

## EL DEBER PRECONTRACTUAL DE INFORMACIÓN

Por: Ernesto Rengifo García\*

1. El deber precontractual de información ha despuntado trascendental en el día de hoy no sólo por la forma como la información general e impersonalizada es transmitida, con la ayuda de las nuevas tecnologías de la información (software, bases de datos, comunicación satelital, televisión abierta o cerrada, la red de redes), 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. La hipótesis que se va a plantear es la de si los remedios tradicionales que se tienen frente al deber de información, esto es, la teoría de los vicios redhibitorios y la institución de los vicios del consentimiento son instrumentos suficientes de control o solución cuando se viola el mencionado deber, o si, por el contrario, surge la necesidad de crear, adaptar o expandir nuevas figuras con el fin de proteger a la parte que ha visto afectado su consentimiento por las falencias o carencias de la información que se le ha suministrado previamente a la formación del contrato.

2. En punto del origen de los vicios del consentimiento se encuentra un llamativo relato de Cicerón escrito a propósito de un caballero romano, que pese a haber sido engañado en la compra de una villa en la ciudad de Siracusa, mediando información falsa o reticente, no tuvo a su disposición medios jurídicos idóneos de protección ante la injusticia<sup>1</sup>. Se lee en el texto lo que sigue: “¿Cómo punir a los reticentes, qué se debe pensar de aquellos que se valen de discursos venales? El caballero romano CAYO CANIO, hombre perspicaz y muy culto, habiendo llegado a Siracusa, para descansar, como normalmente lo hacía, y no para comerciar,

---

\* Profesor de derecho de contratos de la Universidad Externado de Colombia y Director del Departamento de Propiedad Intelectual en la misma universidad.

<sup>1</sup> Ciceron, *De officiis*, 3.14.58.

declaraba querer comprar unos jardines, donde poder invitar a los amigos y estar en paz sin perturbadores. Siendo difundida dicha noticia, un banquero de nombre PITIO, le hizo saber que él no tenía jardines para vender, pero que ponía a disposición de CANIO, si le complacía, sus jardines, en los que fue invitado a cenar para el día siguiente. Una vez que se dio la confirmación de la aceptación a la invitación, PITIO, que como banquero tenía buena amistad con cualquier tipo de personas, llamó a los pescadores, y les pidió pescar delante a sus jardines el día siguiente, y les dijo qué quería que hicieran. CANIO llegó a tiempo para la cena, y se encontró con un suntuoso banquete preparado por PITIO; delante de sus ojos se paraban una multitud de barcas; cada uno llevaba a los pies de PITIO aquello que había agarrado, de modo que delante de los pies de PITIO se encontraban numerosos peces. Entonces CANIO dijo: 'PITIO, ¿qué significa todo esto? ¿Tantos peces, tantas barcas?'. Y aquél respondió: '¿De qué te maravillas? En este lugar de Siracusa existen todos los peces que quieras, aquí existe una fuente de agua, [por el que no pueden faltar] en esta villa'. Lleno de interés CANIO suplicó a PITIO de venderle la villa; PITIO se muestra con un poco de dudas; CANIO le suplica nuevamente y afirma estar dispuesto a pagar cualquier precio. Al final CANIO, hombre un tanto crédulo pero rico, compró por cuanto PITIO quería que fuese comprada la casa, también los anexos; redacta los documentos y perfecciona el negocio. El día después CANIO invita a sus familiares y él mismo llega (a la villa) a buena hora. No ve ninguna embarcación, pregunta a su vecino si por casualidad había alguna fiesta de pescadores, ya que no había visto a ninguno. 'No que yo sepa', responde; 'pero aquí no suele pescar ninguno, ayer me maravillé de lo que sucedió'. CANIO se encuentra consternado; ¿pero qué podía hacer? Si todavía no había publicado las fórmulas sobre el dolo malo mi compañero y mi amigo Aquilio, en las que cuando le preguntaban qué era dolo malo respondía: dar a entender una cosa y hacer otra. Admirable respuesta y digna de un sabio en definir. De donde se infiere que PITIO y todos aquellos que se valen de estos artificios y engaños son pérfidos, malos y perjudiciales, y no pueden hacer cosa alguna útil acompañándola tantos vicios".

3. Del texto se ha deducido que en tiempos de Cicerón era posible asumir un comportamiento doloso y que ello no era censurado por el ordenamiento. A pesar de que dos siglos antes la experiencia jurídica romana había creado la acción de buena fe, ésta no incidía sobre el comportamiento doloso *in contrahendo*. Empero, el jurista romano cae en la cuenta de la necesidad de proveer los medios tendentes a reprimir conductas dolosas y, en consecuencia, crea para ello efectivos instrumentos jurisdiccionales. Sobre este vacío enseña Tafaro: “Es un gran mérito ( a lo mejor el mérito más grande) del pensamiento jurídico del último siglo de la República (es decir, del siglo de Cicerón) haber puesto en evidencia la necesidad de concebir la experiencia jurídica como inseparable de los valores éticos, y haber en consecuencia afirmado la necesidad de proveer los medios técnicos adecuados para la investigación y la represión de la antijuridicidad implícita en comportamientos que se revelaban sobre todo como éticamente reprobables: como son el dolo y la violencia, contra los cuales se otorgaban específicas *actiones, exceptiones, restitutiones in integrum*. [...] Convenía incluir en la valoración de la responsabilidad contractual el juicio sobre eventuales comportamientos de los contratantes, cuya antijuridicidad no consistiera en el incumplimiento de las obligaciones contractuales, sino más bien en el haber configurado en un cierto modo reprobable el contenido del tipo contractual”<sup>2</sup>.

De modo pues que los vicios del consentimiento encuentran dentro de la teoría general del contrato, su razón de ser para reprimir conductas antijurídicas relacionadas con la expresión del consentimiento en la instancia de la celebración o perfeccionamiento del contrato. “[L]os hechos generadores del dolo van desde el embuste, las afirmaciones mendaces, la reticencia y aun el simple silencio, hasta las maquinaciones fraudulentas, según los casos, de acuerdo con las circunstancias y con la vida corriente y normal”<sup>3</sup>, dijo nuestra Corte Suprema del año 1935. El dolo vicia el consentimiento cuando es obra de una de las partes, y

---

<sup>2</sup> SEBASTIANO TAFARO. “Hombre y obligaciones: equilibrio entre las prestaciones”, en AA.VV. *Estudios de derecho civil, obligaciones y contratos. Libro homenaje a Fernando Hinestrosa*, t. III, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 393 y 394.

<sup>3</sup> Cas., 23 de noviembre de 1936, XLIV, 483.

“cuando aparece claramente que sin él no hubiera contratado. En los demás casos el dolo da lugar solamente a la acción de perjuicios contra la persona o personas que lo han fraguado, o que se han aprovechado de él; contra las primeras por el total valor de los perjuicios, y contra las segundas hasta concurrencia del provecho que han reportado del dolo” (art. 1515 del C.C).

Además, el monto del perjuicio cuando ha habido incumplimiento del contrato acompañado de dolo, deberá ser superior al *quantum* que se debería pagar cuando hay un incumplimiento sin dolo: “Si no se puede imputar dolo al deudor, solo es responsable de los perjuicios que se previeron o pudieron preverse al tiempo del contrato; pero si hay dolo, es responsable de todos los perjuicios que fueron consecuencia inmediata o directa de no haberse cumplido la obligación o de haberse demorado su cumplimiento” (art. 1616 del C.C).

4. El régimen de los vicios redhibitorios es en esencia un tema de defecto, carencia o ausencia de información. En la compraventa, por ejemplo, el vendedor le debe comunicar los defectos de la cosa al comprador. Dice la Corte: “Es que, con sujeción al postulado de la buena fe y a ineludibles deberes conexos o coligados al deber central de prestación, en especial, los de protección, transparencia e información, el vendedor está obligado a informar con claridad, precisión y a plenitud al comprador los vicios o defectos que conozca o deba conocer y, por ello, la reparación de los daños encuentra también venero en su inobservancia, por cuanto de conocerlos o haber logrado conocerlos, podía evaluarlos y abstenerse de contratar o hacerlo en términos diferentes. Tales deberes son más intensos en quienes se dedican habitual o profesionalmente a la venta, ya de manera exclusiva, concurrente o conexa con otras actividades, *verbi gratia*, con la construcción, sea por sí mismo o por otro, en cuyo caso, han de adoptar todas las medidas exigibles, razonables e idóneas para conocer e informar el exacto estado de la cosa”<sup>4</sup>.

---

<sup>4</sup>CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil, sentencia de 19 de octubre de 2009, Magistrado ponente: William Namén Vargas, p. 25. En la sentencia la Corte precisa que la prestación de garantía por saneamiento redhibitorio está sujeta a requisitos concurrentes: a) la presencia de vicios o defectos ocultos de

En esta sentencia la Corte precisa que la acción por vicios ocultos es incompatible con la acción de nulidad pues aquella supone un contrato válido. Además señala que la acción resolutoria general, cuyo término de ejercicio por supuesto es más amplio, puede abrirse paso si el defecto de la cosa es de tal gravedad que “inutiliza el artefacto de manera ostensible”, por cuanto se asimila a una falta de entrega. Evidentemente una cosa es la falta de entrega y otra que ésta sea defectuosa.

“En el ámbito de la celebración del contrato, empero, podrá presentarse un vicio del consentimiento, sea por error espontáneo, sea por error provocado, *rectius* dolo, respecto de la identidad o de las calidades sustanciales de la cosa, en cuyo caso, dándose las restantes exigencias normativas, el negocio jurídico adolece de nulidad relativa o anulabilidad [...]. Entregada la cosa con vicios o defectos ocultos en ejecución de una compraventa existente y válida, el vendedor está obligado al saneamiento redhibitorio. En este evento, el comprador, de quien se presume la buena fe de adquirir la cosa sana y completa, podrá ejercer las acciones ‘edilicias’ para exigir la ‘rescisión de la venta, o la rebaja del precio, según mejor le pareciere’ (artículo 1917 Código Civil) en la compraventa civil, o la ‘resolución’ o “rebaja del precio a justa tasación” (artículo 934 del Código de Comercio) en la comercial”<sup>5</sup>.

