

# CONSIDERACIONES ACTUALES SOBRE LA OBLIGACIÓN PRECONTRACTUAL DE INFORMACIÓN, UNA PERSPECTIVA EUROPEA\*

*Vladimir Monsalve-Caballero\*\**

## RESUMEN

El presente artículo tiene por objeto delimitar las obligaciones y deberes de información, que les asiste a las partes dentro de una negociación preliminar. A su vez, pretende demostrar cómo la información contractual es un mecanismo efectivo que fomenta o reequilibra las desigualdades existentes entre los sujetos y es una medida protectora de la parte débil de la relación prenegocial. Para lo anterior se hace un estudio sobre la modernización del derecho de obligaciones que se viene gestando en Europa donde, con fundamento en modelos basados en principios *pro damnato*, se está reforzando la dinámica contractual y en especial de los deberes secundarios de conducta.

**Palabras clave:** *Culpa in contrahendo*, deberes secundarios de conducta, información, responsabilidad precontractual, formación contractual.

Fecha de recepción: Septiembre 24 de 2008  
Fecha de aceptación: Noviembre 4 de 2008

\* El presente artículo es el tercer avance de investigación del proyecto “Responsabilidad precontractual y deberes secundarios de conducta”, adelantado por el grupo de investigación en Regulación Económica de la Universidad del Norte.

\*\* Abogado, especialista en derecho comercial y financiero, Diploma de Estudios Avanzados en Nuevas tendencias del derecho Privado, máster oficial en Regulación Económica de la Universidad de Salamanca, España y doctor en derecho de la misma Universidad. Profesor investigador de la facultad de derecho de la Universidad del Norte de Barranquilla. Correo electrónico: [vmonsalve@uninorte.edu.co](mailto:vmonsalve@uninorte.edu.co)

## **CONSIDERATIONS ABOUT DUTIES OF INFORMATION IN PRELIMINARY NEGOTIATION, THE EUROPEAN VISION**

### **ABSTRACT**

*This article aims to define the obligations and duties of information, which assist the parties in a preliminary negotiation. In turn, aims to demonstrate how the information is a contractual mechanism that encourages or balances existing inequalities between subjects and is a protector of the weak part of the relationship. It makes a study on modernizing the law of obligations that has been brewing in Europe, where models based on early pro damnato principles are strengthening the dynamics and especially the secondary duties of conduct.*

**Key words:** *Culpa in contrahendo, duties side of conduct, information, precontractual responsibility, contract formation.*

### **1. PRESENTACIÓN**

La admisión de deberes precontractuales de información como una categoría específica es el fruto de una evolución tardía y ligada a los cambios sociales y al objeto del comercio<sup>1</sup>. En el derecho romano se tenía la creencia de que a cada una de las partes le correspondía informarse y adquirir los conocimientos necesarios al momento de celebrar un contrato, ya que de conformidad con la máxima *caveat emptor*<sup>2</sup>, o bien *emptor debet esse curiosus*, era a cada una de las partes a la que le incumbía satisfacer sus intereses con el objeto a negociar.

Esta situación se mantuvo durante el derecho clásico y moderno<sup>3</sup>, solo hasta cuando se comenzó a estructurar la responsabilidad precontractual, por vía de los estudios de la doctrina alemana<sup>4</sup> y con posterioridad en la italiana, se comenzó a reconocer su existencia, que conllevó a introducir en los diferentes marcos legales de la época

1 GRISI, G., *L'obbligo precontrattuale di informazione*, (Jovene, Napoli, 1990), p. 3.

2 Que se cuide el comprador.

3 GÓMEZ CALLE E. *Los deberes precontractuales de información* (Editorial la Ley, Madrid, 1994), p. 12, solo se reconocía el deber de información a aquel que nacía de conformidad con las exigencias de la buena fe o de los vicios del consentimiento (error y dolo).

4 Es importante aquí clarificar que fue justamente IHERING, R., "*De la culpa in contrahendo ou des dommages –interdi dans le conventions nulls ou restées imparfaites*" Oeuvres divisies, Traducción francesa por O. De Meulenaere, tomo II, (Morescq, París, 1893), pp. 1-100, con fundamento en los derechos de información (o algo muy aproximado), quien dio lugar al nacimiento de la doctrina de la *culpa in contrahendo*. Recuérdese que la doctrina de la *culpa in contrahendo* nació como un medio reparador de los daños causados en virtud de contratos inválidos por error o dolo (cuyos vicios se fundamentaron en la falta de información).

el deber precontractual de información; no obstante, es importante resaltar cómo a mediados del siglo XVIII POTHIER ya hablaba del deber de informar, como una obligación emanada de la buena fe, la cual obligaba solo en el fuero de la conciencia<sup>5</sup>.

Si se estudian las fuentes romanas, el deber de informar que se asumió en esa época, no era por mimetismo del Digesto<sup>6</sup>, sino en consideración a las enseñanzas de los iusnaturalistas, de ahí su clasificación como no vinculante, situación que impregnó el *code*, pero que no trascendió en el ámbito contractual.

Ya en el siglo XIX, el deber de informar siendo aún una institución no lejana a los redactores del código napoleónico (muy seguramente por su clasificación y concepción), no se incluyó ni en los proyectos, ni el código final, y como consecuencia lógica de lo anterior, ni el código español, ni los códigos latinoamericanos la recogieron dentro de sus apartados normativos. Fue solo en los últimos años debido, entre otras cosas, a la aparición de deberes precontractuales de origen legal y ante la necesidad de garantizar la buena fe durante los tratos como un mecanismo efectivo de contención y equiparamiento entre las notorias desigualdades contractuales, cuando se ha despertado un interés por estudiar la figura con carácter autónomo, es decir, sin necesidad de referirlos a los vicios del consentimiento o a la obligación de saneamiento, y es en esa autonomía donde es procedente el estudio del deber de información en los tratos preliminares, y por tanto, donde centraremos nuestros mayores esfuerzos.

## 2. HIPÓTESIS DE LA INVESTIGACIÓN

A pesar de que en la actualidad el proceso de formación contractual es una fase irreglada en la mayoría de los códigos de tradición latina, nosotros acudimos a la existencia y procedibilidad del deber y la obligación de informar(se), como una medida efectiva que no solo podrá garantizar la adecuada conformidad contractual, sino que permitirá acotar las desigualdades existentes entre los diferentes sujetos contractuales y, ante todo, proteger a la parte más vulnerable (*principio pro damnato*) de la relación obligacional.

## 3. METODOLOGÍA PARA EL DESARROLLO DEL PROYECTO

Fueron los alemanes pertenecientes a la escuela voluntarista<sup>7</sup>, quienes lograron que a finales del siglo XIX y principios del XX se estructurara la culpa *in contrahendo*

5 POTHIER, R.J., “Oeuvres de Pothier”, tomo I.: *Traité des obligations*, (Paris, 1825) n° 234.

6 MONSALVE CABALLERO, V., “Evolución de la responsabilidad precontractual por tratos preliminares en el sistema continental europeo”, *Revista Iusta*, Bogotá, vol. 25, pp. 107 y ss. Aquí el autor hace un análisis sobre las diferentes fuentes romanas que consagraron la culpa *in contrahendo*.

7 Al respecto ver MEDICUS., “Zur entdeckungsgeschichte der culpa *in contrahendo*”, festgabe für MAXKASER, zum 80 (Geburtstag, Wien-Koln-Graz 1986), p. 23. DÖLLE, H., “Aussergesetzliche Schuldlichten”, *Zges* (Staats W,

(a partir de ahora CIC) o *Verschulden beim Vertragsschluss*<sup>8</sup>, como un factor de imputación de la responsabilidad, consistente en el incumplimiento (culpa) injustificado de determinados deberes que en la formación del contrato debían cumplir las partes. Sin embargo, fue solo hasta 1922 cuando se consolida la doctrina de dar lugar a la indemnización por los daños producidos en la formación contractual (*Haftung beim Vertragsschluss*), reconociendo los mismos principios contractuales que direccionaban la institución.

Con la teoría de LEONHARD<sup>9</sup> se acuña el término de la teoría de los deberes secundarios de conducta instituida con ocasión de las exigencias de la buena fe, la cual se constituía en una fuente de las obligaciones y de los límites impuestos a la conducta humana, estimando que como principio debe funcionar en el cumplimiento de toda clase de obligaciones y deberes, así como en el ejercicio de los derechos de cualquier especie<sup>10</sup>.

La anterior construcción logró unificar criterios integradores con respecto al alcance y naturaleza de los deberes secundarios de conducta, cuya fuente mediática se encontraba en la buena fe *in contrahendo*, fundamentando que las partes desde el mismo momento en que comienzan las negociaciones hasta cuando logran concretar sus acuerdos mediante la manifestación de su voluntad, gozan de un interés común, el cual fundamenta un acuerdo final. Por otra parte, y ante una evidente laguna legal, pronto se afirmó que la responsabilidad por CIC, había pasado a ser una costumbre jurídica<sup>11</sup> quedando así su virtualidad al margen de las construcciones instrumentales al efecto.

Gracias a la escuela alemana, se reconoce que los deberes secundarios de conducta no se presentan en exclusiva en la ejecución del contrato como complemento de las obligaciones nucleares, sino que tales deberes también adquieren una gran importancia en la etapa precontractual y en la etapa poscontractual. Toda vez que con ellos, en el primer caso, se preparará adecuadamente el cumplimiento de los deberes de prestación, y, en el segundo, se producirá una ordenada y completa “liquidación” de los efectos que la relación contractual haya producido, incluso después de su “consumación”<sup>12</sup>.

---

1943), p. 103. HELDRICH., “Verschulden beim Vertragsabschluss im klassischen römischen Recht”, *Der späteren Rechtsentwicklung* (Leipzig, 1924), LARENZ, K., “*Culpa in contrahendo* Verkehrssicherungspflicht und sozialer Kontakt” (*M.D.R.*, 1954), y del mismo autor, “Lehrbuch des schuldrechts”, *Allgemeiner Teil*. (13 ed., München, 1982), THUR Y PETER., “Allgemeiner teil des schweizerischen obligationenrechts” (3 ed., 1979). GHUL, T., Y MERZ, H., “Das Schweizerische obligationenrecht”, (7 ed., 1980). BERG., “Vage mit Drittschutzwirkung und Drittschadensliquidation” (*jus 1977*), p. 363, HEINRICH., “Palandt kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch”, comentario a los § 31, 145, 118, 179, 242, 276, 305, 306, 307, 309, 328 (München, 1989).

8 IHERING, R., op. cit., pp. 1 y ss.

9 LEONHARD, F., “Verschulden beim Vertragsschlusse”, (Berlin 1910), pp. 21 y ss.

10 LEONHARD, F., op. cit., p. 24.

11 STEINBERG, G., *Die Haftung für culpa in contrahendo* (Bonn, 1930), pp. 89 y ss.

12 DÖLLE, H., op. cit., pp. 104 y ss. LARENZ, K., “*Culpa in contrahendo*... cit., pp. 42 y ss., MORELLO, A, M.,

El reconocimiento que se hizo en Alemania de los deberes en la relación precontractual se vio desde el primer instante que dicha institución era independiente de todo contrato posterior, y que integraban el *iter* contractual desde las conversaciones prenegociales. Sin duda los estudios de DÖLLE vendrían a terminar de construir la doctrina de la CIC, con la construcción de la teoría del contacto social<sup>13</sup>, reconduciendo el daño que se origine en formación contractual como un daño generado por la confianza, en virtud del cual las partes someten su esfera personal y jurídica a una influencia mutua. Con la reforma del derecho de las obligaciones alemán del año 2001, no solo se reconoció dicho contexto, sino que también se inscribieron todos los elementos que se fueron incorporando por vía jurisprudencial. Su principal modificación se dio en el parágrafo 311.2:

*“311.2 Ein Schuldverhältnis mit Pflichten nach. 241 abs. 2 entsteht auch durch [...], 2. die Andahmung eines Vertrags, bei welcher der eine Teil im Hinblick auf eine etwaige rechtsgeschäftliche Beziehung dem anderen Teil die Möglichkeit zur Einwirkung auf seine Rechte, Rechtsgüter und Interessen gewahrt oder ihm diese anvertraut, oder 3. ähnliche geschäftliche Kontakte”<sup>14</sup>.*

Como se puede observar, a partir de la reforma, el *BGB* centra las relaciones obligatorias no solo en el contrato sino también en otras relaciones de “contacto social”, las cuales también crean deberes. Por lo anterior, tanto el parágrafo 311.2, como todo el título que la dirige, omiten referencia al contrato (en la redacción anterior los entonces parágrafos 305 y ss. anunciaban: relaciones obligatorias derivadas del contrato) hoy, anunciándose “relaciones obligatorias negociales” (*Rechtsgeschäftliche Schuldverhältnisse*). En la actualidad, su primer apartado transcribe no solo literalmente el pretérito 305. La doctrina actual lo llama una relación jurídica de la negociación contractual (*Rechtsverhältnis der Vertragsverhandlungen*), de la cual origina deberes y por tanto constituye una concordancia obligatoria en los términos del parágrafo 241.2<sup>15</sup>.

---

*Indemnización del daño contractual* (2ª ed., Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1974), p. 76. En el mismo sentido DE VERDA Y BEAMONTE, J., “Algunas reflexiones sobre el dolo como causa de invalidez del contrato y como fuente de responsabilidad precontractual”, *Libro-homenaje al profesor MANUEL AMORÓS GUARDIOLA* (Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2006), pp. 763 y ss.

- 13 DÖLLE, H., op. cit., pp. 104 y ss. Quien reconoce que la mencionada confianza no surge únicamente en contactos con una finalidad contractual sino también puede producirse en otros planos de relaciones sociales, de ahí su expresión. En el mismo término LARENZ, K., “*Culpa in contrahendo*...cit., pp. 42 y ss.
- 14 Si una parte proporciona a la otra la posibilidad de incidir sobre sus derechos, bienes jurídicos o intereses, o se los confía, con la intención de crear una relación contractual, o similares contactos negociales, puede surgir una obligación de las previstas en el parágrafo 241.2 del B.G.B.
- 15 Con la reforma, el texto anterior pasa a ser el apartado 1, y la forma novedosa se introduce el apartado 2, el cual consagra: “El contenido de la relación obligatoria puede obligar a que cada parte tenga en consideración los derechos, bienes jurídicos e intereses de la otra parte”. Según lo anterior, de los contactos precontractuales pueden existir obligaciones de similar naturaleza a las contractuales, cuya lesión incluso pueden causar daños a la otra parte. En el último caso al perjudicado le asistirá el derecho de exigir, de conformidad con el parágrafo 280, la correspondiente indemnización por lesión del deber.

