

TIPICIDAD Y ATIPICIDAD
DE LOS DEBERES PRECONTRACTUALES DE INFORMACIÓN*
[“Typical and Atypical Precontractual Duties of Information”]

IGNIGO DE LA MAZA GAZMURI**
Universidad Diego Portales, Santiago de Chile

RESUMEN

El estudio de los deberes precontractuales de información suele considerarse un campo en el que impera la confusión. En estas páginas interesa advertir, en primer lugar, que dicha confusión se encuentra relacionada con la complejidad que supone la presencia de intereses diversos y contradictorios. En segundo lugar, se afirma que es posible aligerar la confusión si se distingue entre deberes precontractuales de información típicos y atípicos. Finalmente, en tercer lugar se muestran algunas enseñanzas que pueden extraerse a partir de esta distinción.

PALABRAS CLAVE: Información – Deberes precontractuales – Buena fe – Tipicidad.

ABSTRACT

The study of the pre-contractual duties of information has been usually considered to be dominated by confusion. Firstly, our aim is to notice that said confusion is related to the complexity inherent to the presence of diverse and conflicting interests. Secondly, it is asserted that it is possible to clarify the confusion if the difference between *typical* and *atypical* pre-contractual duties of information is made. Finally, in the third place, some lessons drawn from that distinction are shown.

KEYWORDS: Information – Precontractual duties – Good faith – *Typical duty*.

* Este artículo se enmarca en el Proyecto FONDECYT regular N° 1100029 sobre los deberes precontractuales de información en el Derecho chileno.

** Profesor Investigador de Derecho civil en la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales. Dirección postal: República 105, Santiago de Chile. Correo electrónico: inigo.delamaza@udp.cl

I. CONFUSIÓN Y COMPLEJIDAD EN EL TEMA

1. *Confusión en el tema.*

En la 6ª edición de sus *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, Díez-Picazo dedica, por primera vez, un apartado a los deberes precontractuales de información; y señala al respecto que: “No puede dudarse de la existencia de deberes precontractuales de información, regidos en muy buena medida por los criterios de buena fe y uso de los negocios [...]. Debemos dar por supuesto que el deber de información es también del deber de que la información facilitada sea veraz o, por lo menos, responda al conocimiento que la parte que la suministra pueda tener al respecto./ La materia expuesta y la introducción de criterios valorativos y de arbitrariedad, debe arrancar de dos premisas claras. Es la primera que corresponde a cada parte el deber de buscar la información [...] La segunda es el deber de dar respuesta a las peticiones expresas de información que la otra parte pueda formular./ Sin embargo, más allá de estas claras premisas iniciales, la zona de investigación se torna por demás confusa. No puede decirse fácilmente que una de las partes esté en el deber de informar a la otra por el hecho de que esta última se encuentre en una situación de imposibilidad o gran dificultad de obtener información por sí misma [...]. / Puede admitirse que, en algunos casos, cuando entre las partes existe una situación de específica confianza, esta determine un especial deber de información [...]./ Tampoco es especialmente claro si en la existencia de los deberes precontractuales de información influye el que esta última sea costosa o no”¹.

Al desmontar estos lúcidos párrafos se obtiene lo siguiente: *i*) en los ordenamientos jurídicos existen deberes precontractuales de información regidos, en buena medida, por criterios de buena fe y los usos de los negocios; *ii*) Existen al menos dos premisas claras: cada parte tiene la carga de proveerse información y el deber de responder a las preguntas que se le formulen en el curso de la negociación; y *iii*) más allá de estas dos premisas reina la confusión.

La primera de estas afirmaciones resulta indiscutible, tanto para los países pertenecientes a la tradición del Derecho civil como a aquellos del “Common law”². La segunda afirmación resulta seductora, pero debe

¹ DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, I: *Introducción. Teoría del contrato* (6ª edición, Cizur Menor, Navarra, Thomson Civitas, 2007), pp. 312-313.

² Véanse, por ejemplo: SEFTON GREEN, R. (editor), *Mistake, Fraud and Duties to Inform in European Contract Law* (Cambridge University Press, Cambridge, 2005); y CARTWRIGHT, J., *Misrepresentation, Mistake and Non-Disclosure* (London, Sweet and Maxwell, 2007).

ser severamente matizada. Ninguna de las dos premisas apuntadas por el autor es totalmente clara. Empezando por la primera, no es evidente que, en todo caso, las partes que negocian un contrato tengan la carga de procurarse su propia información. Así, si entre ellas existe una relación de confianza no será el caso. Es lo que sucede, por ejemplo, en el contrato de mandato³. Con respecto a la segunda premisa, no siempre resulta evidente que se deba dar respuesta a las peticiones expresas de información. Así, por ejemplo, Barnett ha sugerido que un vendedor no puede pretender que el comprador le conteste con honradez a la pregunta de si estaría dispuesto a pagar más por lo que le estoy vendiendo. Cualquiera que se involucre en una negociación sabe que la respuesta “no, esta es mi última oferta” no constituye un engaño que la ley sancione⁴. Finalmente, la tercera afirmación referida a la confusión imperante en este campo de estudio, parece verdadera en un sentido aún más radical de lo que el propio Díez-Picazo piensa. Después de todo, prestándoles atención, ni siquiera las dos premisas que presenta como claras el autor lo son.

En síntesis, entonces, en primer lugar, suele aceptarse la existencia de deberes precontractuales de información y, en segundo lugar, se trata de una zona de investigación confusa.

2. Complejidad en el tema.

Una primera idea que pretendo defender en este trabajo es que la confusión que impera en el tema se explica por su complejidad y que esta última obedece—al menos en parte importante— a los diversos intereses que es necesario tener en cuenta cuando se diseñan deberes precontractuales de información.