Para la Corte dicha acción es diversa de la de los vicios del consentimiento acerca del objeto, de la resolución del contrato, de la de garantía de buen funcionamiento y de la de garantía mínima presunta derivada de las relaciones de consumo. La acción redhibitoria o *quanti minoris* exige un contrato existente y válido y la revelación de vicios o defectos de la cosa vendida con posterioridad a su entrega;

---

la cosa vendida con posterioridad a su entrega; b) una causa *ex ante* de los vicios al contrato de compraventa; c) la revelación exterior de los defectos y su conocimiento después de la celebración del contrato y de la entrega; d) la ignorancia de los vicios sin culpa del comprador; e) la relevancia o gravedad del vicio proyectada en la ineptitud de la cosa para su destinación natural o la finalidad prevista en el contrato, “cuestión de hecho que el juzgador ha de apreciar directamente” por “constatación objetiva derivada del carácter sinalagmático de la venta” y f) su ejercicio en la oportunidad legal de seis meses contados a partir de la entrega.

<sup>5</sup> Ibidem, p. 19.

pero además para la Corte dicha acción no excluye la acción de resolución por incumplimiento en determinados casos: “Desde luego, la preexistencia de los vicios y su conocimiento posterior a la entrega por el comprador, comporta un incumplimiento de la obligación de entregar la cosa sana y completa, cuya consecuencia es el saneamiento redhibitorio, o sea, la resolución o la reducción del precio y, en su caso, con indemnización de perjuicios, pero si el vicio o defecto es de tal magnitud, gravedad e importancia que inutilice absolutamente la cosa según su destinación funcional, natural o negocial, *strictu sensu*, asimilase ‘naturalísticamente en realidad a una falta total de entrega’ dando paso a la acción resolutoria general”<sup>6</sup>.

En fin, la acción de saneamiento por vicios redhibitorios presupone un contrato existente y válido, la entrega de la cosa viciada *ex ante* y el defecto o vicio detectado *ex post*. Por supuesto, que la entrega de cosa distinta, sitúa el problema en la resolución del contrato y la que es objeto del contrato con vicios o defectos ocultos, en el saneamiento.

5. 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. 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 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) o falseada, no hubiera concluido el contrato, o lo habría hecho bajo otras condiciones, más favorables.

“El consentimiento raras veces se forma en el acto. Más bien suele ser la culminación de una serie de situaciones previas: conversaciones, tanteos, exploraciones, negociaciones preliminares; en definitiva, el término o resultado de

---

<sup>6</sup> Ibidem, p. 27. En igual sentido, casación civil, sentencia de 14 de enero de 2005, exp. 7524.

un *iter* lento y a menudo costoso. Como es sabido, los más importantes contratos en materia civil y mercantil, los negocios más complejos que implican gravosos vínculos contractuales, tienen a menudo prolongados y laboriosos períodos preparatorios en los que se discute, proyecta y busca un entendimiento común [...] El *iter* preparatorio se intensifica o marca una dirección más profunda a medida que nos aproximamos a la existencia del conocimiento”<sup>7</sup>. O como enseña Emilio Betti: “Las partes que todavía no son deudor y acreedor, pero que están en el camino de serlo, se deben recíproco respeto a sus respectivos intereses. La actividad que se exige aquí podría calificarse de lealtad de las cosas, desengañándola de eventuales errores, hábito de hablar claro, que exige poner de manifiesto y con claridad a la otra parte la situación real reconocible y, sobre todo, abstenerse de toda forma de reticencia fraudulenta y de toda forma de dolo pasivo que pueda inducir a una falsa determinación de la voluntad de la otra parte”<sup>8</sup>.

6. Ahora bien, el deber de informar e informarse previo a la celebración del contrato puede ser entendido como expresión del principio de la buena fe precontractual que deben observar las partes en sus tratos preliminares o, mejor, antes de que la relación contractual contemplada haya llegado a desplegar eficacia: “[L]a buena fe que debe actuar durante los tratos preliminares, es decir, en la fase de formación del contrato, en cuanto que con la iniciación de éste se establece entre una y otra parte –aunque no hayan llegado todavía a ser deudor y acreedor- un particular contacto social, una relación de hecho basada en la recíproca confianza. En tal relación de hecho entran en juego las reglas de corrección y entra en vigor, no sólo el deber de lealtad en el negociar, sino, también, obligaciones específicas que pueden ser de información, o de aclaración, en razón a la posibilidad de que la esfera de intereses de la otra parte resulte

---

<sup>7</sup> Pedro Antonio Pérez García, *La información en la Contratación Privada*, Madrid, Instituto Nacional de Consumo, 1990, p. 190.

<sup>8</sup> Emilio Betti, *Teoría General de las Obligaciones*, Trad. José Luis de los Mozos, T. V. p. 88 y 89, citado por Pérez García, *ibidem*, p. 191.

perjudicada como consecuencia de la omisión de las informaciones y aclaraciones debidas<sup>9</sup>.

7. El deber de informar, en la edad de la información, ha adquirido mayor entidad y envergadura. De un deber social, ha pasado a estructurarse como un deber jurídico. En el contrato de compraventa, por ejemplo, tradicionalmente la información exigida al vendedor se refería a aquella vinculada a los vicios ocultos de la cosa<sup>10</sup>. En la actualidad, el deber de información es más extenso e intenso y abarcaría, en principio, toda la información privada en poder del vendedor que pudiese afectar la decisión del comprador. En general, podríamos afirmar que se debe informar todo aquello que contribuya a fortalecer el consentimiento. De ahí que se sostenga que la información debe ser exacta, suficiente y completa. Todo aquello que, se repite, contribuya a fortalecer el consentimiento del cocontratante, debe ser informado.

8. La intensidad y calibre de la información como deber precontractual dependerá de la clase de negocio o contrato. Mejor, la satisfacción de dicho deber dependerá de si el acto de disposición de intereses ha sido negociado o de si se trata de contratos con cláusulas predispuestas o de negocios que disciplinan relaciones de consumo. Lo cierto es que habrá contratos en donde informar de manera clara, exacta y suficiente es un deber esencial del deudor de la obligación y habrá contratos en donde si bien no es un deber primario, la obligación resulta ser específica o derivada del deber general de comportarse de buena fe en la etapa de formación del contrato, es decir, que las partes contratantes se deben comportar según la buena fe y procurar que no queden fallidas las recíprocas expectativas. La buena fe es, esencialmente, una actitud de cooperación que vincula al deudor a poner lo mejor de sí, las mejores energías al servicio de los intereses ajenos. Se le debe a Emilio Betti la particular insistencia en

---

<sup>9</sup> Emilio Betti, *Teoría General de las obligaciones*, Trad: José Luis de los Mozos, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, Tomo I, 1969, p. 110.

<sup>10</sup> Confrontar el artículo 1918 del Código civil y el artículo 934 del Código de Comercio.

conceptualizar la buena fe como “empeño de cooperación”, “espíritu de lealtad”, “actividad de cooperación”; “respeto recíproco entre los contrayentes”.

9. La distinción anterior es relevante en la medida en que el acreedor de la información ha de asumir una actitud no meramente pasiva. Aquí conviene recordar las cargas de diligencia y cuidado que las partes deben observar en la etapa del perfeccionamiento del contrato y que el profano no se halla sustraído de su deber de informarse, lo que implica que su debilidad no le atribuye un derecho a la pasividad. Sin embargo, vale mencionar, para efectos del deber de información, el distingo que Le Tourneau hace entre el profesional y el profano: “Maestro de su técnica, él [profesional] conoce los riesgos y peligros, mientras que el adquirente, pobre y profano, no ve sino la apariencia de las cosas”<sup>11</sup>.

10. De todas formas no está demás insistir en que el deber precontractual de información se deriva del principio de la buena fe y de la lealtad comercial y que en los tratos preliminares existe un particular contacto social, o mejor, una relación de hecho basada en la recíproca confianza.

11. En los negocios jurídicos que disciplinan relaciones de consumo, el derecho de recibir información oportuna, clara, precisa e idónea es un derecho que tienen los consumidores<sup>12</sup>. Este derecho a recibir información había sido pretermitido por

---

<sup>11</sup> P. Le Tourneau, *De l'allégement de l'obligation de renseignements ou de conseil*, Chronique XIX, Dalloz Sirey, 1987, p. 101.

<sup>12</sup> “[L]a relación de consumo constituye una particular categoría que surge entre quienes se dedican profesionalmente a elaborar o proveer bienes o prestar servicios con quien los adquiere con el fin de consumirlos; y es precisamente el consumidor, quien, por encontrarse en condiciones de vulnerabilidad económica y de desequilibrio, es destinatario de una especial protección normativa; por supuesto que la profesionalidad del productor, [...], lo sitúan en un plano de innegable ventaja comercial que reclama la intervención de legisladores y jueces con miras a restablecer el equilibrio perdido. Las más relevantes reivindicaciones de los consumidores apuntan a la necesidad de reformular las reglas de formación del contrato de modo que abarquen las nuevas realidades negocials, concretamente, la contratación masiva; hacia la apremiante necesidad de consagrar un período de reflexión seguido del derecho de arrepentimiento del consumidor; a vigorizar la tutela de éste en relación con los vicios del consentimiento frente a las dificultades propias de la contratación masiva; a destacar la importancia de la publicidad y, en general, de la información en los procesos contractuales; a regular lo concerniente con las cláusulas limitativas de responsabilidad; a robustecer el régimen de responsabilidad del fabricante y los proveedores, entre otras”:

nuestro legislador. Nuestro constituyente del año 1991 consciente de la omisión señaló: “La ley regulará el control de calidad de bienes y servicios ofrecidos y prestados a la comunidad, así como la información que debe suministrarse al público en su comercialización” (artículo 78 de la Constitución Política).

12. En punto del contrato del consumidor y por el cacareo recurrente a esa figura negocial, es menester señalar que hoy se hace la distinción entre contratos entre iguales y contratos con asimetría de poder contractual debido a la existencia de tipos contractuales que no están necesariamente vinculados o ligados a una precisa cualidad socio-económica de las partes; es decir, que no siempre se está en presencia de contratos entre consumidores y profesionales y por ello resulta más pertinente recurrir al nuevo paradigma contractual conocido con el nombre de “contrato con asimetría de poder contractual entre las partes”.