Según el apartado segundo del párrafo 311, se consideran como casos encuadrados en la *culpa in contrahendo*, los que se originan en una relación jurídica que nace en la formación contractual, y más concretamente, en la preparación de un contrato, la negociación potencial y los contactos negociales análogos. El primero de los supuestos puede concluir en un contrato o no. El segundo conjetura una simple invitación a contratar. Los demás que no tienen cabida en los ambos mencionados, pueden tener encaje en el tercero, siempre y cuando el contacto sobre un negocio genere una relación obligatoria. Circunstancia deseable, que no deja de aportar oscuridad frente a su amplitud e inconcreción, además de su más que difícil aplicabilidad práctica<sup>16</sup>.

De igual forma, es menester resaltar la inclusión de la *culpa in contrahendo* de los terceros, la cual se consagra legalmente en el párrafo 311, en su último apartado. Se reconoce que estos pueden ser responsables cuando utilizan la confianza para influir en otros para que contraten. Es tal la amplitud de esta norma que daría lugar a la legitimación pasiva y activa de nacimientos de la relación jurídica obligatoria, por tanto, es una norma que por su generalidad, muy seguramente debe tener un desarrollo en una línea jurisprudencial.

Si bien, podemos inferir que la institución goza en la actualidad de gran desarrollo legal en el ámbito alemán, el panorama internacional presenta el otro lado de la moneda, pero aún sin una debida construcción legal de la institución de la CIC, se encuentra sentada sobre un reconocimiento internacional, que se ha estructurado a raíz de sentencias interpretativas, extensivas e integradoras sobre la buena fe (en algunos casos casi que de ingeniería jurídica), como un precepto de contenido técnico jurídico que tiene múltiples acepciones y como un principio de carácter general y universal.

Frente a las dificultades normales que demanda la construcción de una teoría sobre estas circunstancias, hemos decidido adelantar un estudio sistemático sobre las fuentes, evolución del deber de información, los aportes del *common law*, la importancia y el efecto sobre el consentimiento y, en general, tratando de responder: ¿Cuándo hay que informar, cómo, qué comprende dicho deber, y a quién le corresponde la mencionada obligación? El estudio se fundamentó en un modelo teórico-empírico, donde se analizan las diferentes fuentes legales y jurisprudenciales europeas (se hace un análisis especial del derecho alemán, francés, italiano y español). Entre otros, se ha querido destacar por su relevancia en este documento los siguientes:

---

16 Así lo reconoce, ALBIEZ DOHRMANN, K. J., *Un nuevo derecho de obligaciones. La reforma 2002 del BGB, ADC*, 2002, julio-septiembre, p. 1192.

#### 4. EL DEBER DE INFORMACIÓN EN LA TRADICIÓN LATINA

Si bien la doctrina europea reconoce tres deberes básicos<sup>17</sup> emanados de la buena fe en la etapa de tratos o negociaciones preliminares, es en el deber de informar en que más se han centrado esfuerzos por parte del Legislador Comunitario<sup>18</sup>, lo

17 En la actualidad, existe unificación al respecto siendo los más aceptados: “*el deber de información, de secreto y de conservación o custodia*”. Dichos deberes están contenidos en los proyectos adelantados por la academia en los procesos de uniformidad y unificación del derecho europeo, por ejemplo el proyecto del Código Europeo de los Contratos de la Academia de Pavía, los enuncia expresamente en los artículos 6º, 7º y 8º, de igual forma el proyecto de los Principios del Derecho Europeo de los Contratos al consagrarlos en los deberes generales de los contratantes de conformidad con la buena fe contractual (art. 1:201). La doctrina se ha ocupado del tema desde tiempo atrás, al respecto puede estudiarse al principal representante del derecho suizo, en los casos de responsabilidad precontractual el profesor PIOTET, P., “*Culpa in contrahendo et responsabilité précontractuelle en droit privé suisse*” (Stempfli, Berne, 1963), pp. 100 y ss. En diferentes apartes del texto, se encuentra el reconocimiento de la existencia de obligaciones que nacen con ocasión de las negociaciones, destacándose las positivas y las negativas, que surge entre los “*partenaires*”. A su juicio, el principal deber de hacer es el de la obligación de declaración que tienen las partes en el momento de las negociaciones o acercamiento contractual. De conformidad con esa principal obligación, las partes deben comunicarse y transmitirse todo lo que conozcan y esté a su alcance frente al objeto negociado. En cuanto a los deberes negativos, el autor manifiesta que las partes se encuentran obligadas a abstenerse de ejecutar cualquier acto que pueda entorpecer las negociaciones o a crear errores o apariencias falsas en la contraparte. En la doctrina italiana es de resaltar la clasificación que hace de los deberes BENNATI, F., “*A responsabilità pré-contratual...*”, cit., pp. 47 a 96, donde los fundamenta en el artículo 1337, el cual consagra la obligación de comportarse de buena fe, siendo esta la que surge en el período de formación del contrato. Remata el autor, que no puede ser considerado como tal el momento meramente interior, en el cual el sujeto se decide a contratar. La correcta interpretación de la disposición será en sentido, que por la fuente del deber de buena fe se debe entender la propuesta hecha con aquellas características, de idoneidad la cual justifica una confianza en el destinatario en relación con el declarante. Y en su fundamento se hallan los deberes de confidencia o secreto, deberes de aviso y de custodia. Es importante resaltar la clasificación que hace CARRESI, I., *op. cit.*, pp. 440 y ss. Ya en el campo del derecho español, se podría citar la clasificación que al respecto hace ALONSO PÉREZ, M., “*La responsabilidad...*”, cit., p. 909, donde afirma que son tres las obligaciones y derechos que tienen las partes; un deber de comunicación o información, un deber de secreto y un deber de custodia o conservación. También los aborda ASÚA GONZÁLEZ, C., *op. cit.*, p. 63. Afirma la catedrática, que la relación de confianza se basa en la exigencia de determinados deberes precontractuales, entre personas conocidas quienes tienen una relación más profunda que la del simple trato, situación contraria a la de la responsabilidad. Quien hace un especial análisis al deber de información, en el plano americano es BREBBIA, R., “*La responsabilidad precontractual...*”, cit., p. 93. Recoge los tres deberes normalmente reconocidos por la doctrina internacional (información, secreto, custodia) y suma el deber de abstenerse de la realización de actos antifuncionales, entendiendo por tales aquellos que no son idóneos para avanzar la negociación y, al mismo tiempo, son susceptibles de producir perjuicio al otro precontrayente. En el mismo sentido también los enumera COSTANZA, M., *op. cit.*, p. 71, afirmando que la buena fe es una fuente de deberes de comportamiento, de ahí que derive la existencia de la obligación de colaboración, de información, de custodia, y cualquier trasgresión de los deberes genera una responsabilidad resarcitoria.

18 El desarrollo legislativo en el plano de la Unión Europea se ha centrado básicamente en el derecho de consumo, al considerar los intereses económicos de los consumidores como prevalentes frente a todos aquellos que participen en el mercado interior. Así entonces, y básicamente desde la publicidad comercial, se pretende proteger a los consumidores frente a las prácticas desleales de las empresas (principio de proporcionalidad, frente a las prácticas desleales y perjudiciales a los intereses económicos de los consumidores, y por ende, indirectamente perjudiciales para los competidores legítimos). En especial la directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de mayo del 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior, que modifica la directiva 84/450/CEE, las directivas 97/7/CE, 98/27/CE y 2002/65/CE y el reglamento 2006/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo. Concretamente esta directiva desarrolla los requisitos

que representa que en la actualidad sea el deber más exigible y el más tutelado en lo que tiene que ver con las relaciones comerciales (sobresalen aquellas que se hacen a través del comercio electrónico), en las manifestaciones del mercado y en especial en la protección del consumidor, por ser la parte más vulnerable dentro de la relación contractual<sup>19</sup>. Así lo ha entendido el máximo ente legislativo y, por tanto, en la actualidad es uno de los principios orientadores y protectores de la Unión Europea<sup>20</sup>.

El legislador comunitario ha comprendido que los principios de igualdad defendidos a ultranza por los codificadores franceses en la actualidad han sucumbido, y por tanto, la infranqueable condición reivindicadora (ante épocas de exceso de la monarquía) requiere savia impregnada de las realidades del mercado globalizado, donde la igualdad entre los contratantes no es más que un sofisma.

En materia de información, es obvio que cada uno de los negociantes conoce o tiene la posibilidad de conocer más fácilmente que el otro aquellos datos, que afectando el contrato que se pretende celebrar en el futuro, le quedan más próximos, o si se quiere, dentro de su ámbito de conocimiento y/o influencia. Por tanto, los deberes de información tienen, en fin, una finalidad protectora, que les sirve al propio tiempo de justificación, pretenden proteger al que se halla en una posición más débil, por su escasa información o por su inexperiencia negocial<sup>21</sup>.

---

relativos a la información y normas sobre la manera en que ha de presentarse la información al consumidor. Con respecto a las omisiones, presenta también los datos esenciales que deben tener los consumidores para poder tomar una decisión sobre una transacción con el debido conocimiento de causa. (Tal información no tendrá que figurar en todos los anuncios, sino únicamente cuando el comerciante haga una invitación a comprar). Se adjunta en el anexo II de la directiva, una lista no exhaustiva de tales requisitos en materia de información previstos en el acervo.

- 19 La información como se mire, como un derecho o un deber es, ha sido y será un tema clave, no solo para el derecho sino que es un tema determinante para la economía y para los mercados, así todos siendo operadores económicos, ya sea como industriales, comerciantes o consumidores siempre participaremos de un mercado, el cual se caracteriza por tener una información imperfecta, ya que siempre unos van a tener más información que otros, lo cual genera ineficiencia del mercado y en sí un fallo del mismo. Para ver más, STIGLITZ, J. E. *On the economic role of the state*. A Heertje (ed.), *The economic Role of the State*, Basil Blackwell, Oxford, pp. 8-85.
- 20 Es un principio aceptado, la concepción sobre la cual la lealtad y diligencia durante los tratos se miden por la información precontractual del proveedor profesional hacia el profano. Así, CORRIPIO GIL-DELGADO, M. r. *Los contratos informáticos, el deber de información precontractual* (Universidad Pontificia de Comillas. Madrid, 1999) pp. 142 y ss. Así también lo reconoce ALONSO PÉREZ, M. *La responsabilidad precontractual*, RCDI, 1971, p. 881, y BENATTI, F. *Culpa in contrahendo...*, cit. pp. 295 a 297, CUADRADO PÉREZ, C., *Oferta, aceptación y conclusión del contrato* (Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 2003), p. 48; y recientemente, CASIELLO J.J. *El deber de información precontractual*. En homenaje a Dalmacio Vélez Sarsfield. Vol. II. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Córdoba. Argentina 2000, pp. 42 y ss. y VALES DUQUE P., *La responsabilidad precontractual o culpa in contrahendo*. Libro-Homenaje al Profesor Manuel Amorós Guardiola. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid 2006. pp. 727 y ss.
- 21 GÓMEZ CALLE, E., op. cit., pp. 15.

Como prueba de lo anterior, basta con que se haga un análisis sobre la evolución que ha tenido la responsabilidad originada por información inexacta en el sistema francés, ya que de no reconocer obligación alguna que les asistía a las partes en la formación contractual, (más que aquella que demandaba su propia astucia y diligencia), progresivamente se ha venido reconociendo, al punto de considerar como elemento esencial del contrato el deber de información, elemento este que incide sobre la validez y eficacia del mismo. Así lo reconoce, por ejemplo, ROVELLI<sup>22</sup>, quien afirma:

“En el caso de la compraventa, durante los tratos preliminares, tiene el vendedor la obligación frente al adquirente, de informar todo vicio oculto, obligación esta que se acrece en el caso de un *vendeur professionnel*, donde existe una presunción absoluta de conocimiento del vicio de la cosa vendida, igual situación existe en el caso del fabricante o del vendedor, que deben resarcir al comprador de toda consecuencia dañosa que se presente con ocasión del vicio”.

Nótese entonces, cómo se le da un valor determinante en la formación del consenso al presupuesto del deber de informar, cuya omisión sin duda es determinante al momento de mantener el equilibrio contractual entre las partes que entran en negociaciones. Esta posición sin duda representa el principio voluntarístico típico del código civil y de la teoría contractualista francesa que se inclina por el principio de reconocer que en la etapa de formación se da la esencia del consenso y, por tanto, la validez del contrato. Así la doctrina y la jurisprudencia francesas reconocen que cuando se omite el deber de información, ya sea por dolo o por culpa, se está presente frente a un vicio y, por tanto, se incurre en *culpa in contrahendo*.

En Francia, la jurisprudencia y la doctrina han continuado con la vertiente europea de dar especial reconocimiento a la existencia de un deber especial de informar, reconocimiento que se hace como una medida de protección a la parte más débil<sup>23</sup>, siendo incluso considerada esta medida como un valor propio del *orden público de protección del otro*, citando la jurisprudencia en múltiples apartes, el deber de comportarse de acuerdo con la lealtad y *corrección* en los tratos preliminares, implica el deber de informar<sup>24</sup>.

22 ROVELLI, L. *La responsabilità precontrattuale*. En: BESSONE M. *Trattato di diritto privato*, XIII, 2 Giappichelli, Torino, pp. 201-444.

23 Así, MUSY A, M. *Responsabilità precontrattuale (culpa in contrahendo)*, (Edit. Ddp. XXVII), pp. 391-410.

24 Al respecto se pueden ver diferentes leyes galas, entre ellas la Ley Royer del 27 de diciembre de 1973 convirtiéndose esta legislación en la guía principal de la LOCM en España, la ley del 10 de enero de 1978 sobre el crédito de consumo, la ley del 22 de junio de 1982 sobre la actividad de venta de locales inmobiliarios entre otras.