En un conocido trabajo de 1964, Friedrich Kessler y Edith Fine señalaron que una investigación acerca del deber de informar conduce directamente a la filosofía que subyace al derecho de contratos⁵. Esto puede ser correcto, sin embargo, una vez que se destapa el derecho de

³ El mandante puede confiar en que su mandatario le transmitirá toda la información relevante que posea, no es necesario que el mandante sea diligente en procurarse dicha información. Véase: GHESTIN, J., *Traité de droit civil. Les obligations. La formation du contrat* (París, LGDJ, 1993), p. 634.

⁴ BARNETT, R., *Rational Bargaining Theory and Contract: Default Rules, Hypothetical Consent, the Duty to Disclose, and Fraud*, en *Harvard Society for Law and Public Policy*, 15 (1992), p. 799.

⁵ La cita exacta es: “an investigation of the scope of the «duty to disclose» on a comparative law basis is most rewarding; it leads us straight to the heart of the philosophy underlying the law of contracts”: KESSLER, F - FINE, E, *Culpa in Contrahendo, Bargaining in Good Faith, and Freedom of Contract: A comparative Study*, en *Harvard Law Review*, 77 (1964), p. 438.

contratos, lo que se encuentra no es exactamente “la” filosofía que subyace a su diseño, sino más bien las tensiones que imponen a las reglas jurídicas los diversos –y eventualmente contradictorios– fines que se busca servir a través de ellas⁶. Tratándose de los deberes precontractuales de información, los intereses son múltiples y, eventualmente contradictorios. No resulta necesario intentar presentar un catálogo taxativo de ellos, sino que bastará mostrar su multiplicidad y eventual antinomia. Un caso debería contribuir en esta tarea.

Durante el mes de agosto de 1986, Larry Trawick y Charles Brown, quienes se dedicaban profesionalmente a la especulación en derechos sobre minerales (“mineral interests”), tuvieron conocimiento de ciertas actividades de prospección minera (“drilling”) en Comanche County, Oklahoma. A través de algunas pesquisas se informaron de que las prospecciones mostraban que los terrenos poseían ricos depósitos de minerales. Una investigación acerca de quiénes eran los propietarios de los derechos sobre minerales en la zona los llevó a Hedwig Zimpel, a la sazón una mujer de avanzada edad y afectada por una enfermedad terminal, incapaz de afrontar sus gastos médicos. Trawick tomó contacto con ella y le ofreció comprarle todos sus derechos de explotación. Finalmente acordaron la venta de 15 acres por 30.000 dólares. Aproximadamente veinte días después de la celebración del contrato, los compradores vendieron rápidamente los 15 acres por 49.500 dólares. El albacea de Zimpel demandó a Trawick y Brown por fraude y engaño (“fraud and deceit”) solicitando que se condenara a estos a pagarle la diferencia de precio que habían obtenido y los daños punitivos⁷.

Un primer interés –acaso el más evidente a simple vista– es la libertad contractual, entendida como la libertad de decisión⁸, es decir, la pretensión normativa de que las personas únicamente queden vinculadas por un contrato cuando así lo deciden y que esa decisión no sólo debe ser libre en el sentido que no sea coaccionada, sino, además, de que sea querida y esto último precisa que la decisión se haya tomado con la información

⁶ Una mirada a algunos de estos intereses en BENSON, P., *The Theory of Contract Law, New Essays* (New York, Cambridge University Press, 2001).

⁷ “Zimpel v. Trawick”, 679F, Supp. 1502. Un análisis del caso en STRUDLER, A., *Moral Complexity in the Law of Nondisclosure*, en *University of California, Los Angeles, Law Review*, 45 (1997), pp. 337-384.

⁸ Sobre la relación entre deberes precontractuales de información y la libertad de decisión, véase: EHMANN, H. - SUTSCHET, H., *La reforma del BGB. Modernización del derecho alemán de obligaciones* (traducción de C. López Díaz y U. Salas de Sánchez, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2006), pp. 204-205.

suficiente⁹. En este sentido los deberes precontractuales de información suelen considerarse como medidas que tutelan la correcta formación de la voluntad, favoreciendo un consentimiento libre y reflexivo¹⁰. Resulta evidente que la voluntad de la vendedora no satisfizo esos requisitos. Parece claro que si hubiese tenido noticia de los depósitos de minerales subyacentes a su propiedad no lo hubiera vendido en los mismos términos que lo hizo.

Sin embargo, conviene recordar que Zimpel estaba vendiendo un terreno de su propiedad, en el que había habitado hace largos años y que, además, con un mínimo de diligencia podría haberse enterado de que existían depósitos de minerales en las cercanías, o al menos podría haber preguntado a los compradores acerca de su interés en el predio. Interesa al derecho que las partes se comporten diligentemente mientras negocian y, con ciertos matices relevantes, se acepta que, en caso contrario, deben soportar el costo de sus errores, es lo que podría denominarse el “principio de autorresponsabilidad”¹¹. Si se acepta que un interés que promueve

⁹ Desde luego, este no es el único sentido en que se puede utilizar la expresión “libertad contractual”, junto a él existen, al menos, otros tres: *i*) libertad entendida como no interferencia del Estado (es decir, libertad negativa); *ii*) libertad en el sentido de disponer de opciones genuinas y valiosas (libertad positiva); y *iii*) libertad en el sentido de disponer de cierta protección del Estado respecto de ciertas actividades. Véanse: EIDENMÜLLER, H. - FAUST, F. - GRIGOLEIT, H. - JANSEN, N. - WAGNER, G. - ZIMMERMANN, R., *The Common Frame of Reference for European Private Law Policy Choices and Codification Problems*, en *Oxford Journal of Legal Studies*, 28 (2008) 4, pp. 670-671. En esta investigación, sin embargo, utilizaré únicamente, el primer sentido.