Este nuevo paradigma negocial parte de la base de que existe asimetría de poder contractual no sólo en aquellas relaciones jurídicas entre consumidores y profesionales, sino también en relaciones entre agentes y proponentes, bancos y clientes, intermediarios financieros e inversionistas, arrendadores y arrendatarios, es decir, en relaciones en donde una parte goza de un poder contractual superior frente a otra y precisamente en razón de esa asimetría, el legislador introduce criterios de interpretación favorables a la parte que tiene un menor poder contractual. De esta manera, de contratos entre consumidores, se pasa a la nueva modalidad en donde no se toman en la cuenta consideraciones económicas o sociales de los celebrantes<sup>13</sup>.

---

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil, sentencia del 30 de abril de 2009, Magistrado Ponente: Pedro Octavio Munar.

<sup>13</sup> Vincenzo Roppo, *Il contratto del duemila*, Torino, Giappichelli Editore, 2002, p. 56: “[L]os principios de la Comisión Lando no se aplican a los solos contratos entre consumidores y profesionales, por el contrario tienen una razón de incidencia más general que los lleva a cubrir todos los contratos, a prescindir del estatus socio-económico de las partes. Por lo tanto no es ese estatus lo relevante para la aplicación de las normas sobre ‘desequilibrio significativo’, sino la circunstancia que entre las partes exista una asimetría de poder contractual, puesta en evidencia por la ausencia de tratativas sobre la cláusula que una parte tiene la fuerza de imponer unilateralmente a la otra. Bajo este perfil, los Principios europeos confirman la transición del contrato del consumidor a la figura más general del contrato con asimetría del poder contractual”.

Ese tránsito del contrato del consumidor al contrato con asimetría de poder contractual se observa también en los Principios de *Unidroit* en donde las previsiones legales respectivas se refieren a contratos entre operadores económicos profesionales. El punto pues que se quiere destacar es que la categoría contrato del consumidor ha perdido importancia y centralidad.

13. Pero precisamente en razón de esa asimetría de poder y de esa asimetría en la información es que el deber de información ha despuntado trascendental en aquellos contratos en donde el desequilibrio de poder contractual es evidente. Se insiste, se debe informar todo aquello que contribuya a fortalecer el consentimiento y, más acendrado será el deber, cuando exista una parte débil en la relación jurídica. Una información adecuada y suficiente de parte del oferente de un producto o servicio viene, en cierta medida, a equilibrar la asimetría de información que existe, por ejemplo, entre un productor de un artículo tecnológicamente complejo y sus potenciales compradores o usuarios.

14. El deber precontractual de información, en medio de un tráfico jurídico de relaciones masivas, anónimas, estandarizadas y de un alto grado de especialidad de los productos y los servicios que se ofrecen, se impone como una obligación primaria y especial en todos aquellos contratos en donde existe asimetría de poder contractual: ventas a distancia, *time share*, fiducia, seguros, suscripción de acciones, contratos financieros, contratos de prestación de servicios médicos, enajenación o licencia de bienes inmateriales y, en fin, contratos con condiciones generales. También, para nadie es un secreto que existen grandes asimetrías en la información de intangibles. Conviene señalar, de todas maneras, que la extensión del contenido del deber de información no es definible en términos abstractos, en cuanto debe ser en concreto graduada con base en las condiciones personales y profesionales de las partes y según la naturaleza y el objeto del contrato.

De cualquier manera el deber precontractual de información debe tener carácter general y, por lo tanto, operar en cualquier tipo de contrato. En nuestro derecho privado, ese deber de informar está consagrado, no como principio general, sino en hipótesis específicas, como es cuando se reglamenta el tema de los vicios ocultos de la cosa en materia de compraventa, arrendamiento, comodato y mutuo; en los contratos de seguro terrestre y marítimo; en el contrato de transporte terrestre de cosas y, por supuesto, en el Estatuto del Consumidor en donde se le impone al productor avisar al consumidor acerca de la calidad e idoneidad de los bienes o servicios que ofrece, de su nocividad, de sus condiciones de correcta utilización, de su fecha de expiración.

15. La información incide en la formación del contrato, en su contenido y en su interpretación. Empero, lo que se quiere destacar también es que ese deber de información ha terminado afectando criterios tradicionales de la teoría general del contrato. Veamos algunos ejemplos:

a) La formación del contrato depende del concurso entre una oferta y su aceptación. Para que una oferta tenga eficacia vinculante debe estar dirigida a una persona determinada y contener los elementos esenciales del negocio. Es decir que a la luz de la teoría tradicional, una propuesta dirigida al público de modo indeterminado, no es considerada oferta<sup>14</sup>. La tendencia moderna es la de establecer que dichas propuestas estén dotadas de eficacia contractual. Cosa similar acontece con la publicidad en el sentido de que a la luz de la teoría tradicional de la oferta, es considerada una mera invitación a ofrecer (*invitatio ad offerendum*), pero no es considerada oferta en sentido estricto. Pues bien, a raíz de la importancia que ha tomado el deber de información en la actualidad, la tendencia es que ese dilema entre oferta de contrato y la invitación a ofrecer se desvanezca, todo con el fin de dotar de eficacia contractual tanto a la oferta de

---

<sup>14</sup> El artículo 847 del Código de comercio dispone: “Las ofertas de mercancías, con indicación del precio, dirigidas a personas no determinadas, en circulares, prospectos o cualquiera otra especie similar de propaganda escrita, no serán obligatorias para el que las haga. Dirigidas a personas determinadas y acompañadas de una nota que no tenga las características de una circular, serán obligatorias si en ella no se hace salvedad alguna”.

contrato al público como a la publicidad informativa. Aquí también debe señalarse que con base en posturas modernas la exposición de mercancías en escaparates vale como oferta, esto es, como propuesta de contrato, si va con indicación de precios. Finalmente, si la publicidad se traduce como oferta contractual, puede ser encuadrada como tal en la teoría del negocio jurídico.

b) Las soluciones que da la ley y las más de las veces la doctrina cuando se viola el deber precontractual de información se pueden sistematizar así: (i) nulidad del acto de disposición de intereses; (ii) la facultad de resolver el contrato y (iii) se afecta la duración del plazo de ejercicio del derecho de desistimiento que se concede al consumidor. Empero, se ha estimado que argüir la anulabilidad de un contrato con base en la teoría de los vicios del consentimiento, puede no resultar el medio más expedito en razón de que la prueba de un vicio del consentimiento resulta la mayoría de las veces ardua y exigente. Por tal razón, se ha sugerido que se le permita al consumidor instar la ineficacia del contrato simplemente por falta de la información suficiente. Es decir que esta falta de información suficiente podría consagrarse como una causal autónoma e independiente respecto de los tradicionales vicios del consentimiento: error, fuerza y dolo.

c) Además de establecerse una nueva causal para la anulabilidad del negocio basada en la insuficiencia de la información, también se ha esgrimido la tesis según la cual el consumidor, o mejor, la parte débil de la relación jurídica puede exigir el cumplimiento de acuerdo con las expectativas que hayan podido generarse, sin perjuicio de su derecho a ser indemnizado por los perjuicios sufridos. No se puede pasar por alto que el resarcimiento del daño constituye la tutela fundamental y normalmente sugerida, aunque no constituya el remedio exclusivo que puede ejercitarse.

d) El régimen de tratamiento del dolo parece también haber mutado. Otrora el *dolus bonus* no merecía juicio de reproche y se toleraban con simpatía y como expresión de viveza las evasivas, las reticencias y los silencios de quien mostraba

un bien que quería vender; hoy, sobre todo en los contratos con asimetría de poder contractual, se impone el deber de información de manera clara y precisa. Se puede decir con Hinestrosa que la figura del *dolus bonus* “pasó a la historia, para dar paso a un deber estricto de buena fe, lealtad y probidad, que comienza por manifestarse en la exigencia de sometimiento del producto en sí y de su promoción a los términos de la licencia y el registro, publicidad en oportunidades sujeta a revisión de autoridad administrativa. [...] Del profesional, productor o expendedor se espera que en las intermediaciones del contrato aconseje y advierta al consumidor, de suerte que un comportamiento contrario podría ser muestra de dolo, ora para la anulación del contrato, ora, más apropiadamente, para una indemnización de perjuicios”<sup>15</sup>.

e) En la actualidad, la publicidad es considerada un vehículo de información precontractual. En efecto, un fabricante, proveedor o expendedor ejecuta el deber de información a través de instrumentos escritos que se proponen al consumidor, con publicidad gráfica, por medios masivos y por las vías de la información oral<sup>16</sup>. Esas precisiones del oferente realizadas con la ayuda de las nuevas tecnologías de la información, son vinculantes para el empresario, en esencia, por el grado de confianza que generan. Pues bien, y en razón de la fuerza vinculante de la publicidad, en caso de discrepancia entre la publicidad y el contrato puede surgir el fenómeno de la responsabilidad civil por incumplimiento contractual. Así mismo, en el evento en que la publicidad sea engañosa, se puede generar un vicio del consentimiento con la consiguiente invalidez del negocio basada en el error e, incluso, un reclamo de reparación del perjuicio en razón de la invalidez referida,

---

<sup>15</sup> FERNANDO HINESTROSA. “Responsabilidad por productos defectuosos”, en AA.VV. *Derecho Económico, Colección Enrique Low Murtra*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, t. IV, 2003, p. 338.

<sup>16</sup> De conformidad con el Estatuto del Consumidor (artículo 16 del decreto 3466 de 1982) el productor responde por las marcas, las leyendas y la propaganda comercial de sus productos, cuando su contenido no corresponda a la realidad o induzca a error. Pero para el Consejo de Estado esa responsabilidad también se extiende a los distribuidores porque el engaño que da lugar a la infracción se materializa en su establecimiento de comercio, donde la publicidad engañosa se hace tangible y efectiva mediante la exhibición del producto: Véase CONSEJO DE ESTADO, Sección Primera, sentencia de 19 de noviembre de 2009, Magistrado Ponente: María Claudia Rojas.

de conformidad con la hipótesis de responsabilidad *in contrahendo* prevista por Ihering ya hace más de un siglo<sup>17</sup>. En efecto, frente a esta última posibilidad se tiene establecido que la parte que conociendo o debiendo conocer la existencia de una causa de invalidez del contrato, no le informa de ello a la otra parte, debe resarcirla del daño sufrido precisamente por haber confiado esta última, sin su culpa, en la validez del contrato. O también, la parte que suministró información mendaz deberá resarcir el daño al interés negativo de la parte que incurrió en gastos, o se privó de otros negocios, por esperar confiadamente la formación del contrato al que la falsa información lo había alentado<sup>18</sup>.