En la cultura jurídica francesa, el deber de información en la disciplina del contrato no se traduce en un deber de sugerencia, es un derecho a orientar e informar a la contraparte para que esta adopte una posición más conveniente y oportuna “*consilii non fraudulenti nulla obligatio*”. Ya POTHIER<sup>25</sup> reconocía la obligación de informar, fundamentándose en las reales implicaciones de ese precepto romano afirmando:

“Aquel que hace un préstamo afirmando que es una persona solvente, u omitiendo información que le permita establecer a su acreedor que dicha solvencia no es como él se imagina que es, no solo actúa de mala fe en tal caso, sino que su conducta obliga a resarcir el daño que eventualmente pueda ocasionar a quien le ha hecho el préstamo”.

Como se afirmaba anteriormente, este derecho, hoy “obligación”, es el que más ha sido desarrollado y, por tanto, a él se asocian la mayoría de los casos de responsabilidad precontractual, ya que la información en la etapa de la formación contractual es el elemento más relevante en virtud del cual se puede establecer la conveniencia o no de la celebración contractual y, por consiguiente, el principal protagonista de un consentimiento sano y conforme.

## **5. EL APOORTE DEL COMMON LAW EN LA CONSTRUCCIÓN DEL DEBER DE INFORMAR**

La experiencia en el *common law* (inglés y norteamericano) constituye un modelo de vital interés dentro de la reciente “evolución” de los deberes secundarios de conducta y de la exaltación del riesgo en el proceso de formación negociadora. No se puede negar que, dentro de dicha doctrina, las ideas que se venían gestando en el territorio germano e italiano no fueron recibidas a manos abiertas, por el contrario, llegaron dichos pensamientos con el mayor de los pragmatismos y recatos, sobre todo en los años 20 y con el paso del tiempo dichos conceptos fueron estableciéndose dentro de los sistemas. Por eso regularmente se afirma que en el *common law* no se conoce ni el concepto general de la *culpa in contrahendo* ni del principio general de los contratos. Estos son producto de una novísima evolución<sup>26</sup>.

La concepción de IHERING y de sus opositores sin duda se propagó dentro del sistema del *common law*, de la forma como se dan los cambios dentro de un sistema conservador pero no hermético. Llegan las reformas luego de múltiples debates y mutaciones, se adaptan pausadamente las doctrinas absolutistas sobre la libertad contractual. Así, el concepto de la buena fe, con el que se fundamentaba principalmente la responsabilidad precontractual en toda Europa, sin importar la

25 POTHIER, J. *Traite du contract de mandat, Oeuvres de POTHIER III*, (Tarlier, Bruxelles-Amsterdam. 1830), p. 119.

26 GOODE, R., op. cit., p. 59.

naturaleza que se le atribuyera, vino a hacer *crisis* en la perspectiva tradicional, ya que las necesidades que presentaban los mercados en dichos países requerían urgentemente una nueva jurisprudencia que satisficiera las constantes necesidades de los grandes comerciantes, Y a la vez que se protegiera a los ciudadanos comunes. En principio el limitar la proclamada libertad contractual era algo impensable. Con el transcurso del tiempo se construyó lo que hoy día se conoce como la *sanctity of contract*<sup>27</sup>.

En efecto, comenzaron a aceptarse obligaciones precontractuales en los diferentes períodos de las negociaciones, entre ellas la más importante, el derecho de información; conforme a él, cada parte se encuentra obligada a tener con la otra comunicación esencial (Nótese que es el mismo fundamento del sistema del derecho civil europeo continental). En similar forma se consagraron sanciones para aquella parte que oculta elementos que puedan influir sobre las decisiones de concluir el acuerdo (o carencia de comunicación de un elemento existente como una causa de invalidez), o en un posible error en que hubiese incurrido a la otra. En fin, vino la *culpa in contrahendo* a ser una doctrina protectora de las legítimas expectativas del contratante y en especial de aquellos que no tienen posiciones dominantes en el mercado<sup>28</sup>.

El incremento de la doctrina económico-política neoliberalista, que demandaba un fortalecimiento y protección de las prácticas consumistas y de mercados, produjo un desequilibrio que generaba ineficiencias, por una parte los elevados costes de transacción en que incurrían los consumidores para adquirir información y por otra parte, cómo estos costes afectaban negativamente el mercado, puesto que existían barreras para participar en el mercado originadas por los altos costes informativos<sup>29</sup>.

Situación que fue atendida por los tribunales en decisiones que lograron introducir la exigencia de comportarse de acuerdo con los mandatos y preceptos de la buena fe, de la lealtad y la transparencia como parámetros de comportamiento dentro del período de formación contractual y que, a su vez, corregían en gran medida el fallo del mercado ante la evidente asimetría de la información. Producto de este reconocimiento jurisprudencial, aparece en la *equidad* el fundamento de unas obligaciones de información en las negociaciones, así será, por ejemplo, reprochable aquella parte que no guarde confidencialidad de todo aquello que se le ha confiado en el seno de la negociación. El incumplimiento de esta obligación

27 ZIMMERMANN, R., *The law of obligations-Roman Foundations of the civilian Tradition* (Oxford University Press, Oxford, 1996), pp. 90 y ss.

28 ALPA, G., "Appunti sulla responsabilità precontrattuale nella prospettiva della comparazione giuridica", En: *Responsabilità civile e previdenza*, Torino, 1981, pp. 535 y ss. En similar posición, DE MAURO, A., Y FORTINGUERRA, F., *La responsabilità precontrattuale* (Cedam, Padova, 2002), p. 30.

29 COOTER R., Y ULEN T., *Law and Economics* (Addison-Wesley Educational Publishers Inc, Boston, 1997), p. 33.

se reconoce con el nombre de *breach of confidence*. Esta obligación existe en vías de formación contractual y se extiende durante todo el proceso de conclusión y ejecución, y no puede ser utilizada dicha información sin el consentimiento de su autor<sup>30</sup>, no obstante, el fundamento no es una base contractual, sino la existencia de una obligación implícita (*implied obligation*) que se da entre las partes, cuyo fundamento es la promesa de respeto de la confidencialidad dada al otro<sup>31</sup>.

De igual forma, con el tiempo también se hizo característico el reconocimiento de una figura autónoma del *tort*, la cual origina la responsabilidad precontractual, cuando no se acata o se hace inexactamente una regla de comportamiento negocial que se inspira en la buena fe, la cual demanda o impone a las partes y en especial a quien tiene una posición dominante en las negociaciones, el suministrar a su contraparte toda la información necesaria para una objetiva valoración del objeto negocial, en especial son considerados como *precontractual liability*, el suministro de información inexacta y la omisión de información.

## 6. RECAPITULACIÓN Y CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LA INFORMACIÓN

Se puede afirmar que en los dos sistemas jurídicos europeos se reconoce la existencia de un daño ocasionado a las partes por la omisión o suministro inexacto de información en la etapa de formación contractual, teniendo el daño su fundamento en los mandatos de la buena fe, *la correttezza*, la lealtad contractual y las reglas y uso del tráfico moderno. En esta materia propiamente las exigencias de la buena fe y de la tutela de la confianza depositada en la otra parte son las que nos permiten exigir un comportamiento positivo durante la realización de los tratos. Y ello porque la libertad de cada uno encuentra el freno de la confianza y la buena fe de la parte que está en frente.

Debido a que se considera la negociación como un momento esencial del *iter* formativo del contrato, en cuanto a que en esta fase las partes entran en contacto con el fin de fijar varios puntos que van a estar en discusión y cuya solución determinará aquellos que podrían ser los requisitos de la cláusula del contrato mismo<sup>32</sup>, se considera la información como un elemento fundamental en la génesis del contrato.

En la etapa de los tratos preliminares<sup>33</sup>, las partes se caracterizan por su “inmadurez” con respecto al contrato que ellas pretenden celebrar, es allí donde los

30 DE CONINCK, B., “Le droit commun de la rupture des négociations précontractuelles”, *Le processus de formation du contrat* (Bruylant, Bruxelles, 2002), pp. 76 y ss.

31 DE CONINCK, B., op. cit., p. 76.

32 TAMBURRINO, C., *Il vincoli unilaterali nella formazioni progressiva del contratto* (Giuffrè, Milano, 1954), pp. 5 y ss.

33 Para nosotros, las conversaciones preliminares tienen por objeto preparar el consentimiento de las partes para

sujetos están interesados en la adquisición de elementos cognoscitivos relevantes (información), que les permitan tener fundamento al momento de realizar juicios de valor sobre la conveniencia o conducencia de la celebración de un eventual negocio; sin duda entonces la obligación prenegocial de información reviste esencial importancia para la decisión que la parte deba adoptar en las negociaciones. Por tanto, a las partes en primera instancia lo que les interesa es estar informadas y en la medida que esta información sea de conformidad, se comenzará a avanzar en la elaboración de eventuales artículos y acuerdos contractuales, siendo este el fundamento dogmático del deber de informar dentro del proceso de formación contractual<sup>34</sup>.

El contenido de las conductas de quienes entran en contacto está reglado por las normas de convivencia y por unos deberes accesorios, por tanto, las partes están en la obligación de negociar claramente, de hablar en términos concretos y no abstractos, evitando incurrir en falacias y en reticencias, pues estos no son más que comportamientos que demanda la buena fe, la cual acompaña toda la etapa de formación contractual y que son exigibles aun en las negociaciones previas.

## 6.1. Delimitación Conceptual

¿Pero qué comprende realmente este deber? *Informar es enterar, dar noticia de una cosa o de circunstancias, instruir, prevenir. Consiste en exponer situaciones de hecho de carácter objetivo e incluso de derecho que se conocen o se deben conocer*<sup>35</sup>. El contenido del deber se acota a lo que sea relevante y suficiente con

---

la conclusión del contrato, es en ellas cuando se decide la suerte del contrato, estando conformada por los actos que los interesados y sus auxiliares llevan a cabo con el fin de elaborar, discutir y concertar el contrato. Por tanto, las primeras manifestaciones de voluntad emitidas son provisionales, imprecisas y débiles, no tienen el poder de formar el contrato proyectado, y tienen como objetivo único comenzar progresivamente a manifestar los puntos de sus diferentes elementos que conllevan a encontrarse en ese estado común de las negociaciones a las partes. Para ver más, MONSALVE CABALLERO, V., "Disertación para una nueva construcción en Colombia de la *culpa in contrahendo*". *Revista de Derecho* n° 27, 2007, Barranquilla.

- 34 Es importante establecer que dentro de este proceso de formación contractual el deber de informar se fundamenta en un diálogo, donde las partes expresan los motivos determinantes (causa) que persigan, y las necesidades que a través de estos diálogos aspiren a satisfacer (expectativa del crédito), en este sentido STIGLITZ, R. Y STIGLITZ, G., op. cit., p. 89. En el texto de GRISI G., op. cit., p. 79 (quizás el texto más completo que existe sobre los deberes precontractuales de información), sostiene este autor: "que existe un nexo indisoluble en la problemática de la obligación precontractual de información y la noción de buena fe en sentido objetivo, noción que está sustancialmente vinculada también con la *correttezza*, en la cual se encuentra una expresión que regula el comportamiento como criterio de voluntad de la conducta, conforme a la forma honesta, leal y recta que debe presidir necesariamente la actividad de las partes con referencia a la formación, interpretación y ejecución del contrato". Más adelante en su mismo texto pp. 104 y ss., sostiene el autor que la fase precontractual es la sede en la cual cada parte debe consentir y evaluar preventivamente la oportunidad técnica y la oportunidad económica (conveniencia) de continuar en el negocio como ventajoso y como medio para satisfacer sus necesidades. Posiciones que se comparten en todo.
- 35 TAFARO S. Hombre y obligaciones: equilibrio entre las prestaciones, Estudios de derecho civil, obligaciones y contratos. *Libro homenaje a Fernando Hinestrosa*, t. III, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003, pp. 393 y ss.

miras a la toma de una decisión, sin duda este deber se deriva del deber genérico de cooperación. De tal forma que si no se entrega esta información o por el contrario se hace, pero omitiendo contenido fundamental, estamos ante un caso de incumplimiento de los deberes emanados de la buena fe y, por tanto, habría lugar a reparar el eventual daño producido.

Y así lo reconoce el profesor DE ÁNGEL<sup>36</sup>, quien sostiene que es necesario distinguir entre la información que se proporciona en la preparación de un contrato, con la que se da con ocasión del cumplimiento del ya concertado y la que se ofrece –fuera de toda relación contractual– en el ámbito de la simple convivencia. Así, aquellas declaraciones que se formulan en la fase de la negociación precontractual, en la preparación del contrato, deben acotarse sobre las características del bien o del servicio, y además sobre la seriedad del propósito de contratar.

El inconveniente se halla es en establecer ¿qué se debe considerar por el contenido fundamental que deba ser transmitido a la contraparte? Frente a la multiplicidad y diversidad de formas contractuales, y frente a los diferentes contactos prenegociales que pueden tener en algún momento las partes, parece que la actualidad nos demanda una necesaria inconcreción de este necesario deber; haciendo entonces forzoso encadenar dicha delimitación con la determinación de la buena fe objetiva que, como ya se explicó, debe estar presente en todo el proceso de formación contractual; y es que la situación se hace compleja cuando intentamos sustentar hasta aquí lo dicho en algún articulado, puesto que la mayoría de la legislación civil europea carece de tales antecedentes, exceptuando el BGB en su parágrafo 676, el parágrafo 1300 del código civil austríaco y el artículo 485 del código civil portugués.

Así, el parágrafo 676 BGB dispone:

“Quien da a otra persona un consejo o recomendación no queda obligado, sin perjuicio de la responsabilidad resultante de una relación contractual o de un acto ilícito, a la reparación del daño derivado del hecho de haberse seguido el consejo o la recomendación”.