¹⁰ Véase, por ejemplo: TERRÉ F. - SIMLER, PH. - LEQUETTE, Y., *Droit civil. Les obligations* (6ª edición, Paris, Dalloz, 1996), p. 165. Véase también: GRISI, G., voz “Informazione (obblighi di)”, en AA. VV, *Enciclopedia Giuridica* (Roma, 1989), XVI, p. 13. Como ha sugerido LARROUMET, CH., *Droit civil*, III, 1ª parte: *Les obligations. Le contrat* (6ª edición, Paris, Economica, 2007), p. 313: “[el deber de informar] constitue une excellente prévention contre l’erreur ou le dol”.

¹¹ En general, se acepta que las partes deben comportarse diligentemente durante la negociación de un contrato. Por todos, véanse: CARIOTA FERRARA, L., *El negocio jurídico* (traducción de M. Albaladejo, Madrid, Aguilar, 1959), p. 53; BETTI, E., *Teoría general del negocio jurídico* (2ª edición, traducción de A. Martín Pérez, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1959), p. 326; CASTRO Y BRAVO, F. de, *El negocio jurídico* (Madrid, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, 1971), p. 116, refiriéndose al “principio de responsabilidad negocial”, que exige “valorar la buena fe de la conducta y el modo de cumplir según ella los deberes de informar y de informarse”; y ALBALADEJO, M., *Derecho civil, I: Introducción y parte general* (17ª edición, Madrid, Edisofer, 2006). I, p. 622. La idea es que como corolario de la libertad que el ordenamiento jurídico concede a las personas de vincularse a través del ejercicio de su autonomía, también las hace responsables de los efectos de sus actos (sobre

el ordenamiento jurídico consiste en incentivar un comportamiento diligente de las partes durante la negociación del contrato y, a la vez, se considera que Zimpel fue negligente, entonces deja de resultar obvio que se le deba proteger a través de la imposición de deberes precontractuales de información.

Que el ordenamiento jurídico aspire a un comportamiento diligente de las partes en sus negociaciones no obsta –aunque sí introduce tensiones– a que, a la vez, se exija a éstas actuar con un cierto grado de lealtad y honradez. A este interés puede denominarse “lealtad contractual” y exige que, durante la negociación del contrato, las partes se abstengan de ciertas conductas estratégicas y tutelen no solamente sus intereses sino que, en cierto grado, los intereses de la otra¹². En el caso de Zimpel conviene preguntarse si, en un caso como éste, el principio de lealtad contractual no exige a una parte que dispone de información que la otra ignora tutelar los intereses de esta última cuando se trata de una persona de avanzada edad y en un estado de salud terminal.

Finalmente –aunque, desde luego, sin ánimo exhaustivo– es posible identificar un interés consistente en incentivar la producción y difusión

esta idea puede consultarse BETTI, cit. ibi, p. 125). quien ha sugerido que “[t]oda la dialéctica del negocio jurídico se apoya sobre esta antinomia entre libertad, que es antes, y autorresponsabilidad que viene después”. Una idea, por lo demás, antigua: “*Contractus ab inito est voluntas, ex post facto neessitatis*”). Sin embargo, conviene hacer una precisión, pues se puede ser responsable en, al menos, dos sentidos distintos. Véase: CARIOTA FERRARA, cit. ibi, p. 53; y también: PIETROBON, V., *El error en la doctrina del negocio jurídico* (traducción de M. Alonso Pérez, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1971), pp. 268-269, relacionando, en sede de error, la autorresponsabilidad con la protección de la confianza de la parte que recibe la declaración (cfr. CARIOTA FERRARA, cit. ibi, p. 53) De una parte, frente a terceros, en cuyo caso, la responsabilidad se traduce en una obligación de indemnizar los perjuicios causados. De otra parte, se puede ser responsable en el sentido de que las declaraciones de voluntad que formula una persona le son imputables. A este segundo sentido puede denominarse “autorresponsabilidad” y, en sede de negociaciones de un contrato, significa que, bajo ciertas condiciones, la persona que celebra un contrato debe “sufrir los efectos del negocio que realiza”, aun cuando no los desee. Así sucede, por ejemplo, con el error inexcusable, el dolo bueno y la reserva mental.

¹² La lealtad contractual suele encontrarse reflejada, legalmente o en las decisiones de los tribunales, en la noción de buena fe. Sobre esto puede consultarse: WHITTAKER, S. - ZIMMERMAN, R., *Good Faith in European Contract Law: Surveying the Legal Landscape*, en WHITTAKER, S. - ZIMMERMAN, R. (editores), *Good Faith in European Contract Law* (Cambridge, Cambridge University Press, 2000), pp. 48-49. Para el ámbito chileno puede consultarse, por ejemplo: LÓPEZ SANTA MARÍA, J., *Los contratos. Parte general* (4^a edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2005), p. 407; y BARRIENTOS ZAMORANO, M., *Daños y deberes en las tratativas preliminares de un contrato* (Santiago, LegalPublishing, 2008), p. 53.

de información socialmente valiosa¹³. Lo que los compradores sabían –y la vendedora ignoraba– era la existencia de un yacimiento mineral, dicha información es socialmente valiosa en el sentido de que aumenta la riqueza social¹⁴. Por otra parte, para que se invierta en producir información y se utilice es necesario que los agentes económicos dispongan de incentivos, en este caso la posibilidad de que los compradores internalicen los beneficios de la información de que disponen. Como es evidente, la imposición de un deber precontractual de información obstaculiza esta posibilidad¹⁵.