16. El interés contractual negativo se contrapone al interés contractual positivo, que afecta a la prestación contractual<sup>19</sup>. No puede hablarse de interés relativo a la prestación contractual, cuando el contrato o no ha llegado a concluirse o ha sido concluido inválidamente por cuanto falta un interés jurídicamente tutelado para tal prestación. Cuando el contrato se ha perfeccionado, no hay duda que se está en el campo de la responsabilidad contractual.

Se discute apasionadamente en la doctrina si la *culpa in contrahendo* es de naturaleza contractual o extra contractual. “Se atribuye a la responsabilidad producida por la violación del deber de corrección [en las tratativas], denominada ‘responsabilidad precontractual’ o ‘culpa in contrahendo’, naturaleza extracontractual o aquiliana. Otros, en cambio, sostienen que se trata de

---

<sup>17</sup> Como supuestos de responsabilidad pre-contractual la doctrina menciona: a) la reticencia sobre causas de ineficacia del negocio; b) la ruptura intempestiva de las negociaciones y c) la responsabilidad por falsa información o publicidad al consumidor.

<sup>18</sup> La doctrina italiana, con base en los artículos 1337 y 1338 del Código *Civile* italiano, estructuran la responsabilidad precontractual por violaciones al deber de información a la luz de la observancia de los principios de buena fe y lealtad.

<sup>19</sup> “El interés negativo se situó en la legislación (párrafo 122 del BGB) y doctrina alemanas para aquellos casos en que un contratante sufre un daño porque confió en la validez del contrato y desde luego en la buena fe del otro contratante, (“¡Oh si no me hubiese dejado engañar por las declaraciones de la otra parte!”), al paso que el interés positivo se enmarcó en aquél que la otra parte tiene en la validez y cumplimiento del contrato (¡Ah, si no obstante el negocio hubiese sido válido!”: J.W. Hedeman, *Tratado de Derecho Civil*, Madrid, Ed. Revista de Derecho Privado, 1958, V. I, p.125.

responsabilidad contractual, al identificar, en esta especie, un deber preconstituido con un contenido positivo”<sup>20</sup>. En esta etapa negocial “el sujeto pasivo está perfectamente determinado en la persona de aquel que es parte por lo que se está en presencia de una propia y verdadera obligación cuyo incumplimiento produce un daño contractual<sup>21</sup>:

El profesor Meruzzi al conjugar los artículos 1218 y 1338 del *Código civile* italiano concluye que la *culpa in contrahendo* es de naturaleza contractual: “A favor de la naturaleza contractual militan en primer lugar una serie de argumentos tradicionales adoptados por los sostenedores de tal tesis, es decir: que la buena fe en las tratativas o en la formación del contrato implica una restricción de los tratantes que va más allá de las genéricas obligaciones de abstención que caracterizan el instituto del hecho ilícito; que tales deberes de cooperación positiva obligan solo a las partes tratantes, diferenciándose del deber general de abstenerse de realizar comportamientos dañosos; que colocar el deber de buena fe en regímenes de responsabilidad diferenciada según el diverso momento en que su violación se despliega, sería del todo irracional; además y sobre todo, que la *culpa in contrahendo* está dirigida a sancionar el incumplimiento no del contrato, sino de la obligación (artículo 1218 c.c.) y que por el mismo hecho de haberse iniciado las tratativas nace en cabeza de los tratantes la obligación de comportarse de acuerdo con la buena fe”<sup>22</sup>.

Otros sostienen que las falsas informaciones que inducen al destinatario de ellas a cumplir un acto de disposición de su propio patrimonio, es un ilícito aquiliano. “La falsa información y la reticencia despliegan un rol importante en la fase de las tratativas contractuales; de allí que los artículos 1337 y 1338 del Código Civil (en particular este último) prevén a cargo de los futuros contratantes la

---

<sup>20</sup> LUIGI FERRI. *Lecciones sobre el contrato*. Trad: Nélvor Carreteros Torres, Lima, Grijley, 2004, p. 33.

<sup>21</sup> ADRIANO DE CUPIS. *El daño*, Barcelona, Bosch, 1970, p. 168 y 169.

<sup>22</sup> GIOVANNI MERUZZI. *La trattativa maliciosa*, Padova, CEDAM, 2002, p. 322 y 323.

responsabilidad precontractual por violaciones al deber de información a la luz de la observancia de los principios de buena fe y de lealtad. [...] en otros ordenamientos, el concepto de falsa declaración y el similar de reticencia (o sea, el silencio sobre circunstancias cuyo conocimiento interesa al otro sujeto con el cual se vincula), configuran, cuando están acompañados de la inducción al error, casos concretos de hechos ilícitos. Sobre la base de tales datos, también en Italia comienza a delinearse, merced a la obra de la jurisprudencia, esta nueva figura de ilícito, que puede definirse como expresión de una línea de expansión de la figura tradicional del dolo-estafa civil”<sup>23</sup>:

En nuestro criterio la responsabilidad contractual no depende inexorablemente de la existencia de un contrato. El hecho de que en la fase pre-contractual ya exista un vínculo entre sujetos, un particular acercamiento entre ellos, el desconocimiento de un deber jurídico concreto que ocasioné un daño, por violación de la buena fe, el interés de confianza o el interés negativo de la otra parte, legitima al afectado a accionar contractualmente en procura de una indemnización de perjuicios<sup>24</sup>. O mejor: cuando se está en los tratos preliminares ya hay, así no exista en puridad un contrato, una relación o un contacto social que incita a mirar el tema diferente a ser un asunto de responsabilidad extra-

---

<sup>23</sup> GIOVANNA VISINTINI, *Tratado de la responsabilidad civil*, trad: Aida Kemelmajer de Carducci, Buenos Aires, Astrea, t. I, 1999, p. 367 y 368.

<sup>24</sup> “La determinación del carácter contractual o extracontractual de los tratos preliminares, a la luz del artículo 863 del Código de Comercio, no puede responderse según la orientación de la jurisprudencia colombiana con el argumento de que en esta etapa no existe contrato, por cuanto como bien lo sostuvo esa misma corporación en la sentencia del 11 de mayo de 1970, la responsabilidad civil contractual no necesariamente nace de la existencia de un contrato sino en general de la presencia de un vínculo jurídico preestablecido entre las partes. Por consiguiente, la respuesta al interrogante formulado ha de partir necesariamente del análisis del contenido de la buena fe en los tratos preliminares para determinar si esa buena fe constituye o no un deber jurídico concreto o un deber jurídico genérico. [...] [A] la luz del artículo 863 del Código de Comercio colombiano, actuar de manera diversa a la buena fe exigida en la etapa preliminar, es actuar abusivamente, es desconocer la finalidad de los tratos, es incurrir en la infracción de un deber secundario de conducta, es realizar un comportamiento de mala fe, incurrir en la trasgresión de un deber jurídico concreto, efectuar una contravención, cuya sanción específica es la indemnización de perjuicios de llegar a ocasionarse un daño con tal comportamiento, que se encuadra por consiguiente en el ámbito de la responsabilidad contractual por originarse el daño como consecuencia de la violación de un deber jurídico concreto y que afecta el interés de confianza o el interés negativo de la otra parte” JORGE SANTOS BALLESTEROS. *Instituciones de responsabilidad civil*, Bogotá, Universidad Javeriana, Tomo I, segunda edición, 2006, p. 97, 98 y 104.

contractual. Surge un vínculo, más allá del deber de abstención, cuya defraudación puede dar origen a una acción contractual.

17. La información tiene por fin contribuir a formar un consentimiento contractual más claro y reflexivo, o lo que es lo mismo, a evitar que el consentimiento pueda resultar afectado o viciado. Ahora bien, se podría pensar que la violación del deber precontractual de información supone una ampliación de la teoría general de los vicios del consentimiento, un nuevo juicio de reproche cuando éste es prestado como consecuencia de información defectuosa. Surgiría una nueva obligación de información completa y veraz que incide en la sinergia que debe existir entre la oferta y la aceptación. Ese deber de información debería, por lo tanto, “positivizarse”. Su expresión normativa podría hacerse en la parte dedicada a los vicios del consentimiento o en la referida al perfeccionamiento del contrato o en la norma que recoge el principio de la buena fe y decir, por ejemplo, que “todos los contratantes tienen derecho a recibir información exacta, completa y comprensible sobre cuantos hechos pueda comprender su consentimiento”<sup>25</sup>.

Algunos anotan que la obligación de informar vendría a complementar, no a sustituir, otros conceptos como el del dolo y el de la buena fe<sup>26</sup>; empero, por la trascendencia que esa obligación ha asumido, podría pensarse en elevarla a causal autónoma e independiente dentro de la teoría general de los vicios del consentimiento o verla, desde el punto de vista dogmático, como expresión concreta del deber genérico de comportarse de buena fe, es decir, que la ejecución de la prestación de informar resultaría ser una de las formas de concreción específica del deber abstracto de actuar de buena fe.

18. Un tratamiento normativo perspicaz y agudo del deber precontractual de información se impone, *inter alia*, porque nos encontramos en la edad de la

---

<sup>25</sup> Cfr. PEDRO ANTONIO PÉREZ. *La información en la contratación privada*, ob cit, p. 359.

<sup>26</sup> *Ibidem*, p 357.

información, por la omnipresencia de contenidos publicitarios, por la estandarización de las formas contractuales, por la vulgarización cada vez mayor de la contratación con la ayuda de ordenadores, por el auge de formas de expresión del consentimiento automatizadas (el doble *click* ha sido considerado una forma de expresión del consentimiento) y, en fin, por cuanto en razón de la presencia permanente de “contratos con asimetría de poder contractual entre las partes” se requiere, en postura progresista, reconocer que esa asimetría se resuelve, en cierta medida, con información exacta, suficiente y completa. Empero, se debe insistir en que el alcance del deber de información es difícil fijarlo en abstracto en la medida en que él depende, en concreto, de las condiciones personales de las partes y de la naturaleza y objeto del contrato.