El parágrafo 1300 del código civil austríaco consagra:

“Un perito es también responsable, si, mediando remuneración, presta por descuido un consejo perjudicial en extremo de su arte o ciencia, excepto en este caso, quien da un consejo solo responde por el daño que cause conscientemente a otra persona como consecuencia de la prestación del consejo”.

---

36 DE ÁNGEL YÁGÜEZ R. Responsabilidad por informar. En: *Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio*. Editorial Dykinson. Madrid 2000, p. 181. Hace este reconocido catedrático la salvedad en su fabuloso escrito que no siempre es clara la frontera entre las informaciones que se dan en la etapa previa del contrato, a las que se dan en el marco del cumplimiento de un contrato ya perfeccionado.

Por su parte el artículo 485 del código civil portugués consagra acerca de los consejos, recomendaciones o informaciones:

“1. Los simples consejos, recomendaciones o informaciones no responsabilizan a quien los da, aunque haya negligencia por su parte. 2. La obligación de indemnizar existe, sin embargo, cuando se haya asumido la responsabilidad por los daños, cuando se tenga el deber jurídico de dar el consejo, la recomendación o la información y se haya procedido con negligencia o intención de perjudicar, o cuando la conducta del agente constituya hecho punible.”

No obstante, la situación se hace compleja no solo por la misma forma como están redactadas estas normas que siguen manteniendo el modelo de cláusulas generales, sino establecer los casos en los que no existe una normativa (así sea abstracta) que exija concretamente la obligación de informar.

Donde sí se ha desarrollado desde el punto de vista legal la caracterización de lo que se debe informar y sobre cómo informar, es en materia de consumo, donde la discusión sin duda descende en los casos de contratos formados por vía de las nuevas tecnologías<sup>37</sup>. Aquí la obligación precontractual de información se desarrolla en tres horizontes, la información debe ser instantáneamente transmitida, debe tener un fácil acceso y debe ser claramente presentada<sup>38</sup>.

El deber de información es llamado a jugar una regla primordial en los contratos celebrados entre personas distantes, que se contactan por diversos medios telemáticos, situación que hace exigibles en mayor proporción unas obligaciones informativas. La distancia que separa las partes, el contexto virtual donde se desarrollan las negociaciones y los medios tecnológicos utilizados para contratar hacen un llamado a unas obligaciones más concretas y regladas. Generalmente el deber de información versa sobre las cualidades y calidades de los productos ofertados, sobre el precio y las condiciones generales, o sea, sobre los elementos esenciales y consustanciales del contrato<sup>39</sup>. No obstante, el legislador utiliza los deberes como correctores ante las desigualdades que se dan especialmente en las relaciones de consumo, haciendo obligatorias e imperativas estas informaciones<sup>40</sup>.

37 Recientemente sobre la materia se puede consultar, ROGEL VIDE, C., “Momento y lugar de perfección de los contratos electrónicos”, *Homenaje al profesor LUIS PUIG I FERRIOL*, vol. II (Tirant lo Blanch, Valencia, 2006), pp. 2155 y ss.

38 DEMOULIN, M., y MONTERO, E., “La conclusion des contrats par voie électronique”, *Le processus de formation du contrat* (Bruylant, Bruxelles, 2002), pp. 731 y ss.

39 DEMOULIN, M., y MONTERO, E., op. cit., pp. 732 y ss.

40 Aunque todavía en la actualidad existen autores que desvaloran la importancia que tienen los tratos preliminares en la contratación electrónica. Para ver más, RODRÍGUEZ MARÍN, C., “Oferta, aceptación y perfección en los contratos celebrados mediante dispositivos automáticos”, *Estudios de derecho de obligaciones. Homenaje al profesor MARIANO ALONSO PÉREZ*, T. II (La ley, Las Rozas, 2006), p. 667. Afirma que los tratos preliminares en la contratación por dispositivos automáticos pierden relevancia. Situación

Ante la propia especialidad contractual de la que se viene hablando, las obligaciones precontractuales de información se presentan como obligaciones fuertes y claramente exigibles, haciendo más énfasis que en los contratos en los que el oferente y aceptante se encuentran en situación de llevar una negociación donde pueden tener contacto con el objeto (incluso probándolo), o donde instantáneamente pueden ser resueltas sus inquietudes. En el caso español (por citar algún país que nos sirva de referente en el ámbito europeo), por infortunio, la situación anteriormente descrita no se potencializa en la ley<sup>41</sup>, ni en la normativa de la L.S.S.I.C.E<sup>42</sup>., ni en la L.O.C.M<sup>43</sup>, ni mucho menos en el código civil.

No obstante lo anterior e intentando delimitar la obligación, acudiremos a la doctrina autorizada en la materia para tratar de establecer límites a un concepto abstracto y a su vez difuso.

Un acercamiento a la consideración que tratamos de delimitar lo hace APARICIO<sup>44</sup>:

“El deber de información impone a los partícipes en las tratativas previas exponer con claridad el alcance de sus pretensiones y evitar reticencias indebidas. Este deber depende de la naturaleza y circunstancias del contrato que se tiene en mira, del grado de vinculación y confianza entre los interesados y del equilibrio o desigualdad de la posición negocial de las partes”.

Por otra parte, LLOBET AGUADO<sup>45</sup> trata de caracterizar la obligación de información en los tratos preliminares así:

“En una primera aproximación puede definirse la información como un elemento de conocimiento suministrado obligatoriamente por una de las partes contratantes (deudor de la obligación de información) a la otra parte (acreedor de la obligación de información) teniendo como objeto principal la adecuada formación del consentimiento contractual de este último, tanto en lo referente a los aspectos jurídicos como materiales del negocio”.

---

que no compartimos, puesto que ellos son muy frecuentes incluso en relaciones de consumo. Por lo general, el comprador es precavido, y suele cruzar información con el vendedor solicitando información sobre los servicios o productos ofertados. Además, como ya lo hemos afirmado, si bien es cierto que también en contrataciones electrónicas existen contenidos predisuestos, en nada estos impiden que se hagan ofrecimientos o contrapropuestas sobre el objeto contractual.

41 RODRÍGUEZ MARÍN, C., op. cit., p. 668. Panorama que en términos de la autora, puede suponer una cierta inseguridad jurídica y una merma de la posición del aceptante.

42 Ley 34 del 2002, 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico.

43 Vid. RODRÍGUEZ MARÍN, C., op. cit., p. 668. Apunta la autora, que no obstante, en la L.O.C.M, artículos 39, 40 y 47, puede completarse las obligaciones informativas.

44 APARICIO J. M. *Contratos* (Parte general), Buenos Aires, Edit. Hammurabi, 1997, p. 367.

45 LLOBET AGUADO J. *El deber de información en la formación de los contratos*. Madrid, Edit. Marcial Pons, 1996, p. 33.

Como es de imaginarse, es necesaria la concreción por las múltiples causas y circunstancias que pueden conllevar a las partes a un acercamiento, de ahí que su formulación debe corresponder a las características de los clausulados generales. Por eso siempre será el funcionario jurisdiccional a quien le corresponderá entrar a estudiar el caso en concreto, si las partes cumplieron con su deber y obligación, teniendo entre otras circunstancias presentes la consideración de si existe igualdad en cuanto a conocimiento especializado entre las partes, esto quiere decir, que si estamos hablando de un negocio entre dos comerciantes o expertos en el comercio, en este caso será mayor el grado de diligencia exigible para los dos sujetos negociales o si, por el contrario, se da el caso de una relación entre experto del comercio y profanos o consumidores, en este caso se deberá propender por proteger en todo la parte débil de la relación y, por tanto, es el experto el que debe suministrar toda la información que conoce y que debiera conocer por el ejercicio profesional de su actividad<sup>46</sup>.

Con respecto al deber de informarse –entendiéndose en este caso como aquella obligación que tiene la parte de adquirir información sobre el objeto contractual–, y la obligación de informar, en este caso la diligencia exigible será inferior que la exigible al experto, teniendo siempre claro, que este nivel de diligencia en ningún momento genere impericia. Este nivel de diligencia se justifica porque mediante el ejercicio de una profesión o arte, el experto está prometiendo tácitamente la idoneidad de la cosa objeto del contrato<sup>47</sup>, en cambio, cuando la parte es profana, o no tiene conocimiento en la materia objeto del contrato, este deber de información exigible se exigirá con la diligencia propia del padre de familia.

Otra situación que no se debe dejar pasar, es cuando nos encontramos entre dos extremos negociales y el famoso desequilibrio o desigualdad, a la que nos hemos referido anteriormente, no es tan notoria o evidente, en este caso entonces la solución no parece tan fácil a simple vista, no obstante la respuesta ya ha sido inducida, y todo se podría reconducir en que el deber de información importa, correlativamente, un deber de informarse a cargo no solo de quien tiene la obligación de informar, sino también por parte del acreedor, lo anterior significa que la responsabilidad o garantía, solo es factible edificarla sobre la base de la ignorancia excusable o legítima de la otra.

46 En este mismo sentido PICOD Y. *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*. LGDJ. París 1989 n° 106 p. 125, donde este autor sostiene que “el deber de informar es preponderante y superior al deber de informarse en los casos de desigualdad, teniendo en cuenta la capacidad y posibilidad de las partes que están negociando”.

47 Así lo reconoce también, LLACER MATAÇAS, M., El dolo por saneamiento de vicios ocultos, *En Anuario de Derecho Civil*, julio- septiembre de 2002, Madrid, p. 525.

La cooperación, que es el fundamento del deber de información, presupone los deberes aquí estudiados y en especial el de colaboración, de tal suerte que el deber de informarse que asume el acreedor, señala el límite a la responsabilidad del deudor nacida de su propio deber<sup>48</sup>. Lo anterior conlleva a que las partes siempre en principio tendrán una obligación de informarse, sin importar su condición, ahora, claro lo anterior en los términos que hasta aquí se han sostenido, todo en la medida de las posibilidades, de aquello relevante a los fines de una contratación útil y eficaz. Resultaría totalmente insuficiente una genérica confesión de ignorancia por parte del acreedor, sino que se hace preciso que la misma sea excusable o legítima<sup>49</sup>. Sin duda nada más parecido que a la doctrina del error inexcusable, la cual opera frente al deber de informarse.

Así, el deber de información puede ser tan extenso y generalizado, que incluso impone a los contratantes el evitar un lenguaje susceptible de una indebida interpretación por la contraparte, pudiéndose generar por tanto distorsiones sobre la realidad y el alcance del negocio proyectado. Por tanto, las partes no deben escatimar en recursos tendientes a un claro discernimiento y conocimiento sobre el objeto y alcance de la negociación, puesto que recuérdese bien que no solo la legislación española sino también la italiana, reconocen a los tratos preliminares como un criterio de interpretación del reglamento negocial.

En suma, la obligación de información encuentra su razón de ser en un desequilibrio de conocimientos entre los contratantes. Este desequilibrio de conocimientos entre los contratantes puede venir determinado en función de las circunstancias<sup>50</sup>. Es decir, que uno de los contratantes estará obligado a informar

---

48 JOURDAIN, P., *Le devoir de "se" renseigner*, Chronique, XXV, ed. Dalloz Sirey, Paris, 1983, p. 139, este autor afirma en este excelente texto que el deber de información conlleva la obligación que cada una de las partes se informe sobre la naturaleza del negocio pretendido, sobre los términos normales en los que en el medio negocial se adelanta el negocio pretendido, todo lo anterior de acuerdo con los cánones de la diligencia debida, la cual impone obligaciones activas a las partes sin importar su condición en lo que respecta al *devoir de se renseigner*.

49 STIGLITZ, R. Y STIGLITZ, G., op cit, p. 91 y ss.

50 Al respecto afirma ASÚA GONZÁLEZ, C., *La culpa in contrahendo*, Departamento de publicaciones de la universidad del país vasco, Bilbao, 1989, p. 64, que el deber está fundamentado en aquellas circunstancias que a una parte le resultan o le deben resultar conocidas y que sabe o debe saber que pueden ser de influencia en la decisión de la otra parte, todo depende del dictado de la buena fe en sentido objetivo, cuyos imperativos se determinan en base a variadas circunstancias como pueden ser la complejidad de la relación, el carácter profesional del informante, la confianza que se ha despertado en la otra parte etc. En total acuerdo nos encontramos con DE ÁNGEL YAGÜEZ R., op cit, p 191, quien afirma que para determinar qué y cómo se debe informar, se debe acudir a una labor de ponderación, de un lado, del alcance de los deberes de diligencia que incumben a una de las partes, pero también la toma en consideración de las circunstancias de edad, condición, formación o experiencia de quien es informado. Solo con estos dos criterios se descubre el límite de la confianza. En el mismo sentido, SOBRAL DO NACIMENTO P, A., *responsabilidade Pré-contratual pela Ruptura das Negociações*, Estudos em homenagem ao Prof. Doctor Inocêncio Galvão Telles, Volum IV Almedina,Coimbra, 2003, p. 194. Afirma el autor, que sería platónico y demagógico, seguir defendiendo la igualdad entre las partes en el plano contractual.

al otro siempre que esté al corriente de un elemento que la otra parte tiene interés en conocer, pero que ignora legítimamente, como sucede en la mayoría de casos de los consumidores<sup>51</sup>.

A manera de conclusión es importante resaltar que, según las actuales tendencias en el derecho de daños y de conformidad con los principios de la Unión Europea<sup>52</sup>, se busca propender por la protección de la parte débil de la relación negocial y, por tanto, es el experto el que debe suministrar toda la información que conoce y que debiera conocer por el ejercicio profesional de su actividad<sup>53</sup>, siendo el deber de informar preponderante y superior al deber de informarse en los casos de desigualdad, teniendo en cuenta la capacidad y posibilidad de las partes con las que se está negociando.

## **6.2. Importancia del tema para el derecho y la economía.**

### **6.2.1. Como un asunto de equidad y redistribución de la riqueza.**

Desde el punto de vista de la teoría económica, el Estado interviene en el mercado, por dos motivos, el primero por motivos de eficiencia y el segundo por motivos de equidad. Este segundo criterio, ha hecho que con el paso del tiempo se haya dado lugar a una nueva rama de la ciencia económica, *la economía de la información*<sup>54</sup>. Ciencia que intenta englobar modelos de conducta, como la confianza, la cooperación y el altruismo recíproco en la teoría económica, sin tener que renunciar a la hipótesis REM<sup>55</sup>.