II. LA CONCRECIÓN DE LOS DEBERES PRECONTRACTUALES DE INFORMACIÓN

La presencia de intereses contradictorios como los apuntados en el apartado anterior determina la necesidad de disponer de formas de resolver la tensión que, eventualmente, se suscita entre ellos. La segunda idea que me interesa presentar en estas páginas es que cuando se presta atención a la forma en que se resuelve esta tensión en el ordenamiento jurídico nacional se descubre una peculiaridad de la manera en que se encuentran configurados los deberes precontractuales de información que contribuye a aligerar la confusión que, a ratos, impera en su estudio.

Para mostrar esta peculiaridad me serviré de un caso resuelto, en definitiva por la Corte Suprema durante el año 2008 (“Glide Diversiones Limitada con Compañía de Inversiones y Desarrollo Sur S. A”) y dos normas jurídicas. Una perteneciente al Código Civil y la otra a la ley 19.496 sobre protección de los consumidores.

1. *El caso.*

El 1 de octubre de 2001 se celebró un contrato de arrendamiento

¹³ Sobre este argumento puede verse: KRONMAN, A., *Mistake, Disclosure and the Law of Contract*, en *The Journal of Legal Studies*, 7 (1978) 1; COLEMAN, J. - HECKATHORN, D. - MASER, S., *A Bargaining Theory Approach to Default Provisions and Disclosure Rules in Contract Law*, en *Harvard Society for Law and Public Policy*, 12 (1989); SCHÄFER H.-B. - OTT, C., *Manual de análisis económico del Derecho civil* (traducción de M. von Carsteen-Lichterfelde, Madrid, Tecnos, 1991), p. 307; y COOTER, R. - ULEN, T., *Derecho y Economía* (México D. F., Fondo de Cultura Económica, 1998), p. 307.

¹⁴ Véase: COOTER - ULEN, cit. (n. 13), p. 350; y SHAVELL, S., *Acquisition and Disclosure of Information Prior to Sale*, en *The Rand Journal of Economics*, 25 (1994) 1, p. 21.

¹⁵ Como ha sugerido RUDDEN, *Le juste et l'inefficace. Pour un non-devoir de renseignements*, en *Revue Trimestrielle de Droit Civil* (1985), p. 95, una de las características de la información es que se trata de un bien que se transfiere por su comunicación.

de inmueble entre la Sociedad Glide Diversiones Limitada (en adelante Glide, la arrendataria o la demandante) y la Compañía de Inversiones y Desarrollo Sur S. A. (en adelante Cidsur, la arrendadora o la demandada). De acuerdo a la cláusula segunda de dicho contrato, el predio se destinaría exclusivamente a la instalación, manejo y desarrollo de un mini golf y las actividades relacionadas con el negocio. Después de iniciados los trabajos de habilitación por la arrendataria, ésta presentó los antecedentes a la Dirección de Obras de la Municipalidad de Vitacura para su aprobación. Su solicitud fue rechazada, señalándose que el predio no se encontraba urbanizado, no contaba con permiso de edificación ni con recepción final. Los representantes de la arrendataria y de la arrendadora se reunieron con el Director de Obras de la Municipalidad, el que les informa que el terreno mayor en el cual se encuentra el predio arrendado no ha adoptado la línea oficial, por lo tanto no obtendrá patente ni recepción final mientras no se urbanice y adopte la línea oficial. Agrega además, que el terreno mayor tiene una franja sujeta a utilidad pública, de manera que para obtener los respectivos permisos el propietario debe hacer cesión de dicha franja.

En lo que aquí interesa, la arrendadora apeló una sentencia desfavorable de primera instancia, señalando que no se encontraba obligada a informar a la demandante del estado legal en el que se encontraba el predio arrendado; específicamente porque la cláusula segunda del contrato de arrendamiento establecía que serían de cargo de la arrendataria obtener las autorizaciones municipales pertinentes. Además, señala la arrendadora, la demandante fue negligente al no haberse cerciorado previamente a la celebración del contrato de las exigencias urbanísticas aplicables al desarrollo del proyecto. Esta argumentación no convenció a la Corte de Apelaciones. El tribunal de alzada considera, en lo que es pertinente aquí, que no puede entenderse “que la mencionada cláusula haya liberado a la demandada de su obligación de informar a la demandante acerca del estado o situación legal del inmueble, obligación a la que, desde luego, no pudo haber renunciado, atendido el principio de buena fe que debe estar presente en todo contrato”. Más adelante, añade la Corte: “*La expectativa es que en esta etapa [la precontractual], los contratantes se den toda la información necesaria para definir los términos del contrato y que esté orientada a ilustrar de la mejor forma a la otra parte, en una actitud de corrección y lealtad*”.

2. Las normas.

Comienzo por el artículo 1861 CC.¹⁶. Una lectura atenta a este precep-

¹⁶ Me he detenido sobre este artículo en DE LA MAZA GAZMURI, I., *A propósito del artículo 1861*, en *Estudios de Derecho Civil V* (en prensa en Santiago, LegalPublishing).

to¹⁷ muestra que reúne dos supuestos de responsabilidad, el del vendedor que conociendo los vicios de que adolecía la cosa no los declaró y del vendedor que, debiendo conocerlos, los ignoraba y, por supuesto, no los declaró. Tratándose del primer supuesto, a responsabilidad del vendedor se origina por no informar al comprador la existencia del defecto, lo que se sanciona, en definitiva, es la ilicitud de la reticencia del vendedor. En otras palabras, lo que hace el artículo 1861 CC. es establecer un deber precontractual de información¹⁸, si el vendedor lo incumple con la finalidad de engañar al comprador, entonces actúa dolosamente. En lo que se refiere al segundo supuesto, el vendedor es sancionado porque su ignorancia resulta inaceptable, en este caso el deber precontractual de información es infringido culposamente¹⁹.