19. Además, la necesidad de regular el deber precontractual de información surge precisamente porque las leyes del mercado han eliminado la libertad contractual en una de sus formas de expresión, esto es, en cuanto a la facultad de configurar el contenido de los negocios jurídicos y no queda otro camino de protección para los ciudadanos comunes y corrientes que el de recibir previo a la emisión del consentimiento, o al acto de adhesión, información clara, idónea y suficiente o, como dice el *Código de defensa do consumidor* del Brasil<sup>27</sup> “información veraz, clara y completa”. Su omisión o deficiencia puede ser causa de invalidez del negocio o causa de incumplimiento contractual.

20. Es emblemática la expresión “consentimiento informado” que se utiliza en el tema de las ciencias médicas para significar que los pacientes deben ser suficientemente informados sobre los efectos de las operaciones, trasplantes o tratamientos que se realicen o se apliquen en ellos, en la medida en que esa sería la fórmula sugerida para aquellas relaciones jurídicas en donde exista asimetría de poder contractual. Un consentimiento debidamente informado, sin duda, le da seguridad jurídica a los contratos con contenido predispuesto. No hay que olvidar,

---

<sup>27</sup> Ley 8078 de 1990.

como afirma la doctrina francesa, que el “consentimiento sigue siendo el elemento primordial creador de la obligación”<sup>28</sup>.

21. Siempre en esta misma línea de destacar la importancia que ha asumido el deber precontractual de información, se observa que la libertad de formas pregonada por doquier y expresada en cualquier codificación moderna tiene como contrapartida cierto renacimiento del formalismo tendiente a la debida información de los particulares; “la celeridad del comercio es limitada por la existencia de contratos en los que la ley pone el consentimiento en ralenti como una reglamentación contra las tentaciones”<sup>29</sup>. La finalidad de la información no es otra, se insiste, que la de conseguir un consentimiento más libre, claro y reflexivo.

22. El deber de información es recogido expresamente por el Proyecto Gandolfi o proyecto de Código Europeo de Contratos con el siguiente tenor: “1. En el curso de los tratos preliminares, cada parte tiene el deber de informar a la otra sobre todas y cada una de las circunstancias de hecho y de derecho, que conoce o debe conocer, y que permitirían a la otra parte adquirir conciencia de la validez del contrato y del interés en su celebración. 2. En caso de omitir la información, o declaración falsa o reticente, si el contrato no se ha celebrado, o está viciado de nulidad, la parte que ha faltado a la buena fe responderá frente a la otra en la medida prevista en el artículo 6º, apartado 4º [es decir, “la parte que ha actuado contra la buena fe está obligada a reparar el daño sufrido por la otra hasta el máximo de los gastos comprometidos por esta última en el curso de los tratos preliminares con vistas a la celebración del contrato, así como la pérdida de ocasiones similares causada por los tratos pendientes”]. Pero si el contrato ha llegado a perfeccionarse, restituirá la suma recibida o abonará la indemnización

---

<sup>28</sup> H.L. y J. MAZEAUD-F. CHABAS, *Lecons de Droit Civil*, II, I, Paris, 1985, 265.

<sup>29</sup> ATILIO ANÍBAL ALTERINI, “La tutela de la parte débil del contrato en el nuevo código civil brasileño”, en AA.VV. *Roma e America. Diritto romano comune. Revista de derecho de la integración y unificación del derecho en Europa y América Latina*, No. 16/2003, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004, p. 178

que el Juez estime conforme a la equidad, salvo el derecho de la otra parte a impugnar el contrato por error”.

De esta disposición se destaca sobre manera la regla según la cual en los tratos preliminares “cada parte tiene el deber de informar a la otra sobre todas y cada una de las circunstancias de hecho y de derecho”. Si se infringe el deber de informar y no ha habido contrato, el recurso es el principio de la buena fe. Por el contrario, si ha habido contrato, hay derecho a solicitar indemnización de perjuicios, cuyo monto será estimado por el juez con base en el criterio de la equidad; sin perjuicio de que el afectado pueda impugnar la validez del contrato con base en el error.

Para el proyecto de Código Europeo de Contratos, pues, la falsa información es un supuesto de responsabilidad precontractual y si el contrato ya ha sido perfeccionado puede impugnarse su validez, pero no por una causal autónoma, sino por el tradicional vicio del error. Es decir que en este proyecto si existe omisión de información, o es falsa o reticente y el contrato ya se perfeccionó, la parte afectada podrá impugnar el contrato o al afectado se le “abonará la indemnización que el juez estime conforme a la equidad”.

23. En razón de la contratación electrónica (*click wrap agreements*) y específicamente por la forma como se accede a sus términos y condiciones generales se habla de la “desintegración del consentimiento” para significar que en el entorno electrónico el requisito del consentimiento ha perdido fuerza, al punto que no se exige a las partes para que haya contrato, manifestaciones claras de un acuerdo, ni es necesario conocer los términos y condiciones generales para quedar obligados por ellos<sup>30</sup>.

---

<sup>30</sup> LEMLEY, Mark . *Terms of use*. En Minnesota Law Review, Vol 91, University of Minnesota Law School, Minneapolis, 2006. HUGO POLANCO, *Formación del consentimiento en la contratación electrónica*, Tesis de Maestría en Derecho comercial, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2009, p. 83 y 84: “La forma como se accede a los términos y condiciones generales en la contratación electrónica establece retos para la concepción tradicional del consentimiento. Para Mark A. Lemley estamos ante la desintegración del consentimiento, la cual es resultado de la confluencia de tres diversos elementos en el contexto en línea: 1. La

No obstante ello, llama la atención que en cuanto al respeto a la “integridad de consentimiento” el artículo 1110 del Anteproyecto de reforma del Código Civil francés señala que “El contratante que conoce o debe conocer una información cuya importancia sabe que es determinante para la contraparte, tiene el deber de transmitírsela. Sin embargo, este deber de información no se da sino a favor de quien estuvo en imposibilidad de informarse por sí mismo o de quien pudo confiar legítimamente en su contraparte, especialmente en razón de la naturaleza del contrato o de la calidad de las partes. A quien se pretende acreedor de la obligación de información incumbe la prueba de que la otra parte conocía o debía conocer la información retenida, en tanto que quien tiene la información habrá de probar que satisfizo su deber. Se consideran pertinentes las informaciones que tengan una relación directa y necesaria con el objeto o la causa del contrato”<sup>31</sup>.

Obsérvese que ese deber de información es a favor de quien está en imposibilidad de informarse por sí mismo o de quien confía en el otro sujeto contractual, es decir, que la existencia del deber no excluye de parte del otro sujeto la carga de cuidado y sagacidad que se debe tener en los negocios que le incumben. Por ello se hubo de afirmar atrás que el cumplimiento del deber de informar y la carga de informarse se debe apreciar de acuerdo con la naturaleza del contrato y, por supuesto, la calidad de las partes. Una cosa es el calibre del deber de informarse en el negocio pensado con el familiar o el amigo y otro será cuando se contrata con el extraño o el competidor. Nótese además que hay un expreso reconocimiento a una forma de protección del consentimiento, para que se tome una decisión informada, diferente de los tradicionales vicios del consentimiento.

---

facilidad con la cual la contratación electrónica permite la imposición de contratos tipo a un gran número de usuarios anónimos (contratos *click*), 2. La cada vez mayor aceptación judicial de las licencias *shrinkwrap* (contratos *shrinkwraps*), y 3. La superposición entre contratos y conceptos de propiedad (contratos *browse*)”.

<sup>31</sup> Anteproyecto de reforma del Código Civil Francés, trad: Fernando Hinestrosa, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2006, p. 168 y 169.

24. En el contrato de transporte de cosas el remitente estará obligado a informarle al transportador al momento de la entrega las características relevantes de la mercancía objeto del contrato. La omisión, falsedad o deficiencia de la información hace responsable al remitente ante el transportador y el destinatario. La importancia de ese deber de información radica en que el transportador responde de conformidad con lo que a él se le diga o informe<sup>32</sup>.

Ahora bien, “cuando el remitente haya hecho una declaración inexacta respecto de la naturaleza de las cosas, el transportador quedará libre de toda responsabilidad derivada de esa inexactitud, salvo que se demuestre que la inejecución o ejecución defectuosa de sus obligaciones se debe culpa suya”<sup>33</sup>.

Cuando el remitente declare un mayor valor de las cosas, “el transportador sólo estará obligado a pagar el ochenta por ciento (80%) del valor probado que tuviere la cosa perdida en el lugar y fecha previstos para la entrega al destinatario”. En esta hipótesis, además, no hay lugar al reconocimiento del lucro cesante<sup>34</sup>.

Se observa, pues, los efectos legales por el incumplimiento del deber de información de parte del remitente en el contrato de transporte. El legislador no pone en entredicho la existencia o validez del contrato, a pesar de la deficiencia en la información, pero la reprime recurriendo a los perjuicios o en caso de pérdida de mercancía sobrevalorada o de valor no informado, limitando la responsabilidad al 80% del valor probado.

---

<sup>32</sup> Señala el artículo 1010 del Código de Comercio en el inciso primero lo que sigue: “El remitente indicará al transportador a más tardar al momento de la entrega de la mercancía, el nombre y la dirección del destinatario, el lugar de la entrega, la naturaleza, el valor, el número, el peso, el volumen y las características de las cosas, así como las condiciones especiales para el cargue y le informará cuando las mercancías tengan un embalaje especial o una distribución técnica. La falta, inexactitud o insuficiencia de estas indicaciones hará responsable al remitente ante el transportador y el destinatario de los perjuicios que ocurran por precauciones no tomadas en razón de la omisión, falsedad o deficiencia en dichos casos”.

<sup>33</sup> Inciso cuarto del artículo 1010 del Código de Comercio.

<sup>34</sup> Inciso sexto del artículo 1031 del Código de Comercio.