En el ámbito de las negociaciones contractuales, lo anterior se materializa en que por motivos de altruismo, costes de transacción y por tanto redistribución de la riqueza, la información tenga que ser suministrada a la parte más débil de la relación contractual<sup>56</sup>, aquella que no está en posibilidades de adquirirla o para

51 En este mismo sentido STIGLITZ, R Y G., *Responsabilidad precontractual, incumplimiento del deber de información*, Ed. Abeledo- Perrot, Buenos Aires, 1992, p. 11.

52 Enunciados en el Tratado de Maastricht, firmado en Maastricht el 7 de febrero de 1992, art. 3, donde se hace especial referencia a proteger al consumidor y evitar las situaciones de evidente desigualdad.

53 En el mismo sentido PICOD, Y., *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat (L.G.D.J., París 1989)*, p. 125.

54 Cuyo padre es STIGLER G, J., *The economics of information*, The Journal of Political Economy, vol 3, 1961, pp. 213 y ss, también desarrollada por ARROW, K., *Limited knowledge and Economic Analysis*, American Economic Review, T 64, 1974 pág. 1 y ss.

55 Una de las hipótesis legales más importantes de la teoría económica y menos discutida por la mayoría de los científicos es la suposición que los hombres persiguen sus propios intereses, la mayoría de las veces de una forma egoísta, y que proceden racionalmente para la consecución de este objetivo.

56 En estos mismos términos, BESSONE, M., *Unilateral Mistake e teoria del contratto nell'esperienza nord-americana*, RDCo, I, 1970. 252, presenta una crítica al sistema del *common law* y al modelo económico que defiende dicho sistema así: "la propensión arraigada del derecho consuetudinario para considerar la iniciativa contractual como una herramienta de movimientos de la riqueza y su funcionamiento como un

quien en determinado caso sería demasiado onerosa su adquisición, esto a su vez conlleva a crear incentivos para movilizar el mercado, puesto que la parte débil de la relación contractual al suministrársele información y confiar en dicha obligación, hace que ella participe activamente en la adquisición de bienes y servicios, de lo contrario, sería improductivo e ineficaz para el mercado una posesión exclusiva de la información<sup>57</sup>.

Así, entonces lo que se busca es que al poseer información esta sea lo más productiva posible, lo que hará que sea beneficiosa tanto para el que la obtiene como para su destinatario, puesto que así se beneficia el mercado y la sociedad en su conjunto<sup>58</sup>. En términos generales esta es la justificación que se da desde la teoría económica hasta los deberes de información, y como ya se enunció anteriormente por un problema de asimetría<sup>59</sup>, que genera en sí un fallo del mercado<sup>60</sup>, por lo anterior es necesario proteger al consumidor pues es él el que está expuesto al poder de los grandes monopolios y la posibilidad de que sea manipulado es bastante grande, por tal circunstancia es necesario que se le informe.

Esta sujeción a la que normalmente se encuentra sometida la parte débil de la relación contractual –básicamente por el déficit de información–, puede ser superada mediante medidas estatales coercitivas, en general con legislación (en especial la de consumo y competencia, como producto del nuevo modelo de Estado orientado por las políticas económicas de libertad de mercado y de libre iniciativa empresarial<sup>61</sup>).

---

juego libre de la autonomía privada escapa a un mecanismo de redistribución”.

57 Y por tanto sería una ganancia neta de bienestar para todos aquellos que intervienen en el mercado.

58 SCHÄFER, H., y OTT, C., *Manual de análisis económico del derecho civil*, Editorial Tecnos, Madrid, 1991, p. 307.

59 La *información asimétrica* es una situación en la que el comprador y el vendedor tienen información diferente sobre una transacción. En una economía en libre competencia, se considera que los mercados actúan con información perfecta. Toda la información relevante se transmite a través de los precios, y las distorsiones, si aparecen, tendrán una incidencia temporal e irrelevante, ya que el libre juego del mercado conllevará la eficiencia productiva. Con todo, muy frecuentemente esta hipótesis no se cumple en la realidad, ya que en la mayoría de transacciones económicas existen diferencias en la cantidad y la calidad de información de que disponen los agentes, lo que comporta que los precios no transmitan toda la información significativa de ahí, entonces, que se dé un fallo del mercado. Así, la información juega un rol crucial porque ella es esencial en la racionalidad del comportamiento. En este mismo sentido. FONTAINE M., *Un régime harmonisé de la formation des contrats- Réexamen critique, Le processus de formation du contrat*, Bruylant Bruxelles, 2002, pp. 856 y ss. Aquí este famoso jurista, aborda la hipótesis de la armonización del derecho obligacional belga, francés y alemán (en especial el proceso de formación contractual), desde un análisis de la teoría económica del derecho).

60 Concepto que sirve para designar las situaciones en que el mercado no alcanza a proveer ciertos bienes o lo hace de un modo imperfecto. Los fallos del mercado derivan generalmente de algunas características de los bienes públicos, como la no exclusión, y han sido utilizados como argumentos para promover nacionalizaciones o defender un amplio sector público de la economía. Para explicar las ineficiencias que se producen cuando el Estado asume la provisión de bienes y servicios se ha acuñado también otro concepto, el del *fallo del sector público* (*public failure*), que está siendo tomado en cuenta cada vez más por los economistas.

61 En ciencias económicas, se parte de la hipótesis, que todos aquellos que participan en una actividad económica, lo hacen de diferentes formas, porque sus comportamientos se ejecutan con fundamento en una

Así, si el Estado regula y vigila, efectivamente, y garantiza a estos (la parte débil) que pueden confiar, controlará los desequilibrios en los que se encuentran quienes contratan, puesto que se mejorarán ostensiblemente las condiciones de igualdad entre las partes.

Por otra parte, hay quienes con acierto ven en las obligaciones precontractuales de información un mecanismo de equidad<sup>62</sup>. La noción de equidad empleada en economía es tomada de la filosofía y se asocia con la noción de justicia. De muchas reglas que se han sugerido para definir el principio de justicia podemos recoger aquí, por su proximidad, aquella según la cual un tratamiento, *para ser justo, o equitativo, debe ser igual para los iguales (igualdad horizontal) y desigual para los desiguales (igualdad vertical); así como regla que establece que quien se beneficie de una acción debe correr, en principio, con los costes de la misma*<sup>63</sup>.

El derecho en este caso entonces es utilizado como un instrumento redistribuidor, por medio del cual se pueden alcanzar situaciones más justas, más equitativas. Así entonces, la regulación del mercado (en este caso los deberes precontractuales y en especial el de información) se presenta como un mecanismo efectivo, selectivo y preciso, por medio del cual se imponen obligaciones a quienes por su actividad les es más económico y más fácil adquirir la información y, por tanto, estos están en mayores y mejores posibilidades de suministrársela con quienes pretenden contratar, puesto que se encuentran en situaciones de desconocimiento o de desprotección ya que no son capaces de valorar en el momento de la formación contractual todas las ventajas o inconvenientes que puede tener un contrato<sup>64</sup>. Este precontrol hace parte de las medidas que el análisis económico del derecho reconoce como *ex ante* porque las partes conocen por adelantado lo que deben conocer y por tanto confían, y sin duda el confiar reduce los costes de las transacciones.

Este problema de reforzamiento y transformación de la legislación (tanto desde el punto de vista de la teoría económica como desde el punto de vista contractual) se ha centrado entonces en la fase de los tratos preliminares, estableciendo esta etapa como una fase de precontrol que deber ir en una línea clara de imponer un

---

información que es siempre diferente entre los diversos agentes que participan en un mercado (entiéndase aquí agentes a los industriales, comerciantes, consumidores, en fin todos en algún momento de nuestras vidas siempre participamos y participaremos de un mercado específico).

62 La equidad hace referencia genéricamente a la forma en que se distribuyen ciertos activos (ingresos, riqueza, poder,...) entre las personas, entre los distintos factores de producción, áreas geográficas o entre cualquier otro denominador que se desee. Para ver más, PASTOR S., *Sistema jurídico y economía, Una introducción al análisis económico del derecho*, Tecnos, Madrid, 1989, p. 34.

63 PASTOR S., *op cit*, p. 35.

64 La función primordial del derecho de los contratos consiste, en proporcionar un conjunto de reglas y de mecanismos que garanticen el cumplimiento de esas normas, que aseguren que los individuos realizan sus deseos en lo concerniente a un contrato.

modelo de conducta presidido por las ideas de lealtad y cooperación<sup>65</sup>, así, este modelo de comportamiento se suele concretar en un deber de información<sup>66</sup> cuya aceptación es de amplio reconocimiento por parte de los máximos tribunales de la justicia ordinaria en Europa<sup>67</sup>, de igual forma, los más importantes doctrinantes que se han ocupado de la materia en Italia no dudan en reconocer su existencia y su íntima conexión con la confianza, cuyo principio es de vital importancia no solo para el derecho de las obligaciones (al constituirse el elemento central de toda contratación), sino también desde el pensamiento económico (si se tiene suficiente información de que quien interviene en el mercado lo hará bajo niveles más propensos a las decisiones óptimas).

Lo anteriormente dicho es el sustento de lo que se viene defendiendo desde hace años en el análisis económico del derecho como la regulación social, aquella que fundamenta la intervención del estado en la economía de acuerdo con la existencia de los fallos del mercado, en especial los de información; dicha intervención se justifica como característica propia de los actuales Estados sociales de derecho<sup>68</sup>, donde tiene un fuerte arraigo el concepto de la prevalencia del interés general sobre las aprehensiones particulares y donde se busca en todo momento que se formen contratos perfectos<sup>69</sup>.

Esto nos permite establecer, entonces, que estas nuevas tendencias, no solo son producto del avance de las nuevas y celéricas formas de celebrar negocios, sino también producto de las modernas teorías económicas, que se transforman e inciden en el derecho, el cual se presenta como una verdadera herramienta del desarrollo social, cultural y económico.

### **6.2.2. La información y el deber de aviso**

El deber precontractual de información ha despuntado trascendental en el día a día, no solo por la forma como la información general e impersonalizada es transmitida,

65 GÓMEZ CALLE, E., *op cit*, p. 14.

66 De la Buena fe deriva el no adoptar una actitud meramente pasiva durante los tratos de forma que se permita o induzca el error en la otra parte, porque hay ocasiones en las que el que calla debe hablar y no adoptar una actitud meramente negativa en el curso de las relaciones jurídicas que le ligan con la otra parte pues de tal forma se induce al error. Sentencia del Tribunal Supremo de España de 21 de noviembre de 1988 R.J., 7595; y en la sentencia del mismo Tribunal de 23 de diciembre de 1991 rj 9476, y en la de 23 de febrero de 1988 rj 1278.

67 El 9 de octubre del 2001, la sala primera civil de la corte de casación francesa informó que el deber de información del médico con su paciente, antes de cualquier intervención, se fundamenta en la exigencia del respeto del principio constitucional de salvaguardia de la dignidad de la persona humana.

68 Existen multitud de teorías que rechazan o aprueban la intervención del Estado en el mercado, entre las que apoyan son las más corrientes la teoría del interés público, las teorías económicas, las teorías marxistas, entre otras. Para ver más sobre la materia, PASTOR S., *op. cit.*, pp. 115 y ss.

69 Son aquellos que deben ser cumplidos de conformidad con la ley y los términos incluidos por las partes, además es aquel que prevé todo tipo de contingencia potencial y pudiendo cumplirse, es idóneo para satisfacer las expectativas que sobre el mismo tienen las partes contratantes.

(con la ayuda de las nuevas tecnologías de la información y la variadas formas como se practica la publicidad) sino también por la incidencia que ella tiene en la expresión del consentimiento para el perfeccionamiento de múltiples negocios jurídicos de contenido discutido o unilateralmente predispuesto.

Sobre este especial deber de información, la doctrina francesa es la que más ha avanzado al respecto, y los estudios actuales defienden que:

*“El contenido del deber se acota a lo que sea relevante y suficiente con miras a la toma de una decisión. La importancia de la cuestión radica para cuando la falta de información determinó el consentimiento, entendiéndose ello en el sentido que lo que no ha sido revelado ejerció una influencia tal sobre el cocontratante que, de haber conocido la información que no le fue comunicada (reticencia)<sup>70</sup> o falseada, no hubiera concluido el contrato, o lo habría hecho bajo otras condiciones más favorables.*

Así, entonces, la información es considerada como un elemento necesario y determinante dentro de todo negocio jurídico de tal forma que, por ejemplo, VASSILI, la define como:

*“Un elemento de conocimiento suministrado obligatoriamente por una de las partes contratantes (deudor de la obligación de información) a la otra parte (acreedor de la obligación de información), siendo como objeto principal la adecuada formación del consentimiento contractual de este último, tanto en lo referente a los aspectos jurídicos como materiales del negocio<sup>71</sup>.”*

Según la moderna doctrina francesa, existen dos clases de información, la obligatoria y la informativa<sup>72</sup>. La obligatoria es aquella en la que cabe distinguir, en función del alcance o grado de exigencia que comportan, tres obligaciones diferentes<sup>73</sup>: la de información pura y simple, y obligación de informar *stricto sensu*, el llamado *deber de consejo*, y lo que se viene denominando en la doctrina francófona como *mise en garde*, o *deber de advertencia*.

70 Así entonces, el comportamiento doloso de una de las partes en la fase de negociaciones puede ser positivo o negativo, ya que el dolo es comprensivo, no solo de la insidia directa o inductora de la conducta errónea de la otra contratante, sino también de la reticencia dolosa del que calla o no advierte a la otra parte en contra del deber de informar que exige la buena fe. Lo plasma así claramente la STS 29 de marzo de 1994. Para estudiar más sobre la materia ver DE VERDA Y BEAMONTE J., *La reticencia en la formación del contrato*. Aranzadi Civil, 1999, No 22 pp. 11 y ss.