Una segunda norma jurídica a la cual resultará útil prestar atención es el artículo 32 de la Ley N° 19.496 sobre protección de los derechos de los consumidores, cuyo tenor es el siguiente:

La información básica comercial de los servicios y de los productos de fabricación nacional o de procedencia extranjera, así como su identificación, instructivos de uso y garantías, y la difusión que de ellos se haga,

¹⁷ Artículo 1861: “Si el vendedor conocía los vicios y no los declaró, o si los vicios eran tales que el vendedor haya debido conocerlos por razón de su profesión u oficio, será obligado, no sólo a la restitución o la rebaja del precio, sino a la indemnización de perjuicios; pero si el vendedor no conocía los vicios ni eran tales que por su profesión u oficio debiera conocerlos, sólo será obligado a la restitución o la rebaja del precio”.

¹⁸ Esta idea puede encontrarse en BARROS BOURIE, E., *Tratado de responsabilidad extracontractual* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2006), p. 1.019. Véase, también: BAZOSABAL ARRUE, J., *En torno a las obligaciones precontractuales de información*, en *Anuario de Derecho Civil*, 62 (Madrid, 2009) 2 pp. 651-652.

¹⁹ Entre nosotros, ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo, *De la compraventa y de la promesa de venta* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2003), II,1, p. 234, ha prestado la mayor atención a este supuesto. El autor se pregunta en qué casos se reputa que el vendedor ha debido conocer los vicios responde en dos casos: i) cuando el vendedor en razón de su profesión u oficio ha debido necesariamente conocer el vicio porque las aptitudes que tiene lo capacitan para conocerlos con facilidad; y ii) cuando en razón de su profesión u oficio fabricó el objeto vendido, pues entonces por el hecho de fabricarlo no ha podido ignorar los defectos que tenga. En uno y otro se presume que el vendedor conoce los vicios. Por lo tanto debe probar que los ignoró. A falta de prueba, prevalece la presunción legal. En estos casos la ley impone al vendedor la obligación de conocerlos, porque dice “que haya debido conocerlos” y considera que si no los conoció, su ignorancia proviene de un descuido de su parte que no puede excusarse”. De la opinión del autor se desprende que este segundo supuesto de responsabilidad se encuentra configurado en términos tales que basta probar la existencia del vicio y el hecho de que la profesión u oficio del vendedor le permitían conocerlo para que se presuma su conocimiento y, por lo tanto, surja su obligación de indemnizar los daños y perjuicios en los términos del artículo 1861.

deberán efectuarse en idioma castellano, en términos comprensibles y legibles en moneda de curso legal, y conforme al sistema general de pesos y medidas aplicables en el país, sin perjuicio de que el proveedor o anunciante pueda incluir, adicionalmente, esos mismos datos en otro idioma, unidad monetaria o de medida.

Tratándose de contratos ofrecidos por medios electrónicos o de aquellos en que se aceptare una oferta realizada a través de catálogos, avisos o cualquier otra forma de comunicación a distancia, el proveedor deberá informar, de manera inequívoca y fácilmente accesible, los pasos que deben seguirse para celebrarlos, e informará, cuando corresponda, si el documento electrónico en que se formalice el contrato será archivado y si éste será accesible al consumidor. Indicará, además, su dirección de correo postal o electrónico y los medios técnicos que pone a disposición del consumidor para identificar y corregir errores en el envío o en sus datos.

Lo que establece la norma es, con toda claridad, deberes precontractuales de información a cargo del proveedor²⁰ y lo hace de una manera menos oblicua y más detallada que el artículo 1861 CC., identificando qué información se debe suministrar y –una novedad respecto del *Código Civil*– de qué forma se debe proporcionar –inequívocamente y fácilmente accesible para el consumidor.

3. *Deberes precontractuales de información típicos y atípicos.*

Expuestas la sentencia de la Corte Suprema y las normas jurídicas en cuestión resulta posible examinar de qué forma se concretan en el ordenamiento jurídico los deberes precontractuales de información.

Si se presta atención a “Glide Diversiones Limitada con Compañía de Inversiones y Desarrollo Sur S. A.”, se advertirá que ni la sentencia de la de la Corte de Apelaciones ni la de la Corte Suprema se refieren a una norma que, de forma expresa –a la manera del artículo 1861 CC. o del artículo 32 de la Ley N° 19.496–, establezcan deberes precontractuales de información. Lo que afirmó la Corte de Apelaciones –y confirmó la Suprema– es que *existe una “obligación de informar que surge como una exigencia impuesta por el principio de buena fe que debe estar presente en todo contrato”*; y, luego, como se recuerda, añade que: *“La expectativa es que en esta etapa [la precontractual], los contratantes se den toda la información necesaria para definir los términos del contrato y que esté orientada a ilustrar de la mejor forma a la otra parte, en una actitud de corrección y lealtad”*.

La Corte, entonces, se refiere a dos cuestiones. La primera de ellas es

²⁰ Sobre esto puede consultarse: BARRIENTOS ZAMORANO, cit. (n. 12), pp. 94-99.

la fuente del deber precontractual de informar²¹. Dicha fuente no es una norma jurídica, sino un principio general del derecho: la buena fe. La segunda cuestión que parece precisar la Corte es la extensión del deber precontractual de informar, dicha extensión, en palabras del tribunal abarca “*toda la información necesaria para definir los términos del contrato y que esté orientada a ilustrar de la mejor forma a la otra parte, en una actitud de corrección y lealtad*”. En términos de concreción de los deberes precontractuales de información interesa, inmediateamente, la primera cuestión. Del razonamiento del tribunal en el caso expuesto aparece con toda claridad que, aún a falta de norma expresa, es posible derivar, directamente, del principio general de la buena fe deberes de conducta para las partes²².