El contrato de transporte suele concurrir o interactuar con el contrato de seguro de mercancías transportadas. El problema surge cuando el remitente, quien es al mismo tiempo asegurado, declara en relación con una misma mercancía y por época similar dos cifras: una al momento de efectuar la remisión y otra distinta cuando se efectúa el riesgo asegurable, en este caso, el asegurador, salvo pacto en contrario, una vez acontezca el siniestro, sólo pagará el valor declarado por el remitente al transportador, suma que se considera integrada por aspectos como el valor de la mercancía, más los embalajes, impuestos, fletes y seguros<sup>35</sup>.

25. En el contrato de seguro se reconoce el deber recíproco de información entre las partes. Respecto del asegurado se le impone la obligación de declarar el estado del riesgo<sup>36</sup>. La conformidad de lo que se declara con la realidad de las circunstancias o hechos determinantes del estado del riesgo, constituye un criterio

---

<sup>35</sup> El artículo 1122 del Código de Comercio señala: “En los seguros relativos al transporte terrestre, si éste lo realiza un tercero, salvo pacto en contrario, la indemnización por concepto de daño emergente a cargo del asegurador tendrá como límite máximo el valor declarado por el remitente según el inciso tercero del artículo 1010, o en su defecto, el valor determinado conforme al inciso sexto del artículo 1031 de este código”. Para la Corte Suprema de Justicia: “La necesidad de cohesionar algunos aspectos de dichos contratos obedeció a que al transportador y al asegurador el afectado les reportaba información diversa y hasta contradictoria, no obstante estar referida a la misma mercancía, reflejo de que el remitente solía apartarse de las situaciones jurídicas creadas en el inmediato pasado, sin más justificación que su propia determinación y provecho. Tales modificaciones del estatuto mercantil pretendieron avivar una de las características fundamentales de la contratación contemporánea, concretamente, la de la buena fe (*bona fidei*), la que de suyo brota desconocida cuando el remitente declara, itérase, en relación con una misma mercancía y por época similar: una al momento de efectuar la remisión y otra distinta cuando se estipula el valor del riesgo asegurable”: Sala de Casación Civil, sentencia de 9 de agosto de 2007, Magistrado Ponente: Pedro Munar Cadena.

<sup>36</sup> Artículo 1058 del Código de Comercio. **Declaración del estado de riesgo.** “El tomador está obligado a declarar sinceramente los hechos o circunstancias que determinan el estado del riesgo, según el cuestionario que le sea propuesto por el asegurador. La reticencia o la inexactitud sobre hechos o circunstancias que, conocidos por el asegurador, lo hubieren retraído de celebrar el contrato, o inducido a estipular condiciones más onerosas, producen la nulidad relativa del seguro.

Si la declaración no se hace con sujeción a un cuestionario determinado, la reticencia o la inexactitud producen igual efecto si el tomador ha encubierto por culpa, hechos o circunstancias que impliquen agravación objetiva del estado del riesgo.

Si la inexactitud o la reticencia provienen de error inculpable del tomador, el contrato no será nulo, pero el asegurador sólo estará obligado, en caso de siniestro, a pagar un porcentaje de la prestación asegurada equivalente al que la tarifa o la prima estipulada en el contrato represente respecto de la tarifa o la prima adecuada al verdadero estado del riesgo, excepto lo previsto en el artículo 1160.

Las sanciones consagradas en este artículo no se aplican si el asegurador, antes de celebrarse el contrato, ha conocido o debido conocer los hechos o circunstancias sobre que versan los vicios de la declaración, o si, ya celebrado el contrato, se allana a subsanarlos o los acepta expresa o tácitamente”.

importantísimo para fijar la proporcionalidad entre la prima que beneficie al asegurado y la probabilidad de que el riesgo se materialice, lo que en últimas constituye el *quid* o razón de ser del negocio asegurador.

Así pues, contrario a lo que ocurre en el régimen común de los contratos, en el derecho de seguros la buena fe por ser ubérrima no se presume, lo que comporta una mayor carga para quien le corresponde probar haber actuado conforme con las expectativas de rectitud y confianza que ha generado.

El negocio asegurador se encuentra envuelto en una técnica matemática y estadística que *per se* lo hace complejo e ininteligible para el profano; en esa medida el asegurador deberá, como buen profesional de los negocios, cumplir con la carga de claridad al momento de exponer los pormenores del negocio, tanto en los formularios que pone a consideración de sus potenciales clientes como en su ilustración espontánea.

En efecto, en el primer caso la sola falta de sinceridad acarrea nulidad relativa del seguro, en cambio, cuando no hay cuestionario de preguntas por escrito, para que la omisión o discordancia genere la sanción de disminución proporcional de la indemnización, la misma debe ser culposa y determinante para agravar la posibilidad de advenimiento del suceso calamitoso. En últimas, la precisión en las preguntas se constituye en el mejor mecanismo de defensa para que el asegurador pueda evitar consecuencias adversas a sus intereses.

La tendencia a extender la protección de los derechos del consumidor a otras formas contractuales, ha propiciado una nueva ola garantista de los derechos de la parte débil en una economía de consumo caracterizada por la estandarización de los contratos, como dan razón, sendos fallos del Consejo de Estado que

evidencian un profundo activismo jurídico para sancionar a comercializadores y productores por publicidad engañosa<sup>37</sup>.

Ahora bien, la naturaleza de carga que se le atribuye a la declaración “veraz y certera del estado del riesgo”<sup>38</sup>, no exime al tomador del seguro de las sanciones por inexactitud o reticencia que contempla el artículo 1058 del Código de Comercio: la declaración de nulidad relativa del seguro y la disminución proporcional de la prestación asegurada, ambas declaradas conforme con la Constitución<sup>39</sup>.

Correlativo al deber de información para el tomador, se encuentra el del asegurador, pero esta vez, no sólo bajo la égida de reglas de convivencia y solidaridad implícitas en el giro ordinario del comercio, sino además, bajo la adaptación de mecanismos previstos por el ordenamiento para sancionar su omisión, entre los cuales se destacan: *i)* la exigencia de una mayor intensidad respecto de la carga de la prueba; *ii)* la imposición de sanciones administrativas por infracción de los requisitos formales de expedición de pólizas y; *iii)* un redimensionamiento de la responsabilidad civil extracontractual por publicidad disconforme.

No ha sido ajeno nuestro derecho a la discusión acerca del grado de influencia del régimen general de vicios de la voluntad en el terreno del derecho de seguros. Lo anterior frente a posiciones encontradas, donde las más de las veces se excluye la opción de alternar regímenes, o en otras, donde la remisión es bien vista al

---

<sup>37</sup> Consejo de Estado, sentencia de 30 de junio de 2005, Magistrado ponente: Jesús María Lemos Bustamante y sentencia de 19 de noviembre de 2009, Magistrada Ponente: María Claudia Rojas Lasso. En la primera se lee: “La extensión de las normas que prevén sanciones al productor cuando comete actos de publicidad engañosa a los comercializadores se hizo con base en una interpretación teleológica de las disposiciones, orientada a lograr el efecto útil de las normas que protegen a los consumidores frente a los abusos cometidos por aquellos”.

<sup>38</sup> Cfr. ANDRES ORDOÑEZ. *Lecciones de Derecho de Seguros*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, T. 3, 2008, p. 19.

<sup>39</sup> Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-232 de 1997.

considerar que el régimen especial previsto en el artículo 1058 está orientado a regular de manera exclusiva el error, en su faceta de predeterminado o inducido<sup>40</sup>, trazando así, una delgada línea con el dolo incidental, que sólo se puede ensanchar con los rasgos propios de las consecuencias previstas para la inexactitud o reticencia, tales como: la enervación del efecto retroactivo de la declaratoria de nulidad a fin de preservar la obligación de pago de la prima, con su correlativa retención por parte del asegurado y, la disminución proporcional de la indemnización por error inculpable o inocente, donde en *stricto sensu* no se está sancionando un actuar desleal sino el efecto de ese descuido.

Para enfrentar el problema se solía acudir a la teoría de los vicios de la voluntad, en un intento vano de corregir eventuales imprecisiones o verdaderas inducciones a engaño, lo cual, indudablemente, se prestó para abusos e inequidades contractuales, en especial por parte del asegurado, quien frente a cualquier asomo de imprecisión o inconsistencia en la declaración de probabilidad de acaecimiento del riesgo resultaba indemne, comoquiera que para que se surtiera el efecto de terminación del contrato se necesitaba que versara sobre un aspecto esencial del riesgo, para la configuración del siniestro.

Hoy el escenario es diferente: para que opere la nulidad relativa del seguro no se requiere el requisito de la sustancialidad de la inexactitud o reticencia, basta que dichos elementos de conocimiento hayan sido suficientes para no aceptar el cubrimiento del riesgo o adoptarlo pero bajo condiciones más onerosas. En este orden de ideas, quien mejor para ilustrar el estado del riesgo que quien se expone directamente al siniestro, es decir, el titular del interés asegurable.

Por otra parte, no se podría abordar un estudio del régimen legal de inexactitud o reticencia en el contrato de seguro, sin analizar la peculiar manera como se trata el tema de la culpa, por ello valga precisar que por la especial exaltación de la

---

<sup>40</sup> ANDRES ORDOÑEZ, *Lecciones de derecho de Seguros, ob cit.*, p. 26.

buena fe, que la permite catalogar como de ubérrima, es que el criterio de la *utilitas contrahentio* consagrado en el artículo 1604 del Código Civil deviene inaplicable. Lo anterior teniendo en cuenta que dicho derrotero es propio de la etapa contractual y no de una relación jurídica en ciernes; y por otro lado, al exigirse la diligencia máxima de conducta para el declarante, la calificación de culpas resulta a todas luces inconsecuente. Por ello es por lo que el artículo 1058 *ibídem* habla de error inculpable a secas.

De modo pues que la culpa en el contrato seguros no es un elemento *sine qua non* para configurar su invalidez<sup>41</sup>, la verdadera esencia o fuente de inspiración del severo régimen de declaración sincera del tomador de la póliza en el estado del riesgo, fue mantener el principio del equilibrio contractual.