71 VASSILI C., *L'obligation d'informer dans la vente des produits mobiliers*, Bruselles, 1987, p. 8.

72 Es aquella que ilustra simplemente los elementos y características del objeto, y por lo general es la que se imparte en la publicidad o en los primeros acercamientos, cuyo objetivo principal es ilustrar las características generales del objeto, sin el rigor que contiene una información técnica.

73 BOYER Y., *L'obligation de renseignements dans la formation du contrat*, Aix Marseille, 1978, pp. 20 ss. En los mismos términos, SAVATIER R., *Les contrats de conseil professionnel en droit privé*. DS, 1972, chr., pp. 137 y ss.

Así, la obligación de informar *stricto sensu* tiene como finalidad la comunicación por un contratante al otro de las condiciones y el alcance de los compromisos que puede adquirir. Por tanto, la información es en este sentido neutra, pues no incita a actuar de una determinada manera. Por el contrario, el deber de consejo tiende a orientar la decisión del cliente. Puede decirse que el deber de consejo incluye la obligación de información en sentido estricto, pero no al revés.

GHESTIN<sup>74</sup> nos aporta una diferenciación clara entre el deber de consejo y el deber de informar, así:

“El objeto de la obligación de consejo es más largo, porque su deudor no se limita a enunciar simplemente unos hechos. Él debe al menos parcialmente anunciar y presentar las consecuencias en cuanto a la oportunidad de concluir el contrato considerado en el plan técnico o pecuniario.”

Por su parte, el deber de advertencia implica el aviso de un peligro, material o jurídico. El peligro material corresponde a la utilización adecuada y correcta del bien, o por los eventuales peligros a los que se puede exponer el usuario por el uso incorrecto del bien. En este sentido ya la información no es neutra sino, por el contrario, es una información activa y orientativa. Así, por ejemplo, el fabricante de un insecticida está obligado a advertir que su producto puede generar perjuicios para la salud, indicando cómo y dónde debe ser utilizado el producto. De igual forma opera con aquellos productos que son altamente perjudiciales para la salud como el tabaco y el alcohol, así los productores están en la obligación de advertir en letras visibles y que sean fácilmente perceptibles al consumidor y usuario, de los peligros a los que se está expuesto.

En otros ejemplos ya no en relación con el consumo, podría citarse el caso del propietario de un terreno que se destina para la siembra de diferentes productos agrícolas, cuyo predio en época de invierno es fácilmente inundable por su cercanía con las riadas que recorren el predio vecino, en tales circunstancias, el actual propietario está en la obligación de advertir y de dar aviso a su eventual comprador, de que debe programar la fechas de las siembras para que sean explotadas y recogidas en las otras épocas del año, ya que una vez llegue el invierno la probabilidad de inundación es alta.

BIANCA<sup>75</sup> mantiene esta misma postura y sostiene que el futuro contratante debe informar a la contraparte acerca de la peligrosidad de la prestación del bien, y dar eventualmente las instrucciones adecuadas.

74 GHESTIN J, *Traité de droit civil sous la direction de Ghestin J., La formation du contrat*, 3<sup>eme</sup> éd. LGDJ, Paris 1993. pp. 278 ss.

75 BIANCA, M C. La nozione di buona fede quale regola di comportamento contrattuale en *Rivista di Diritto civile*, 1983. pp. 168 ss.

Por otra parte, el peligro jurídico consiste en lo que contempla, por ejemplo, el caso del artículo 1338 del *Codice civile*, dicha obligación de aviso específicamente prevista en el ordenamiento impone el deber de comunicar los vicios de la cosa para prevenir el daño en aquel sujeto que confía inútilmente en la validez y efectividad del contrato, por otro lado, también es la exigencia de solidaridad la que impone la expresión de la obligación de buena fe, la que se contrapone con cualquier posición de desventaja y de libertad de maniobra que pueda ejecutar la contraparte dentro de las negociaciones<sup>76</sup>.

En general, este deber de aviso es un deber accesorio de seguridad, propio de determinados contratos, dependiendo, como queda claro, del objeto y características del mismo, siendo la regla general que este deber corre a cargo de quien crea el riesgo, o quien tiene en su poder el objeto (ya sea porque lo fabricó o presta el servicio), el que lo conoce o lo debiera conocer, el avisar de su existencia.

### **6.2.3. Consideraciones sobre el origen del desequilibrio de conocimientos.**

Como ya lo advertíamos, la obligación de información encuentra su razón de ser en un desequilibrio de conocimientos entre los contratantes. Este desequilibrio puede deberse a dos causas<sup>77</sup>: en primer lugar, a la propia técnica de formación del contrato; en segundo lugar, a las circunstancias conforme a las calidades de los contratantes o por mandato de la ley.

1. La técnica de formación del contrato (típico en los llamados contratos de adhesión del consumidor a un clausulado general preestablecido por la otra parte) impone que el redactor del contrato, ya que es el único que conoce las cláusulas del mismo, informe a la otra parte sobre el contenido de la oferta.
2. El desequilibrio de conocimientos entre los contratantes puede venir determinado en función de las circunstancias. Es decir, que uno de los contratantes estará obligado a informar al otro siempre que esté al corriente de un elemento que la otra parte tiene interés en conocer, pero que ignora legítimamente, aplicable a todos los negocios sin importar la calidad o condición del negocio, según el mandato de la buena fe. También se da el caso de las relaciones de consumo, donde es el productor o empresario el que está llamado a suministrar la información por directa indicación legal. O en los casos de formación contractual entre una parte que actúa como experto y otra que se encuentra en amplio desequilibrio.

<sup>76</sup> Así lo reconoce también PEDRAZZI, G. *Inganno ed errore nei delitti contro il patrimonio*, Giuffrè, Milán 1955, p. 206.

<sup>77</sup> BOYER Y, op. cit, pp. 20 ss.

Aquí deviene lo que ya se mencionó en el acápite del deber de información propiamente, y es la dificultad de establecer aquello que se debe advertir a la contraparte. Como ya se mencionó, por la complejidad que demanda este deber es muy difícil establecer límites, y por tanto, habrá que acudir al estudio de cada uno de los casos teniendo en cuenta varias situaciones que sin duda harán más visible el cumplimiento o no de la obligación, así entonces es necesario tener en cuenta la calidad de los contratantes, en especial si se está ante un profesional o no<sup>78</sup>, la naturaleza e importancia del contrato<sup>79</sup>, la existencia o no de una fase de negociaciones, la costumbre, usos y prácticas que regulan la materia, la organización económico-social entre otras. No obstante, es importante recordar que en aquellos casos donde no existe un desequilibrio entre las circunstancias y calidades que ostentan las partes contratantes, no puede entrar a alegarse la violación del deber de información, ya que no podrán las partes invocar la propia ignorancia provocada con ocasión de un actuar negligente e irresponsable, pues como hasta aquí se ha dicho, la obligación de comportarse de acuerdo con la buena fe es una obligación de carácter bilateral, y por tal circunstancia, las partes deben comportarse y adecuarse a los estándares que demandan unas negociaciones correctas y leales. Exigir lo contrario sería ir en contra de preceptos constitucionales y fundamentales como lo son la solidaridad y la igualdad.

#### **6.2.4. El deber de información en el mercado.**

Con la consolidación y expansión productiva de los bienes de consumo y el triunfo de la llamada economía de mercado, inevitablemente se ha producido un aumento de situaciones en las cuales se causa daño a los consumidores, y en el campo donde son más evidentes estos prejuicios es en lo que corresponde al defectuoso e indebido funcionamiento del producto.

Al inicio de los años 70 del siglo pasado, novedosamente irrumpió una obra de gran ingenio y rigor jurídico, propiamente la obra de GHIDINI<sup>80</sup> en el panorama jurídico italiano, y en especial en lo que tenía que ver con la discutida

78 Así lo defiende, por ejemplo, la directiva 2005/29 CE del Parlamento Europeo (directiva sobre las prácticas comerciales desleales), donde define: Diligencia profesional, artículo 2º literal H) el nivel de competencia y cuidado especiales que cabe razonablemente esperar del comerciante en sus relaciones con los consumidores, acorde con las prácticas honradas del mercado, como el principio general de buena fe en el ámbito de actividad del comerciante.

79 Por ejemplo, en los contratos concluidos por vía electrónica, el deber de información se sustenta entre otros factores sobre la confianza, la cual debe entenderse en cuatro acciones: la identificación del individuo con el que se está contratando, aun detrás de las máquinas, en una seria y efectiva política de protección de datos y vida privada de los clientes, la garantía de que se cuenta con dispositivos que no permiten una conclusión sublime del contrato, sino que esta se da por un proceso de libertad y pleno consentimiento, o la comisión de cualquier error o equivocación. Para ver más, DEMOULIN M, Y MONTERO E, op. cit, pp. 744 y ss.

80 GHIDINI G. *La Responsabilità del produttore di beni di consumo. Profili precontrattuali*, I. Giuffrè, Milano. 1970.

responsabilidad precontractual. En dicho estudio sostenía el jurista que es posible calificar el contacto social entre el productor y el adquirente como una fuente de precisos deberes en especial el deber de *correttezza*.

Según este autor, este deber se materializaba en dos obligaciones específicas, que años más tarde serían aceptadas por la doctrina internacional y se constituirían como las primeras obligaciones precontractuales en ser incorporadas explícitamente en diferentes ordenamientos y directivas comunitarias<sup>81</sup>. El primer deber se manifestaba en la obligación de veracidad, en virtud de la cual la marca que utilicen los operadores económicos para la comercialización de bienes, así como los diferentes mecanismos para la promoción y circulación de productos (propiamente lo que tiene que ver con la publicidad) no pueden representar situación diferente al real estado en que se encuentren los productos. El segundo ámbito desarrollado es lo que este autor denominó como el deber de comunicación, el cual obliga al productor a informar al adquirente del peligro que se puede causar o al que puede exponerse el adquirente con la debida o indebida utilización del producto<sup>82</sup>. Así las cosas, tal transparencia o deber de información es ya todo un clásico en las directivas que tienen por objeto la protección a los consumidores, que imponen ese deber del empresario, en la fase de los tratos preliminares, con origen en los elementos esenciales o fundamentales que caracterizan el contrato<sup>83</sup>.

81 En el período precontractual, algunas directivas sancionan como contraria a la buena fe la publicidad engañosa, Art. 4.2. Directiva 1997/7, del parlamento europeo y del Consejo, de 20.5.1997, relativa a la protección de los consumidores en materia de los contratos a distancia y el artículo 3.1. Directiva 1990/314, de 13.6.1990, relativa a los viajes combinados, vacaciones combinadas y los circuitos combinados. Por otra parte el artículo 9º del código europeo de los contratos, siguiendo las prescripciones de la Directiva 85/587, del Consejo, referente a la protección de los consumidores en caso de contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales, establece el deber del empresario de informar al consumidor de su derecho a rescindir el contrato.

82 Existen múltiples directivas, donde ya se encuentra consagrado como un deber precontractual el deber de informar por las implicaciones que regulan cada una de ellas, especialmente se pueden consultar en materia de seguridad, artículo 8.1 b) y 11 Directiva 1988/378, del Consejo, de 3.5.1988, relativa a la aproximación de los estados miembros sobre seguridad en los juguetes. En cuanto a la protección de los intereses económicos del consumidor. artículo 3º, 6.1 2 y 3 Directiva 1987/102 del Consejo, de 22.12.1986, relativa a la aproximación de las disposiciones legales y administrativas de los Estados miembros en materia de crédito de consumo. En cuanto a la información en créditos de vivienda artículos 3º y 4º de la Recomendación 2001/193 de la comisión de 1.3.2001 relativa a la información precontractual que debe suministrarse a los consumidores por los prestamistas de vivienda; sobre información previa y posterior a la realización de una transferencia bancaria transfronteriza artículos 3º y 4º, Directiva 1997/5, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27.1.1997, relativa a las transferencias transfronterizas; en el ámbito de la publicidad, artículo 3º Directiva 1984/450, del Consejo de 10.9.1984 relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de publicidad engañosa.

83 Así, por ejemplo, la directiva 2005/29 CE del Parlamento Europeo (directiva sobre las prácticas comerciales desleales) se obliga a los comerciantes, en el artículo 4 que en los casos en que haya una invitación a comprar, se considerará sustancial la información que figura a continuación, si no se desprende ya claramente del contexto: a) las características principales del producto, en la medida adecuada al medio utilizado y al producto, b) la dirección geográfica y la identidad del comerciante, tal como su nombre comercial, y en su caso, la dirección geográfica y la identidad del comerciante por cuya cuenta actúa, c) el precio, incluidos los impuestos, o en caso de que este no pueda calcularse razonablemente de antemano por la naturaleza del producto, la forma en que

Buscaba GHIDINI con estas obligaciones elevar el nivel de diligencia y por tanto de responsabilidad de unos operadores económicos que, para la fecha de su obra, estos se movían con total libertad en materia de resarcimiento de daños, pues como es sabido, el derecho de consumo en Italia y por lo general en el ámbito europeo, se consolidó en la década siguiente.

“La exigencia de estas obligaciones se constituye en una buena técnica, con la cual se busca evitar la incorporación de productos comercializados en masa, cuyas cualidades y características no se ajustaban a las calidades mínimas exigidas y que, por tanto, son propensos a ocasionar daños, perjuicios que en muchos casos ni el derecho puede lograr una íntegra reparación, convirtiéndose por eso en una garantía de protección al consumidor, cuyos daños ocasionados serán claros y expresamente exigibles al productor por el incumplimiento de estas obligaciones<sup>84</sup>”.

Como se enunciaba anteriormente, los estudios de este ingenioso autor en parte fueron desvalorados, pues la postura mayoritaria frente a los daños causados por el defectuoso funcionamiento de los productos es asumida por la responsabilidad originada en la celebración del contrato, y por tanto, no era eficaz sustentar dicha responsabilidad del empresario en fuentes precontractuales (cuyas doctrinas siempre han estado y muy seguramente estarán en discusión), que aplicar unas normas contractuales de arraigada tradición jurídica.

