIVIER. *La responsabilité précontractuelle dans le processus d'uniformisation du droit privé européen*, Basilea, Helbing Lichtenhahn, 2015.
- SALEILLES, RAYMOND. "De la responsabilité précontractuelle, à propos d'une étude nouvelle sur la matière (G. Faggella, 'Dei periodi precontrattuali e della loro vera ed esatta costruzione scientifica', Nápoles, 1906)", *Rev. trim. dr. civ.*, t. VI, 1907, pp. 697-751.
- SALGADO RAMÍREZ, CATALINA. "Consideraciones históricas acerca de la responsabilidad precontractual antes de Rudolf von Jhering", *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, n.º 22, 2012, pp. 277-298.
- SALGADO RAMÍREZ, CATALINA. "Breve introducción a la responsabilidad precontractual en la teoría de Rudolf von Jhering", en *Estudios de derecho civil en memoria de Fernando Hinestrosa*, t. I, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2014, pp. 721-758.
- SALGADO RAMÍREZ, CATALINA. "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, LILIAN (coord.), *La buena fe en la jurisprudencia. Comentarios y análisis de sentencias*, Santiago, Thomson Reuters, 2015, pp. 5-22.
- SAUTONIE-LAGUIONIE, LAURA. "The Creation of a Legal Theory of the Conclusion of the Contract", *Montesquieu Law Journal*, Université de Bordeaux, n.º 6, 2017, pp. 45-54.
- SIRENA, PIETRO. "La réforme du droit français des contrats et des obligations: un regard italien", en CARTWRIGHT, John; FAUVARQUE-COSSON, Bénédicte y WHITTAKER, Simon (eds.), *La réécriture du Code civil. Le droit français des contrats après la réforme de 2016*, Paris, Société de législation comparée, 2018, pp. 363-389.

- SCHULZE, REINER. "Vertragsverhandlungen – eine kurze Einführung", en BIEN, F. y BORGHETTI, J. S. (eds.), *Die Reform des französischen Vertragsrechts. Ein Schritt zu mehr europäischer Konvergenz?*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2018, pp. 3-11.
- SCHULZE, REINER. "The Reform of French Contract Law – A German Perspective", *Montesquieu Law Journal*, Université de Bordeaux, n.º 6, 2017, pp. 175-182.
- THIBIERGE, CATHERINE. *Nulidad, restituciones y responsabilidad*, G. De Greiff (trad.), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2010.
- VON JHERING, RUDOLF. "'Culpa in contrahendo' oder Schadenersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelangten Verträgen", *Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*, 1861, vol. 4, pp. 1-112, [en línea], disponible en: <http://dlib-zs.mpiar.mpg.de/pdf/2084719/04/1861/20847190418610005.pdf>
- VON PUFENDORF, SAMUEL. *De jure naturae et gentium libri octo*, Frankfurt, Sumptibus Friederici Knochii, 1684.
- ZIMMERMANN, REINHARD. *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford, Oxford University Press, 1996.

Anabel Riaño Saad. Docente-investigadora del Departamento de Derecho Civil de la Universidad Externado de Colombia. Especialista en Responsabilidad y Daño Resarcible de la Universidad Externado de Colombia; titular del diploma superior de universidad en Derecho Civil; maestra en Derecho Privado de la Université Paris 2 Panthéon-Assas; doctora en Derecho de las universidades Externado de Colombia y Paris 2 Panthéon-Assas.

Silvana Fortich. Docente-investigadora del Departamento Derecho Civil de la Universidad Externado de Colombia y directora del Observatorio de Nuevas Tecnologías y Derecho Privado de la misma Universidad. Doctora en Derecho de la Université Paris 2 Panthéon-Assas y Externado de Colombia.

La presente obra es el resultado del trabajo y esfuerzo de un grupo de profesores colombianos que, teniendo en cuenta el importante movimiento en favor de una reforma del derecho privado en Colombia, es consciente de la necesidad de reflexionar no solamente acerca de la pertinencia o no de una tal reforma, sino también acerca del alcance y contenido de la misma.

Ahora bien, ¿por qué analizar el eventual interés, para el derecho colombiano, de la reciente reforma francesa del derecho de los contratos y de las obligaciones? Como sabemos, el estudio del derecho francés siempre ha tenido una relevancia particular para nuestro ordenamiento jurídico. Por esta razón, y debido precisamente a la actualidad de la reforma francesa, resulta fundamental contar con la visión crítica de los juristas colombianos acerca de la orientación de dicha reforma en algunos temas fundamentales relacionados tanto con la formación del contrato como con sus efectos, al igual que en otros concernientes al régimen general de las obligaciones, todo ello siguiendo el esquema original de la reforma mencionada.

El análisis de estos y tantos otros temas que se estudian en el presente libro nos permitirá contar con suficientes elementos de juicio para determinar la pertinencia o no de que el legislador colombiano se inspire, en caso de prosperar una reforma de nuestro Código Civil, en la reciente reforma del derecho francés.

La manera como se encuentra estructurada la obra, además del hecho de que algunos de los autores cuentan con una formación no solamente en derecho francés, sino también en derecho italiano o alemán, permite ofrecer una perspectiva de la reforma francesa del derecho de los contratos y de las obligaciones alimentada por un espíritu tan rico como crítico, lo cual resulta fundamental para no caer en la tentación de trasplantar pura y simplemente normas extranjeras a nuestro sistema jurídico, con el riesgo de desconocer nuestra propia tradición jurídica.