Otro aspecto relevante acerca de lo que el tomador debe declarar, lo genera lo siguiente: ¿hasta qué punto el deber de solidaridad y corrección que le atañe, puede suplir la carga de averiguación por parte del asegurador, es decir, de si quien vierte su designio negocial está obligado a declarar lo previsible, lo que no sabe o lo que debe saber, máxime en consideración a la ubérrima buena fe que le corresponde? La respuesta a esta inquietud bien podría resolverse con la premisa “la ignorancia de la ley no sirve de excusa”, pero a la orilla de la aplicación de una regla tan estricta, se debe buscar un criterio que atempere la arbitrariedad en la que se podría incurrir, como a buen seguro lo constituiría el criterio de lo razonable, lo que no excusa tanto al asegurador y al asegurado para agotar todo cuanto esté a su alcance para averiguar, por un lado lo pertinente, y por el otro lo que tiene que saber y no quiere develar.

Ahora bien, pese a que el régimen especial del artículo 1058 del Código de Comercio se aplica sin distinción alguna tanto para los seguros de daños como

---

<sup>41</sup> Cfr. FERNANDO HINESTROSA. *El deber de sinceridad del tomador del seguro en su declaración del estado del riesgo*, en Revista Ibero-Latinoamericana de Seguros, Bogotá, Universidad Javeriana, 2006, P. 131.

para los de personas, valga resaltar sobre este último, el fenómeno de la irreductibilidad como una importante excepción al mencionado régimen especial.

En efecto, el artículo 1160 *ibídem* consagra lo que para muchos es un término especial de caducidad para que el asegurador pueda hacer efectiva la sanción de disminución proporcional de la indemnización, que sólo opera para los casos del seguro de vida. En otras latitudes se le conoce bajo el nombre de la incontestabilidad, pero bajo el matiz de no estar circunscrita de manera indefectible al error inculpable.

Finalmente, debe mencionarse lo relativo al aviso al asegurador de la agravación del estado del riesgo previsto en el artículo 1060 del Código de Comercio, aspecto que si bien, en principio, pareciera alejarse del eje temático de este artículo, dedicado en esencia a la fase precontractual, por sus características específicas permite tener claro cuándo se asumen deberes de información posteriores a la celebración del contrato, mejor dicho, para que opere el deber de comunicación de la agravación del riesgo, es menester que los hechos o las circunstancias que hayan aumentado la probabilidad de realización del siniestro, no fueran previsibles al momento de realizar la respectiva declaración precontractual del estado del riesgo<sup>42</sup>.

26. En el derecho colombiano se expidió la ley 1328 de julio 15 de 2009 mediante la cual se reformó en algunos aspectos el régimen financiero, de seguros y el del

---

<sup>42</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 3 de marzo de 2009, Magistrado Ponente: Octavio Munar Cadena: “Pero las referidas circunstancias, además de agravar ‘el estado del riesgo’, deben ser imprevisibles, haber sobrevenido a la celebración del contrato y conocerlas el tomador o el asegurado. Esas características permiten diferenciarlas de otros supuestos que no pocas veces pueden confundirse con ellas; así, no son condiciones que agraven el riesgo, las siguientes: a) Cuando el tomador o asegurador no cumple cabalmente con la declaración precontractual del estado del mismo, ya que ese deber alude a la situación existente en el momento previo a la conclusión del contrato, mientras que la agravación ha de referirse a hechos nuevos que alteran las circunstancias que sirvieron de base a la misma; b) La exclusión del riesgo, hipótesis que, conforme a la delimitación efectuada en el seguro, está fuera de la cobertura; c) El aumento del valor de las cosas aseguradas, pues éste lo que produce es el incremento del interés asegurado, que será relevante para calcular la indemnización a cargo del asegurador, la cual, en todo caso, tendrá por límite el monto asegurado; d) La provocación del siniestro por culpa grave o dolo del asegurado, por cuanto estaría excluida de la cobertura del asegurador mediante la delimitación causal del riesgo”.

mercado de valores. En su título primero la nueva ley estableció un régimen de protección al consumidor financiero y dentro de este se destaca el reconocimiento normativo que adquirió en la contratación financiera la obligación según la cual la información debe ser “cierta, suficiente y oportuna” y en particular que “la información que se suministre previamente a la celebración del contrato, deberá permitir y facilitar la adecuada comparación de las distintas opciones ofrecidas en el mercado” y todo ello para que “el consumidor comprenda el contenido y funcionamiento de la relación establecida para suministrar un producto o servicio”. El incumplimiento de la obligación le da derecho al consumidor financiero de finalizar el contrato sin penalidad alguna, sin perjuicio de las obligaciones que según el mismo contrato la entidad financiera deba cumplir<sup>43</sup>.

27. Antes de la construcción de un centro comercial en la ciudad de Bogotá, el constructor a través de publicidad anunció que dicho centro tendría 1200 parqueaderos para vehículos, sin embargo al final de la obra resultaron sólo 890. El constructor fue demandado por no haber obrado de buena fe exenta de culpa en el período precontractual al construir el centro comercial “con un número de parqueaderos sustancialmente inferior al ofrecido públicamente y como consecuencia está obligado a pagar los perjuicios compensatorios a la copropiedad demandante”. El constructor fue absuelto en esencia porque el proyecto inicial podía ser modificado. En efecto, se consideró que los adquirentes habían sabido que el proyecto quedaba sujeto a variaciones, las que de hecho se presentaron.

Si bien la sentencia no fue revocada, la Corte Suprema hubo de analizar el tema de la publicidad engañosa no desde el punto de vista de los vicios del consentimiento, sino desde la perspectiva del moderno deber de informar y cuyo incumplimiento puede dar lugar a indemnización de perjuicios: “Independientemente de la obligatoriedad de la oferta, cuando la invitación a

---

<sup>43</sup> Cfr., artículos 9, 10 y 11 de la ley 1328 de 2009.

contratar se realiza por conducto de una publicidad no puede, no debe, descartarse un eventual daño a sus destinatarios y su condigna reparación, si es que publicidad tal no se hace con apego a la sinceridad y seriedad que es de esperarse, de modo de inferir que la confianza del consumidor ha sido traicionada. Nadie discute hoy por hoy que al consumidor le asiste el derecho de estar informado, y ojalá bien informado. Ya incluso existen normas positivas que lo requieren sin atenuantes, verbigracia los artículos 20 y 78 de la Carta Política, donde de un lado se confiere rango constitucional al derecho a recibir información veraz y, de otro, se confiere a la ley la misión de controlar la información dada en la comercialización de los bienes y servicios ofrecidos y prestados a la comunidad, en protección de los derechos colectivos, y el decreto 3466 de 1982, que en lo pertinente prescribe que toda información que se dé al consumidor acerca de los componentes y propiedad de los bienes y servicios que se ofrezcan al público ‘deberá ser veraz y suficiente’ [...] y se prevé, además, que para la correspondiente indemnización de perjuicios, los afectados puedan recurrir a los trámites previstos para el proceso verbal [...] todo lo cual puede ubicarse en la fase precontractual, por cuanto ésta comprende un conjunto de relaciones y de contactos entre las partes, cuya relevancia puede ser diversa, según el avance de la negociación (con el nacimiento eventual de una relación vinculante) y no solamente la oferta, como una etapa de mayor acercamiento entre los interesados”<sup>44</sup>.

28. La Corte Suprema de Justicia definió un litigio en el cual se discutió el abuso de la información en la etapa previa a la formación del contrato de parte de los accionistas mayoritarios en relación con los precios de las acciones que después fueron cedidas por los minoritarios. La Corte consideró tal proceder como un abuso en la posición contractual<sup>45</sup>. El Tribunal de instancia consideró que había

---

<sup>44</sup> Corte Suprema de Justicia, sala de Casación Civil. Sentencia de 13 de abril de 2001, Magistrado Ponente: Manuel Ardila Velásquez.

<sup>45</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia de 1 de abril de 2003, M.P.: JORGE SANTOS BALLESTEROS. Aquí se lee: “ [...] se parte de la base de que sí hubo cumplimiento del contrato de venta de las acciones, pero que en el proceso de formación del mismo, la sociedad compradora incurrió en

habido de parte del grupo mayoritario de la sociedad “una especie de desviación de poder, manipulando información tal como la atinente al proyectado aumento de capital y la exageración de circunstancias de pánico financiero, amén de los pronósticos de restricción de dividendos”. Es decir que el grupo mayoritario con el fin de hacerse a las acciones por un precio muy inferior a su valor comercial, ocultó a los accionistas minoritarios, información pertinente a la realidad financiera y funcional de la sociedad e, incluso, llegó a manipular a los administradores de la sociedad.

Para la Corte Suprema, con la presencia de conductas abusivas (manipulación de información) por parte de los demandados durante el proceso de negociación y formación del contrato de venta de acciones, se configuró una lesión al interés de confianza<sup>46</sup>, que se materializó en la sustancial diferencia entre el valor que se pagó por cada acción y su real valor comercial. La Corte esbozó la lesión al interés de confianza, pero no refutó al tribunal en la idea según la cual la fuente de la indemnización decretada había sido el abuso del derecho. Sin embargo, da la impresión de que el fundamento de la Corte para decretar el ajuste de la indemnización no fue el abuso del derecho en la manipulación de la información, sino la protección del interés de confianza que resultó vulnerado por el comportamiento de la sociedad compradora al adquirir las acciones a un precio notoriamente inferior al valor que tenían en el momento del acuerdo de venta, “configurándose por tanto, una lesión al interés de confianza que los contratantes

---

prácticas abusivas con un contenido perjudicial para la otra parte, que dieron lugar a que el precio acordado fuese el producto de la manipulación de información y fuera así notoriamente inferior al valor que tenían las acciones en el momento del acuerdo de venta, configurándose por tanto, una lesión al interés de confianza que los contratantes se debían entre sí, y que en este caso concreto se patentiza y queda dilucidada por la diferencia entre el valor comercial de las acciones al momento de la venta y el precio recibido por ellas”.