No obstante, es de resaltar cómo los estudios de GHIDINI G. fueron pioneros en la materia y cómo a su vez aportaron en la construcción de la doctrina del “riesgo creado y del deber de información<sup>85</sup>” por parte del fabricante, como base del criterio objetivo de responsabilidad en la materia, doctrina de amplia aceptación pacífica en Europa. Debido a los objetivos propuestos en esta investigación, se considera que no es menester profundizar al respecto, no obstante, existe una relación directa con el tema de la información y una ciencia con la que el derecho tiene un estrecho vínculo, la economía, y en este caso la economía, donde la información es considerada como un tema esencial en el normal y eficaz funcionamiento de los mercados.

---

se determina el precio, así como, cuando proceda, todos los gastos adicionales de transporte, entrega o postales o, cuando tales gastos no puedan ser calculados razonablemente de antemano, el hecho de que pueden existir dichos gastos adicionales, d) los procedimientos de pago, entrega y funcionamiento, y el sistema de tratamiento de las reclamaciones, si se apartan de las exigencias de la diligencia profesional, e) en el caso de los productos y transacciones que lleven aparejado un derecho de revocación o cancelación, la existencia de tal derecho. Remata el artículo 5 diciendo que se considerarán sustanciales los requisitos establecidos por el derecho comunitario en materia de información relacionados con las comunicaciones comerciales, con inclusión de la publicidad o la comercialización, de los que el anexo II contiene una lista no exhaustiva.

84 GHIDINI G op. cit. p. 33.

85 No se puede olvidar que fue en el mismo seno de las Naciones Unidas, cuando en el año de 1985 en sus diferentes directrices se aprobó el derecho del consumidor a recibir una información adecuada, que le permita realizar elecciones bien fundadas, según el artículo 3° inciso c.

### 6.2.5. Como una obligación de lealtad y cooperación

La lealtad, ese concepto general cimentado en el deber moral o ético de actuar en forma leal frente al otro sujeto de derecho con quien nos encontramos en una relación de confianza, es el principio en que se fundamenta el contrato justo<sup>86</sup>, el cual se impone como un punto cardinal de una auténtica ética del desarrollo contractual. Lealtad viene del latín *legalis*, que significa *en sentido estricto de conformidad con la ley*. Desde un punto de vista menos formal se asocia la palabra sinceridad<sup>87</sup>, como sinceridad contractual (en la formación del contrato). El principio de lealtad es un principio de acción que guía la actividad contractual a fin de que el acuerdo de voluntad sea concluido en condiciones justas y equilibradas<sup>88</sup>.

La confianza es el soporte de cualquier vínculo obligacional que pueda regir las conductas humanas, de hecho es el fundamento de derecho de los negocios. Desde los inicios de las mismas negociaciones, de conformidad con el tráfico normal, las partes interactúan y comienzan a cimentar las bases de un futuro acuerdo basado en los actuares leales y correctos, y justo en ese estado de la negociación en la cual las partes se entregan confiadamente a la concreción de unas expectativas legítimas que se puedan tener, se justifica en todo la imposición del deber de lealtad. Razón tiene FAGES, cuando afirma que:

“En la práctica, la buena fe implica la fe de un comportamiento leal y de un comportamiento cooperativo<sup>89</sup>”.

86 El principio de la lealtad no ha sido una preocupación exclusiva de los juristas, por el contrario, es en la discusión filosófica donde se ha ahondado profundamente al respecto. Sobre el tema existen tres grandes escuelas que abanderan distintas teorías, son: Por una parte quienes afirman que los principios individuales de la equidad son los que originan la lealtad; otros por su parte, defienden la teoría de la regla de la justa conducta, y por último, la escuela de más renombre, aquella que defiende la teoría de la ética de la discusión. Para ver más, RAWLS, J., “La théorie de la justice comme équité: une théorie politique et non pas métaphysique” (Seuil, coll. Politique, Paris, 1988), pp. 279-317. Según el autor, en el desarrollo de los pueblos se va creando un orden justo de cooperación y descubrimiento, que se va extendiendo en la conciencia de todos los individuos y a su vez va afectando a otros. HAYEK, A., “Procéduralisation du droit et négociation collective”, *Democratie et procéduralisation du droit*, travaux des XVIe d'études juridiques DABIN J, organisées par le centre de Philosophie du Droit, (Bruylant, Université Catholique de Louvain, Bruxelles, 1996), pp. 171-196, y la teoría de la ética de la discusión de HABERMAS, M., *De l'éthique de la discussion* (Cerf, Paris, 1992), pp. 115 y ss. Para muchos es el fundamento ético de la democracia moderna, según el autor, a cada comunidad y propiamente a sus miembros les corresponde discutir, dialogar y comunicarse, y así reglarse sobre las cuestiones morales, es decir, las reglas básicas de su coexistencia. La anterior doctrina se fundamenta en dos principios: la discusión y la universalización.

87 CORNU, G., *Vocabulaire juridique*, p. 490, Louyaté : Droiture, désigne plus spécialement soit la sincérité contractuelle (dans la formation du contrat), soit la bonne foi contractuelle (dans l'exécution du contrat).

88 Sobre la lealtad en el derecho francés, existe un excelente artículo desarrollado por LEBORGNE, A., “L'impact de la loyauté sur la manifestation de la vérité ou le double visage d'un grand principe”, *R.T.D. civ.*, 1996, pp. 535- 550.

89 FAGES, B., “Le comportement du contractant” (Institut de Droit des Affaires, Université Aix-Marseille, Marseille, 1997), p. 300.

En esta misma línea se encuentra el profesor DE ÁNGEL YÁGÜEZ R., quien sostiene que el hecho de informar da confianza, y si se hace indebidamente, sin duda se afecta la preparación del contrato, puesto que el ser informado genera en el otro seguridad.

“Es innegable que cuando alguien informa a otro puede estar creando en este la creencia de que lo que se dice se ajusta a la realidad, a la verdad, seguridad que uno tiene en sí mismo, pero también en otro (ahí está la confianza).”

El deber de lealtad emprende para las partes un actuar de cooperación permanente y constante, valorando siempre las expectativas legítimas de la contraparte, ello incluso puede representar la obligación de una parte de comportarse de tal forma que se logren los objetivos a los que sabemos aspira la otra parte. En las negociaciones no basta con actuar conforme a derecho o no ejercer conductas fraudulentas, sino por el contrario, es fundamental emprender actuaciones positivas y negativas, con tal de satisfacer las necesidades que les incumben a los extremos negociales, en unos intereses que en principio se presentan como antagónicos, y que terminarán siendo siempre armónicos<sup>90</sup>. En el mismo sentido se pronuncia GHESTIN J., afirma que:

“La exigencia de la buena fe es clara, y que comprende unas actuaciones concretas de comportamiento<sup>91</sup>”.

La buena fe entonces tiene un aspecto que a nuestro juicio la hace exigible, la *cooperación*, la cual implica de manera positiva las actitudes y comportamientos convergentes al servicio del interés contractual común. Así las partes están obligadas a ser transparentes y a presentarle a su contraparte las reales posibilidades de alcanzar la tan anhelada conclusión del contrato, ya que como bien se dijo, a ella no se llega de una forma espontánea, plausible o incluso tranquila; sin duda hay que superar toda una cantidad de obstáculos y de tiempo, lo que sin duda representa circunstancias de valoración económica, por tanto, si se actúa de buena fe, se tendrá una actitud transparente y constructiva.

Son claramente repudiables los comportamientos maliciosos y las segundas intenciones, pues la buena fe comprende una exigencia perceptible cada vez más notoria en el moderno derecho de los contratos. Es “la autenticidad de los comportamientos<sup>92</sup>”. Además, no se debe olvidar que la expresión buena fe es una regla que disciplina las acciones de los individuos en sociedad. Ya en el plano contractual,

90 Para profundizar más en el tema se puede consultar a GODREAU, M., op. cit., p. 315 y a LASARTE ÁLVAREZ, C., op. cit., pp. 50 y ss.

91 GHESTIN, J., *La formation du contrat...*, cit., núm. 264. Define la buena fe como una exigencia de comportamiento para las partes, en algunos momentos impone conductas activas y omisivas.

92 Denominado así por MESTRE, J., “La transparence en droit des contrats”, *R.J. com.* 1993, La transparence, núm. spécial, p. 82.

por su parte, la buena fe *in contrahendo* direcciona a los sujetos negociales a un accionar con el modelo del normal operador económico<sup>93</sup>, como es reconocido por la doctrina italiana. El estándar de conducta se encuentra esencialmente unido y coordinado con el concepto de *correttezza* y lealtad, por tanto, hoy día y retomando las palabras de ALONSO PÉREZ, *la relación precontractual no solo se basa en la confianza, sino en un trinomio conformado por la buena fe, la lealtad y la confianza.*

### 6.2.6. Como instrumento de protección del más débil

Lejos del debate que aquí se ha propuesto conforme a la importancia que se les reconoce a los conceptos hasta aquí analizados, la buena fe, la corrección, el tráfico jurídico y la confianza entre otros, hay un valor entendido y aceptado pacíficamente por la doctrina en general (la nacional y la extranjera), de tal forma que quien infringe el deber de buena fe y, en el caso concreto, el que incumple el deber de informar, ejerciendo arbitrariamente sus propios derechos, olvidando el interés del otro y causando un perjuicio a su contraparte, este actor incurre en responsabilidad precontractual.

Ese interés se halla jurídicamente tutelado, y por tanto, opera contra todas aquellas conductas dolosas o culposas y se consagra en los preceptos de la buena fe *in contrahendo*, y en los principios de respeto y consideración al derecho de otro<sup>94</sup>, como ya se explicitó en los capítulos precedentes. También como se enunció anteriormente esa protección se debe hacer de conformidad con las realidades del mercado, que obligan al derecho a hacer un análisis económico, y a conciliar lo justo y lo bueno con lo equitativo y lo provechoso.

Conforme a lo anterior, no es difícil entender como bien lo anota GARCÍA RUBIO:

“Es una constante en la jurisprudencia alemana por medio de la responsabilidad precontractual servir como medio de protección de la parte más débil, pero lo mismo puede afirmarse en el campo del derecho francés, suizo o italiano, que los tribunales bajo el pretexto de los deberes precontractuales de información y esclarecimiento, tratan de proteger a la parte débil de la relación contractual persiguiendo el logro de una igualdad efectiva, llegando incluso a actuar en el interior de los propios contratos cuando su contenido parezca injusto<sup>95</sup>”.

93 Así fue incorporado en 1972, por BESSONE, M., *Rapporto precontrattuale e doveri...*, cit., p. 1023.

94 MIRABELLI, G., *Dei contratti in generale* (Utet, Torino, 1987), pp. 111 y ss. Afirma: En el progreso y la intensificación del tráfico está implícita la gravedad del daño que un sujeto puede sufrir, cuando estando en contacto con otro y extrayendo del comportamiento de este la convicción de que con él puede ser concluido un contrato, se encuentra luego frente a una conducta cuestionable, y si ello aparece como incorrecto, puede llegar a dañar gravemente sus intereses... la conducta incorrecta en los negocios no puede ser configurada de otra manera que como una vulneración del precepto general de no dañar a otro, o sea como un acto ilícito.

95 GARCÍA RUBIO, M., *La responsabilidad precontractual...*, cit., p. 45.

El derecho civil en general ha cambiado notablemente y en especial el de las obligaciones. En la actualidad existen nuevas formulaciones y principios que en la época codificadora eran impensables, no obstante, este dinamismo jurídico se ha dado por la jurisprudencia, básicamente en la nueva forma de interpretar los textos, y por las nuevas iniciativas reguladoras de orden internacional, ante la permanencia estática e inamovible de la normativa codificada en general<sup>96</sup>. Estos nuevos principios<sup>97</sup> que hoy día guían las diferentes reflexiones jurídicas y conducen poco a poco a una modificación del derecho de las obligaciones, se sustentan básicamente en la búsqueda de una igualdad efectiva, ya que como se explicaba ampliamente en el acápite de las obligaciones de información, la igualdad contractual en la actualidad no constituye más que un sofisma.

Se defiende entonces que el principio de igualdad contractual permite:

“Sancionar la desigualdad o restablecer la igualdad entre las partes en la formación y en la ejecución del contrato concluido, a fin de que la parte en situación de inferioridad –técnica, económica...– pueda contratar y ejecutar con conocimiento de causa y que la otra no pueda abusar de su posición dominante o de fuerza<sup>98</sup>”.

Con la aparición de estos nuevos derechos se protegen principalmente los intereses de los consumidores y de aquellas partes débiles de los contratos (que pueden ser incluso los mismos comerciantes o profesionales), que con las napoleónicas normas civiles estaban en total desprotección. En la actualidad el reconocimiento de la desigualdad de las partes es un elemento natural y por tanto de ahí procede la validez de protección de la parte más *faible au contrat*<sup>99</sup>. *Sin duda entonces, la responsabilidad precontractual puede ser utilizada como un instrumento que fomenta o reequilibra las desigualdades existentes entre los extremos negociales, así entonces el juez, mediante un juicio de cognoscibilidad puede exigirle un mayor grado o nivel de diligencia a la parte que tiene o debería tener más información sobre el objeto de las negociaciones o, por el contrario, también operaría en sentido contrario, cuando quien se constituye como dañado es el profesional, es el juez quien debe elevar el*

96 Así, por ejemplo, lo precisan THIBIERGE-GUELFUCCI, C., “Libres propos sur la transformation du droit des contrats”. *R.T.D. Civ.*, 1997, pp. 397 y ss., y Jestaz, P., *Les sources du droit: le déplacement d'un pôle à l'autre*, *R.T.D. Civ.*, 1996, p. 311.

97 Se reconocen como nuevos principios el equilibrio y la fraternidad o cooperación contractual, para ver más, THIBIERGE-GUELFUCCI, C., op. cit., pp. 377 y 378.

98 FONTAINE, M., “La protection de la partie faible dans les rapports contractuels”, *Comparaisons Franco-Belges (L.G.D.J., París, 1996)*, pp. 615 y ss.

99 En el mismo sentido se puede ver a FONTAINE, M., *Un régime harmonisé...*, cit., p. 861, quien sostiene: “El principio de la ejecución de buena fe juega un rol grandísimo en el complemento de las lagunas, el cual siempre está guiado en su aplicación por las consideraciones de equidad (Código Civil francés y belga, art. 1135), y de protección de la parte débil, muy distante de la consideración de eficacia económica”. Lo anterior con ocasión a si debían prevalecer las condiciones económicas de las negociaciones para establecer si la ruptura de las negociaciones es injusta o no, criterio defendido básicamente por los economistas por la teoría de los costes de transacción.