²¹ La Corte emplea la expresión “obligación”, pero, en sentido técnico es un deber. Aun cuando ambas expresiones (“deber” y “obligación”) se utilicen, con alguna frecuencia, indistintamente, sus significados no son coincidentes. La idea de deber jurídico evoca un imperativo de conducta, la de obligación, en cambio, se utiliza “para expresar el enlace entre un derecho y un deber” [cfr. Díez-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, II: *Las relaciones obligatorias* (6ª edición, Cizur Menor, Navarra, Thomson Civitas, 2008), pp. 63-64]. En el mismo sentido: ALBALADEJO, M., *Derecho civil*, I: *Introducción y parte general* (16ª edición, Madrid, Edisofer, 2004), p. 439. Las ideas de deber jurídico y obligación no son co-extensivas. Es cierto que toda obligación involucra un deber, pero no lo es que se pueda hablar indistintamente de deber y obligación. Tratándose de la obligación, la nota distintiva parece encontrarse en la presencia de un derecho correlativo al deber. Si éste existe, entonces se denomina al componente pasivo de la relación “obligación”. Teniendo en cuenta que esta investigación se ocupa de la información durante el período pre-contractual, no parece aconsejable, en términos técnicos, referirse a una “obligación de informar” porque lo cierto es que en esa fase de la vida del contrato no existe enlace entre deber y derecho subjetivo. En otras palabras, no existe un deber de prestación, en virtud del cual, una vez incumplido el deber de informar se pueda exigir su cumplimiento forzoso. Una vez que se infringe el deber de informar y se ha celebrado el contrato, lo normal será que la entrega de información ya no interese a su destinatario. Su pretensión será, generalmente, privar de efectos al negocio y, en forma copulativa o alternativa, que se le reparen los perjuicios que le produjo la falta de información. El deber de informar, entonces, sería un deber jurídico impuesto por una norma al cual no corresponde un derecho subjetivo de otra persona. Como ha sugerido LARENZ, K., *Derecho civil. Parte general* (traducción y notas de M. Izquierdo y Macías-Picavea, Madrid, Editorial Revista de Derecho privado, 1978), p. 263. En el mismo sentido: VON THUR, A., *Tratado de las obligaciones* (traducción de W. Roces, Madrid, Reus, 1934), pp. 4-7: “Los deberes jurídicos existen no sólo en correspondencia con derechos subjetivos de otra persona, sino que pueden derivarse también de normas que convierten en deber una conducta determinada sin dar a otro un derecho subjetivo respecto a ese deber”.

²² Aquí resultarán útiles algunas consideraciones sobre la buena fe formuladas por la doctrina española pero que, *mutatis mutandis*, resultan esclarecedoras para el ámbito chileno. Díez-PICAZO, L., “Prologo” a Wieacker, F., *El principio general de*

Ahora bien, si se observan las normas jurídicas a que se ha aludido más arriba –el artículo 1851 CC y el artículo 32 de la Ley N° 19.496– se advierte una segunda forma de concretar deberes precontractuales de información. Esta vez no es el juez quien debe escudriñar las exigencias de la buena fe para determinar si se debía informar o no, la cuestión ha sido resuelta por el legislador, quien ha establecido en forma expresa a través de una norma jurídica “en sentido técnico”²³ un deber precontractual de información.

En síntesis, una mirada a diversos supuestos de deberes precontractuales de información en el ordenamiento jurídico chileno muestra que estos se

la buena fe (traducción de J. L. Carro, Madrid, Editorial Civitas, 1977), pp. 11-12, señala que la buena fe se manifiesta de formas diversas en el ordenamiento jurídico. La primera de ellas es como un concepto técnico jurídico que describe o delimita un supuesto de hecho en una norma jurídica. Así, por ejemplo, sucede tratándose del artículo 51 de la Ley N° 19.947, sobre matrimonio civil, en el cual la expresión “buena fe” designa “la conciencia que tiene el contrayente de estar celebrando un matrimonio sin vicios” (cfr. RAMOS PAZOS, R., *Derecho de familia* (6^a edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2007), I, p. 92). De manera que parte del supuesto de hecho del artículo 51 consiste en la ignorancia, de al menos uno de los contrayentes, acerca de la existencia de un vicio que afecte al matrimonio. La segunda forma en que puede manifestarse la buena fe es como un principio general del derecho, capaz de engendrar normas jurídicas, según el cual –en lo que interesa aquí– las personas: “[...] deben adoptar un comportamiento leal en toda la fase previa a la constitución de tales relaciones (diligencia *in contrabendo*); y que deben también comportarse lealmente en el desenvolvimiento de las relaciones jurídicas ya constituidas entre ellos (Ibíd., p. 12)”.