<sup>46</sup> La Corte señala: “En el abuso del derecho que aquí se trata, debe aplicarse el mismo tratamiento jurídico que la doctrina más acreditada (v.gr. Cupis, el Daño, p. 356) destina a la determinación de los daños que se irrogan en caso de culpa in contrahendo, esto es, tratamiento que parte de la base de la violación de un interés de confianza, pero obviamente teniendo en cuenta que los supuestos de hecho de la culpa in contrahendo (ruptura abrupta de negociaciones, nulidad provocada conocida o conocible) tienen sus particulares aristas frente al del abuso del derecho en la formación de un contrato válido, la principal referida a la lesión de una situación patrimonial consolidada para el caso de esta última figura al paso que sólo por excepción, se reconocerá la pérdida de una oportunidad, en la culpa in contrahendo del artículo 863 del Código de Comercio (cfr. Sentencia de Casación Civil de 27 de junio de 1990, G.J. 2439, p. 305)”.

se debían entre sí”. Y esto es bueno resaltarlo, porque si bien se llega al resultado que se espera, lo cierto es que conceptualmente una cosa es la responsabilidad que se deriva por el ejercicio abusivo de un derecho subjetivo (en este caso del poder de negociación) y otra cosa es la responsabilidad proveniente del quebranto del interés de confianza. Si bien para llegar al resarcimiento del perjuicio en ambas hipótesis se ha de recurrir a los criterios tradicionales de la responsabilidad civil (daño emergente, lucro cesante), lo cierto es que la violación al interés de confianza no puede identificarse con el abuso del derecho. Y es que en efecto una cosa es la responsabilidad *in contrahendo* cuando el contrato no se ha perfeccionado y otra cosa es la responsabilidad contractual cuando el contrato sí lo ha sido. En otras palabras, es discutible configurar una *responsabilidad in contrahendo* cuando el contrato ha sido válidamente celebrado.

29. En laudo que resolvió las controversias suscitadas con ocasión de la compra de acciones por parte de EPM E.S.P. a TV. Cable S.A., el Tribunal Arbitral, frente al argumento presentado por la Compañía de televisión por suscripción de no haber sido informada respecto del descuento imputado al precio de los 26.500.000 títulos de participación vendidos, por concepto de pago de la estampilla de la Universidad de Antioquia, sostuvo como teoría del caso, no haber existido ningún quebranto al deber de información precontractual, comoquiera que visto el caso concreto, el vendedor llevaba a costas la carga de diligencia de informarse acerca de la existencia de la precitada obligación impositiva. De modo pues que el deber precontractual de buena fe no tuvo en este caso la entidad suficiente, para eclipsar la carga de previsibilidad o diligencia propia de un buen hombre de negocios<sup>47</sup>.

30. En una decisión arbitral los árbitros acogieron la tesis del demandante en el sentido de que su cliente no había sido correctamente informado por el demandado sobre el valor real de las acciones que ambos se intercambiaron para

---

<sup>47</sup> Cámara de Comercio de Bogotá, laudo de 27 de noviembre de 2007, árbitros: Álvaro Mendoza Ramirez, Carmenza Mejía y Carlos Arrieta.

liquidar una relación comercial cercana a los treinta y cinco años de trabajo. El demandante buscó que se declarara que la falta de obrar de buena fe de los demandados había lesionado el interés de confianza que los contratantes se debían entre sí. El tribunal consideró que en razón de la amistad y de la confianza que había entre las partes, la información que debía recibir el demandante debería ser cierta<sup>48</sup>.

Uno de los hechos fundamentales del litigio consistió en que previo a la suscripción del convenio, el demandado favorecido con la transacción, elaboró, con la ayuda de un experto, un estudio financiero de cada una de las empresas y el cual sirvió de referencia económica para que se suscribiera el convenio extintivo de la relación jurídica. Además, entre las familias de ambos comerciantes se había desarrollado un negocio de carácter familiar y la informalidad había sido la nota característica de la relación. Para el Tribunal esas circunstancias subjetivas, personales y familiares obligaban a las partes a obrar en desarrollo de su relación con especial exquisitez y delicadeza. Así mismo, la carga de lealtad y corrección en negocios jurídicos entre quienes ha existido una amistad, se debe caracterizar por un mayor rigor y transparencia.

El informe financiero presentado al demandante contenía una información de las sociedades que iban a ser objeto de intercambio y el cual influyó en la negociación y especialmente en la determinación del precio que las partes le dieron al valor de las acciones y cuotas sociales que ellas o sus familiares tenían en las sociedades objeto de negociación. Dicho informe, pues, estuvo destinando a orientar el sentido y las cifras de la negociación con el demandante. Pero los ajustes contables que en él se proponían nunca se introdujeron y las predicciones acerca del ominoso futuro que le esperaba a una de las sociedades tampoco se cumplieron.

---

<sup>48</sup> Cámara de Comercio de Bogotá, laudo de 29 de noviembre de 2006, árbitros: Héctor Marín Naranjo, Cesar Hoyos y Ernesto Rengifo García.

Se le pudo endilgar al demandante falta de curia en la comprobación de la realidad financiera y comercial de las sociedades cuyas acciones o cuotas estaba negociando, pero la buena fe y el principio de confianza, en relaciones de estrecha colaboración, de vieja data y basadas en credibilidad y fe recíprocas, surgen como delimitadores del deber objetivo de cuidado de quien basado en antecedentes confía en que su parte contractual va a obrar con entera corrección y lealtad. En virtud del principio de confianza, pues, era obvio que el demandante confiara en todo aquello que el demandado le dijese respecto del estado financiero de las empresas. Para el Tribunal, el nivel de diligencia en la comprobación de factores esenciales de un negocio jurídico entre amigos, se merma en razón precisamente de la amistad y de la ubérrima *bona fides* que debe guiar la conducta de especiales contratantes.

La regla que se extrae de este precedente es que el cumplimiento de un contrato puede verse comprometido cuando se viola el principio de la buena fe y ello puede dar lugar a indemnización de perjuicios. “El propio cumplimiento queda comprometido si en él no se han respetado las reglas de la buena fe”<sup>49</sup>. En relaciones jurídicas gobernadas por la confianza, la buena fe emerge como control de conducta de sus intervinientes y en el propósito de que el contrato refleje y se preserve como un reglamento sensato de intereses. La buena fe, pues, refulge en el campo contractual, como medio o control de los contratantes al imponerles deberes de conducta de lealtad, corrección e información y cuyo incumplimiento es rechazado por el ordenamiento.

Un análisis en la fase de formación del contrato, que resultó no veraz y que por contera afectó el equilibrio del contrato, infringió el deber de obrar con lealtad; por lo tanto, dicha infracción fue objeto de indemnización en razón del perjuicio ocasionado al demandante y a su familia en la medida en que se ejecutó un contrato desproporcionado. Ese incumplimiento del deber de lealtad, de la buena

---

<sup>49</sup> FERNANDO FUEYO LANERI. *Cumplimiento e incumplimiento de las obligaciones*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2004, p. 187.

fe, causante de un daño que se expresó en el inequitativo convenio extintivo fue la causa de la indemnización de perjuicios decretada.

31. Después de este *excursus* doctrinario, normativo y jurisprudencial, a manera de conclusión se señala lo que sigue:

Puede suceder que un contrato se celebre y que el error de conducta consista en no habersele informado suficientemente al acreedor acerca de sus derechos y obligaciones y, por lo tanto, la parte ignorante termina celebrando un contrato válido pero desventajoso para ella, todo debido a que la parte concedora omitió advertirle de los alcances y límites del contrato. En este caso, entonces, hay una hipótesis de responsabilidad civil por violarse el deber de información.

En todo contrato subyace una obligación general de lealtad tanto en su formación como durante su ejecución, así en relación con específicos tipos contractuales la ley guarde silencio al respecto. Y el fundamento de esa obligación es el principio de la buena fe que debe primar entre los contratantes<sup>50</sup>.

La extensión del contenido del deber de información no es definible en términos abstractos, en cuanto debe ser en concreto graduada con base en las condiciones personales y profesionales de las partes y según la naturaleza y el objeto del

---

<sup>50</sup> Véase JAVIER TAMAYO JARAMILLO. *La obligación de lealtad durante el período precontractual, con énfasis en los contratos de seguros y transporte*, en *Estudios de Derecho Civil*, en AA.VV *Obligaciones y contratos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, tomo III, 2003, p. 431.

Se sabe que la buena fe integra y enriquece el contenido contractual: “Las aplicaciones concretas del principio [buena fe], como verdadera fuente de integración, se presentarán particularmente en los contratos en los que el elemento confianza sea esencial, pues es en estos negocios jurídicos en los que la buena fe adquiere protagonismo especial para integrar la norma reguladora, originando derechos y deberes específicos y propios. [...] Pues bien, lo que podríamos denominar como ‘buena fe integradora’ produce un enriquecimiento del contenido contractual, ya que a través de ella se dota de un sentido más amplio a los deberes creados por el negocio jurídico y también se crean una serie de deberes especiales, que atienden particularmente a la naturaleza del contrato y a su finalidad.: ARTURO SOLARTE RODRÍGUEZ, *La buena fe contractual y los deberes secundarios de conducta*, en *Universitas*, Bogotá, publicación de la Universidad Javeriana, diciembre de 2004, No. 108, p. 301 y 302.

contrato. Pero sí es pertinente decir que todo aquello que sirva para robustecer y fortalecer el consentimiento debe ser informado. De ahí que se haya dicho que la información debe ser exacta, suficiente y completa. Y que “En el curso de los tratos preliminares, cada parte tiene el deber de informar a la otra sobre todas y cada una de las circunstancias de hecho y de derecho, que conoce o debe conocer, y que permitirían a la otra parte adquirir conciencia de la validez del contrato y del interés en su celebración”, tal como señala el proyecto de Código Europeo de Contratos.

El deber precontractual de información debe tener carácter general y, por lo tanto, operar en cualquier tipo de contrato. En nuestro derecho privado ese deber de informar está consagrado, no como principio general, sino en hipótesis específicas: cuando se reglamenta el tema de los vicios ocultos de la cosa en materia de compraventa, arrendamiento, comodato y mutuo; en los contratos de seguro terrestre y marítimo; en el contrato de transporte terrestre de cosas y en el Estatuto del Consumidor en donde se le impone al productor avisar al consumidor acerca de la calidad e idoneidad de los bienes o servicios que ofrece, de su nocividad, de sus condiciones de correcta utilización, de su fecha de expiración. Ante este estado de cosas, es decir, ante la ausencia como principio o regla general de la contratación, se recurre a la teoría tradicional de los vicios del consentimiento (el error principalmente) o la idea según la cual el deber de información hace parte del deber genérico de comportarse de buena fe. Y la buena fe permea, por supuesto, todo el *iter* contractual y cualquier tipo negocial.