*listón frente a las medidas que él debía haber tomado por los mandatos que le imponen su nivel de experiencia y conocimiento de los negocios, lo cual le permitiría ser más cauteloso al momento de efectuar gastos o costos en vía contractual.*

Una consideración así estaría acorde con el desarrollo de las nuevas formas contractuales que en la mayoría de los casos son agresivas y que hacen que incluso las partes actúen inducidas por la publicidad. El fenómeno cada día está más generalizado y por consiguiente existe una multiplicación de nuevas formas de celebrar los negocios (por vía telemática, Internet y en general todos los instrumentos que utilizan las ventas a distancia) que hacen que *la confianza adquiera un valor supremo y en especial en aquellos que por aspectos técnicos, físicos o económicos no están en condiciones de adquirir fácilmente la información.* Así entonces, el proteger a la parte débil de la relación precontractual exige en la práctica un control del uso arbitrario de sus propias razones, y del abuso del derecho (la buena fe impide ejercitar abusivamente el propio derecho subjetivo), ya que de no dar esta interpretación a las normas, se estará ante evidentes e irrazonables desequilibrios. La responsabilidad precontractual ha de representar una salvaguarda más concreta para quien sufre un daño ocasionado por una conducta desleal, dolosa o culposa frente a la otra parte. PORTALIS sostenía que:

“L’office de la loi est de nous protéger contre la fraude d’autrui et non pas de nous dispenser de faire usage de notre raison<sup>100</sup>”.

En realidad, es conveniente reconocer que la responsabilidad precontractual, y en especial la fundamentada en la obligación de informar, es un mecanismo que responde a una necesidad real y que se acrecienta con el tiempo, el proteger a la parte más débil de la relación contractual. Razón tiene el profesor FONTAINE, M. cuando afirma:

“Que la protección de la parte débil es en la actualidad un elemento omnipresente del derecho de los contratos en los países de la Unión<sup>101</sup>”.

## CONCLUSIONES

El deber de información tiene su nacimiento en la doctrina, y en la actualidad en diferentes países europeos se reconoce su existencia y vinculación por vía

100 Citado por THIBIERGE-GUELFUCCI, C., op. cit., p. 380.

101 FONTAINE, M., *La protection de la partie faible...*, cit., p. 652. En los mismos términos, ya en la doctrina ibérica LLÁCER MATAÇAS, M., “Obligaciones vinculadas a la formación del contrato y codificación del derecho de consumo: información y documentación”, *Estudios de derecho de obligaciones. Homenaje al profesor Mariano Alonso Pérez*, tomo II (La ley, Las rozas, 2006), p.150. Sostiene que la contratación de consumo es una buena muestra de ello, de forma que tanto sus disposiciones generales como sectoriales denotan que una de sus constantes, en definitiva su objetivo o justificación, consiste precisamente en la introducción de medidas tuitivas destinadas a proteger al consumidor o parte débil de la relación, hasta el punto que se propone sistematizar de alguna forma o codificar el derecho de consumo.

jurisprudencial y legal. Su inclusión legal comenzó en las normas de consumo y su extensión ha alcanzado los diferentes proyectos de unificación y armonización del derecho privado como una de las políticas de la Unión Europea. Su importancia no solo se presenta en la ejecución del contrato como complemento de las obligaciones nucleares, sino también adquiere una gran importancia en la etapa precontractual y en la etapa postcontractual, toda vez que con él, en el primer caso, se preparará adecuadamente el cumplimiento de los deberes de prestación, y en el segundo, se produce una ordenada y completa “liquidación” de los efectos que la relación contractual haya generado entre las partes.

En la actualidad, el deber de informar comporta tres obligaciones diferentes, la información pura y simple, el llamado *deber de consejo*, y el *deber de advertencia*. Y su graduación con respecto a niveles que se deben transmitir variará de una circunstancia a otra, teniendo siempre como referente la existencia o no de unas condiciones de igualdad contractual. En los casos en que participan profesionales, el nivel de exigencia en cuanto a la calidad y cantidad de la información que se debe transmitir abarcará no solo la información que conoce o que tiene a mano, sino también la que debe conocer.

Las partes, sin importar su condición, tienen el deber de información, –entendiéndose en este caso como aquella obligación que tiene la parte de adquirir información sobre el objeto contractual–, en este caso la diligencia exigible en todo caso será inferior, si el negocio se desarrolla con un profesional, teniendo siempre claro que este nivel de diligencia en ningún momento genere impericia. Este nivel de diligencia se justifica porque mediante el ejercicio de una profesión o arte, el experto está prometiendo tácitamente la idoneidad de la cosa objeto del contrato, en cambio, cuando la parte es profana o no tiene conocimiento en la materia objeto del contrato, y por tanto, este deber de información se exigirá de acuerdo con los estándares de conducta de la diligencia propia del padre de familia.

Por medio del reforzamiento de la obligación precontractual de información el Estado puede corregir los fallos del mercado y acotar los problemas de las asimetrías de la información, dicha regulación se efectúa principalmente en la fase de los tratos preliminares, estableciendo esta etapa como una fase de precontrol en la cual se impone a quien tiene más posibilidades de conocer la información o a quien le genera menos costes de transacción adquirirla, un modelo de conducta presidido por las ideas de solidaridad, lealtad y cooperación (principios que devienen del actual concepto de la buena fe *in contrahendo*). Este modelo de comportamiento se suele concretar en un deber de información cuya aceptación es de amplio reconocimiento por parte de los máximos tribunales de la justicia ordinaria en Europa.

La obligación de información encuentra su razón de ser en un desequilibrio de conocimientos entre los contratantes. Este desequilibrio puede deberse a dos causas: en primer lugar, a la propia técnica de formación de contratos; en segundo lugar, a las circunstancias conforme a las calidades de los contratantes o por mandato de la ley. No obstante, al considerar la información como un elemento esencial para la estipulación o consagración de cualquier negocio jurídico y en el evento en el cual se genere un daño por su incumplimiento, se deberá proceder por una justa redistribución de las consecuencias dañosas, lo cual hace necesario que tal deber de cooperación se atribuya a quien esté en mejores condiciones de conocer la información, en el caso en que no se pueda determinar concretamente quién tiene la carga de la obligación.

## BIBLIOGRAFÍA

- ALBERICI G. *Il dovere precontrattuale di buona fede (analisi della giurisprudenza)*. RaDc. Roma 1982.
- ALONSO PÉREZ, M. *La responsabilidad precontractual*, RCDI, 1971.
- ALPA G. *Appunti sulla responsabilità precontrattuale nella prospettiva della comparazione giuridica, Responsabilità civile e previdenza*. 1981.
- APARICIO J. M. *Contratos (Parte general)*, Buenos Aires, Edit. Hammurabi, 1997.
- ARROW K, Limited knowledge and economic analysis, *American Economic Review*, T 64, 1974.
- BENNATI, F. *Culpa in contrahendo, contratto e impresa*, 1987.
- BERG., "Vage mit Drittschutzwirkung und Drittschadensliquidation" (jus 1977), p. 363.
- BIANCA, M C. La nozione di buona fede quale regola di comportamento contrattuale en *Rivista di Diritto civile*, 1983.
- Boyer Y, *L'obligation de renseignements dans la formation du contrat*, Aix Marseille, 1978.
- CHESHIRE, FIFoot Y FURMSTON's, *Law of contract*, 13 ed. London, Edimburgo, Dublín, Butterworths 1996.
- COOTER R., Y ULEN T., *Law and economics* (Addison-Wesley Educational Publishers Inc, Boston, 1997).
- CORRIPIO GIL-DELGADO MR. *Los contratos informáticos, el deber de información precontractual*. Universidad Pontificia de Comillas. Madrid, 1999.
- CASIELLO J, J. *El deber de información precontractual*. En homenaje a Dalmacio Vélez Sarsfield. Vol. II. Academia Nacional de Derecho y ciencias sociales de Córdoba. Córdoba. Argentina 2000.
- CUADRADO PÉREZ, C., *Oferta, aceptación y conclusión del contrato* (Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 2003).
- DE ÁNGEL YÁGÜEZ R. *Responsabilidad por informar. En Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio*. Editorial Dykinson. Madrid 2000, p. 181.
- DE MAURO A, Y FORTINGUERRA F. *La responsabilità precontrattuale*. Cedam. Padova 2002.

- DEMOULIN M. Y MONTERO E., *La conclusion des contrats par voie électronique*. En le processus de formation du contrat. Bruylant. Bruxelles 2002.
- DE CONINCK B, Le droit commun de la rupture des négociations précontractuelles. En la obra *Le processus de formation du contrat*, bajo la dirección de Fontaine M, Bruylant, Bruxelles 2002.
- DE VERDA Y BEAMONTE J., *La reticencia en la formación del contrato*. Aranzadi Civil, 1999, nº 22.
- DÖLLE, H., *Aussergesetzliche Schuldlichkeiten*, Zges (Staats W, 1943), p. 103.
- FONTAINE M., *Un régime harmonisé de la formation des contrats- Réexamen critique. Le processus de formation du contrat*. Bruylant Bruxelles, 2002.
- GRISI G. *L'obbligo precontrattuale di informazione*, Jovene, Napoli 1990.
- GÓMEZ CALLE E. *Los deberes precontractuales de información*. Editorial la Ley. Madrid, 1994.
- GOODE R., *Formation of contracts and precontractual liability*, Paris, ICC, 1990.
- GHUL, T., Y MERZ, H., *Das Schweizerische obligationenrecht*, (7 ed., 1980).
- HELDRIICH., “Verschulden beim Vertragsabschluss im klassischen römischen Rect”, *Der späteren Rechtswicklung* (Leipzig, 1924).
- IHERING, R., *De la culpa in contrahendo ou des dommages –interdi dans le conventions nulls ou restées imparfaites*. Oeuvres divisies, Traducción francesa por O. De Meulenaere 1893, T. II.
- JOURDAIN, P., *Le devoir de “se” renseigner*. Chronique, XXV, ed. Dalloz Sirey, 1983.
- LARENZ, K., “*Culpa in contrahendo*. Verkehrssicherungspflicht und sozialer Kontakt” (*M.D.R.*, 1954). “Lehrbuch des schuldrechts”, *Allgemeiner Teil*. (13 ed., Munchen, 1982).
- LEONHARD F., *Verschulden beim Vertragsschlusse*, Berlin, 1910.
- LLOBET AGUADO J. *El deber de información en la formación de los contratos*. Madrid, Edit. Marcial Pons, 1996.
- LLACER MATACAS, M. R. *El dolo por saneamiento de vicios ocultos*. A.D.C. Madrid. Julio- septiembre de 2002.
- LLAMAS POMBO, E. *La responsabilidad civil del médico*. Editorial Trivium, Madrid, 1988.
- MEDICUS., “Zur entdeckungsgeschichte der *culpa in contrahendo*”, festgabe fur Maxkaser, zum 80 (Geburtstag, Wien-Koln-Graz 1986), p. 23.
- HEINRICHS., “Palandt kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch”, comentario a los § 31, 145, 118, 179, 242, 276, 305, 306, 307, 309, 328 (Munchen, 1989).
- MENGOLI, L., En comentario a la sentencia del tribunal de Roma del 24 de gennaio de 1955. Sulla natura ella responsabilità precontrattuale. *Rivista del diritto commerciale*. Anno liv 1956.
- MONSALVE CABALLERO, V., “Evolución de la responsabilidad precontractual por tratos preliminares en el sistema continental europeo”, *Revista Iusta*, Bogotá, vol. 25, pp. 107 y ss.
- MUSY A. M. *Responsabilità precontrattuale (culpa in contrahendo)*. Edit. Ddp. XXVII.
- PASTOR S, *Sistema jurídico y economía. Una introducción al análisis económico del derecho*. Tecnos, Madrid, 1989.
- PEDRAZZI, G. *Inganno ed errore nei delitti contro il patrimonio*, Giuffrè, Milán 1955.

- PICOD Y. *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*. LGDJ. Paris 1989 n° 106.
- POTHIER R.J., *Traite des obligations*, Oeuvres de Pothier, T. I. Paris, 1825.
- POTHIER J. *Traite du contract de mandat*, Oeuvres de POTHIER III, Ed. Tarlier, Bruxelles-Amsterdam. 1830.
- ROVELLI L. "La responsabilità precontrattuale" En: BESSONE M. *Trattato di diritto privato*, XIII, 2 Giappichelli, Torino.
- ROGEL VIDE C., Momento y lugar de perfección de los contratos electrónicos. *En Homenaje al profesor Lluís Puig I Ferriol*, Vol. II, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.
- SAVATIER R., *Les contrats de conseil professionnel en droit prive*. DS, 1972, chr.
- STIGLITZ, J. E., *On the economic role of the state*. A Heertje (ed.), *The economic Role of the State*, Basil Blackwell, Oxford.
- STIGLITZ, R. Y G., *Responsabilidad precontractual, incumplimiento del deber de información*. Ed. Abeledo- Perrot Buenos Aires 1992.
- STIGLER G. J., The economics of information, *The Journal of Political Economy*, Vol. 3, 1961.
- SCHÄFER H., Y OTT C., *Manual de análisis económico del derecho civil*. Editorial Tecnos Madrid, 1991.
- STEINBERG G., *Die Haftung für culpa in contrahendo*, Bonn, 1930.
- THUR Y PETER, *Allgemeiner teil des schweizerischen obligationenrechts* (3 ed., 1979).
- VALES DUQUE P., La responsabilidad precontractual o *culpa in contrahendo*. *Libro-Homenaje al Profesor MANUEL AMORÓS GUARDIOLA*. Colegio de Registradores de la propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2006.
- VASSILI C., *L'obligation d'informer dans la vente des produits mobiliers*, Bruselles, 1987.
- ZIMMERMANN R., *The law of obligations- Roman Foundations of the civilian Tradition*, Oxford University Press. 1996.