²³ Conviene explicar aquí por qué utilizo la expresión “norma jurídica en sentido técnico”. Es frecuente que, en materia contractual, se recurra al artículo 1546 CC. para justificar la afirmación según la cual la buena fe impregna todo el *iter* contractual. En este sentido, el artículo 1546 establece –o se ha estimado que establece– el principio general de la buena fe en materia de contratos. Ahora bien, dicho artículo no es una norma jurídica en sentido técnico. Para comprender por qué resultará útil recurrir a las palabras de MIQUEL GONZÁLEZ, “Comentario al artículo 7.1”, en ALBALADEJO, M. - ALABART, S. (directores), *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales* (Madrid, Edersa, 1993), p. 40, respecto del artículo 7.1 del Código Civil español: “Es bien difícil considerar el artículo 7.1 como una norma en sentido técnico, porque existe una excesiva generalidad en el supuesto de hecho (si se puede llamar así) y en la consecuencia jurídica. El precepto tiene una remisión a los valores que encarna la buena fe a modo de directiva para que el juez halle la norma aplicable al caso, susceptible de aplicarse a un número indefinido de casos iguales y por ello fundada en criterios generalizables y coherentes con los citados valores éticos y con el sistema jurídico en el que ha de insertarse, siquiera este sistema no sea fijo, sino móvil. En este sentido el art. 7.º1 es de una generalidad impropia para describir un supuesto de hecho normativo, porque, en principio, abarca todos los derechos subjetivos, poderes y facultades e impone una consecuencia jurídica necesitada de ulterior concreción”.

concretan de dos formas diversas. En ocasiones, es el legislador quien, a través de una norma jurídica, impone expresamente dichos deberes. En otras ocasiones son los jueces quienes, echando mano al principio general de la buena fe, y a falta de norma expresa, extraen directamente de éste dichos deberes.

Si se acepta, como es frecuente, que el fundamento último de los deberes precontractuales de información siempre es la buena fe en cuanto principio general del derecho, puede afirmarse que, en ciertos supuestos el legislador ha tipificado las exigencias de la buena fe (es decir, ha establecido deberes precontractuales de información típicos) y, en otros supuestos ha dejado al juez la labor de precisar las exigencias de la buena fe durante la negociación de un contrato (es decir, ha establecido la posibilidad de que el juez establezca deberes de información atípicos).

III. LA UTILIDAD DE LA DISTINCIÓN DE DEBERES PRECONTRACTUALES DE INFORMACIÓN TÍPICOS Y ATÍPICOS

La distinción entre deberes precontractuales de información típicos y atípicos resulta útil, pero no constituye una *summa divisio*. Comenzaré mostrando esto último y luego me detendré sobre la utilidad.

1. *Los intersticios de los deberes típicos.*

Un ejemplo contribuirá a mostrar por qué no conviene considerar la distinción como una *summa divisio*. Se trata de la regulación del contrato de viaje combinado contenida en el texto refundido de la *Ley general de consumidores y usuarios* española. El artículo 152 de dicha ley contiene un extenso catálogo de la información que debe suministrar el organizador o detallista al consumidor²⁴. No obstante la extensión de los listados de

²⁴ Artículo 152: “a) *Destinos y medios de transporte, con mención de sus características y clase*; b) *Duración, itinerario y calendario de viaje*; c) *Relación de establecimientos de alojamiento, con indicación de su tipo, situación, categoría o nivel de comodidad y sus principales características, así como su homologación y clasificación turística en aquellos países en los que exista clasificación oficial*; d) *El número de comidas que se vayan a servir y, en su caso, si las bebidas o algún tipo de ellas no estuvieran incluidas en el régimen alimenticio previsto*; e) *La información de índole general sobre las condiciones aplicables a los nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea en materia de pasaportes y de visados, y las formalidades sanitarias necesarias para el viaje y la estancia*; f) *Precio final completo del viaje combinado, incluidos los impuestos, y precio estimado de las excursiones facultativas. En el caso de gastos adicionales correspondientes a los servicios incluidos en el viaje combinado que deba asumir el consumidor y que no se abonen al organizador o detallista, información sobre su existencia y, si se conoce, su importe*; g) *El importe o el porcentaje del precio que deba pagarse en concepto de anticipo sobre el*

información requerida, lo cierto es que el legislador nunca logra encapsular en ellos toda la información relevante sobre el contrato o los bienes y servicios que un consumidor puede necesitar para tomar su decisión de contratar. En este sentido, la tipificación del deber precontractual de información es, inevitablemente, incompleta. Un buen ejemplo de esto se encuentra en la letra k) del citado artículo 152 del texto refundido. Pese a que el listado de información que debe suministrar el organizador o detallista es extremadamente detallado, dicha letra dispone que, además, debe suministrarse “[t]oda información adicional y adecuada sobre las características del viaje”²⁵.

Cuál es, exactamente, esa información, es una pregunta a la que el legislador no ha respondido, ni puede responder en forma detallada. El camino para llenar estos intersticios es dotando de contenido a las exigencias de la buena fe. De manera que la regulación de los deberes típicos siempre deja intersticios que deben ser colmados por el juez imponiendo deberes precontractuales de información atípicos en el sentido que ha quedado formulada esa distinción, o no imponiéndolos.

2. La utilidad.

No obstante sus limitaciones, la distinción entre deberes precontractuales de información típicos y atípicos puede prestar utilidad. Ha quedado dicho ya que el campo de estudio de los deberes precontractuales de información es confuso, mi sugerencia es que la distinción entre deberes típicos y atípicos puede contribuir a aligerar esa confusión en dos sentidos. El primero de ellos consiste en eliminar algunos equívocos que enturbian

precio total y el calendario para el pago de la parte de precio no cubierta por el anticipo desembolsado, así como las condiciones de financiación que, en su caso, se oferten; h) Si para la realización del viaje combinado se necesita un número mínimo de inscripciones y, en tal caso, la fecha límite de información al consumidor y usuario en caso de anulación; i) Cláusulas aplicables a posibles responsabilidades, cancelaciones y demás condiciones del viaje; j) Nombre y domicilio del organizador del viaje combinado así como, en su caso, de su representación legal en España; k) Toda información adicional y adecuada sobre las características del viaje ofertado”.

²⁵ Un ejemplo contribuirá a explicar la importancia de la letra k). Se trata de un viaje a Punta Cana, donde la sociedad demandada no informó al consumidor que era previsible que durante la estancia en ese país que se disponía a contratar hubiera un huracán, que, en los hechos hubo y afectó severamente el viaje. En su fundamento de derecho segundo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria, de 7 de noviembre de 2007 (AC. 2007, 2012), que conoció de este caso, señala: “Frente a este dado [la previsibilidad de un huracán] surge un primer deber legal, desde luego, y contractual también, cual es el comunicar al cliente, antes de la perfección del contrato, el grave riesgo que acepta, si firma el contrato”.

la comprensión del tema y el segundo, en formular algún criterio que permita responder a si debe o no suministrarse información cuando el legislador no lo ha hecho.

En lo que se refiere a los equívocos, es un lugar común la afirmación según la cual una diferencia entre los países de la tradición continental y los de la órbita del “Common law” se presenta respecto de los deberes precontractuales de información, en términos de que los primeros se caracterizan por una cierta tendencia al establecimiento de deberes precontractuales de informar; en cambio, los segundos –aquellos pertenecientes al “Common law”– se caracterizan por su reluctancia frente a la imposición de dichos deberes²⁶.

²⁶ Así, por ejemplo: WHITTAKER, S. - ZIMMERMAN, R., *Good Faith*, cit. (n. 12), pp. 18-47; PROBST, T., Deception, en MEHREN, A. von (editor), *International Encyclopedia of Comparative Law*, VII: *Contracts in General*, 2ª parte (Tübingen, Mohr Siebeck y Martinus Nijhoff Publishers, 2008), p. 98; ZWEIGERT - KÖTZ, *An Introduction to Comparative Law* (3ª edición, traducción de T. Weir, New York, Oxford University Press, 1998), pp. 424-426, comparando la situación de la omisión de entrega de información en el derecho alemán, en el francés y en el “Common law”, advierten el carácter más estricto de este último frente a los dos primeros; BEALE, H. - HARTKAMP, A. - KÖTZ, H. - TALLON, D., *Contract Law* (Oxford, Hart, 2001), p. 410, comparando los ordenamientos jurídicos de Francia y Alemania con los del “Common law”; MARKESINIS, B. - UNBERATH, H. - JOHNSTON, A., *The German Law of Contract. A Comparative Treatise* (2ª edición, Portland, Hart Publishing, 2006), pp. 306-311, comparando el derecho inglés y el alemán, señalan la general negativa del primero y la solución a través de las exigencias de la buena fe en el segundo; SEFTON GREEN, “General Introduction”, p. 24, afirma que los países del “Civil law” adoptan una posición más liberal a este respecto que los del “Common law”; en el mismo sentido: VAN ERP, S., *The Precontractual Stage*, en HARTKAMP, A. y otros (editores), *Towards a European Civil Code* (2ª edición, Nijmegen, Kluwer Law International, 1998), p. 213; y VAN ROSSUM, *The Duty of Disclosure: Tendencies in French Law, Dutch Law and English Law; Criteria, Differences and Similarities between the Legal Systems* (Maastricht J. Eur. & Comp. L., 2000), VII; *The Duty of Disclosure*, pp. 300-325, compara el Derecho inglés, el francés y el holandés. Para comparaciones entre el Derecho francés y el Derecho inglés, puede consultarse: GHESTIN J., *The Precontractual Obligation to Disclose Information. French Report*, en HARRIS, D. - TALLON, D. (editores), *Contract Law Today, Anglo-French Comparisons* (Oxford, Clarendon Press, 1989), pp. 151-166; y NICHOLAS, B., *The precontractual obligation to disclose information. English Report*, en HARRIS, D. - TALLON, D. (editores), *Contract Law Today, Anglo-French Comparisons* (Oxford, Clarendon Press, 1989), pp. 151-193; LEGRAND, P., *Pre-Contractual Disclosure and Information: English and French Law Compared*, en *Oxford Journal of Legal Studies*, 6 (1986) 3, pp. 322-352; GILIKER, P., *Regulating Contracting Behaviour: The Duty to Disclose in English and French Law*, en *European Review of Private Law*, 5 (2005), pp. 621-640; SEFTON-GREEN, R., *Duties to Inform versus Party Autonomy: Reversing the Paradigm (from Free Consent to Informed Consent)? A Comparative Account of French and English Law*, en HOWELLS, G. - JANSSEN,

Esta afirmación puede o no ser correcta según qué es lo que se designe con la expresión deber de informar. Si lo que se designa son tanto deberes típicos como atípicos, la afirmación es incorrecta; si, en cambio, la afirmación se circunscribe a deberes atípicos, es correcta.

Para comprender lo anterior basta considerar el ámbito inglés –probablemente uno de los más restrictivos en lo que se refiere a imposición de deberes precontractuales de informar. Tanto la doctrina más autorizada como venerables precedentes sugieren esta aproximación restrictiva del derecho inglés. Así, por ejemplo, respecto de la doctrina, Atiyah ha señalado: “English law has traditionally taken the view that it is not the duty of the parties to a proposed contract to give information to each other”²⁷. En el mismo sentido, Treitel: “As a general rule, a person who is about to enter into a contract is under no duty to disclose material facts known to him but not the other party”²⁸. Y Cartwright: “English law does not impose on parties who are negotiating for a contract a general obligation to disclose information: that is to say, the starting point is that each negotiating party may remain silent, even as to facts which he believes would be operative on the mind of the other”²⁹.

En lo que se refiere a los precedentes, el ejemplo emblemático aquí es “Smith v. Hughes”³⁰, un caso de 1871 en el que un entrenador de caballos se negó a pagar por un cargamento de avena que había comprado, alegando que lo que se había convenido era forraje para alimentar caballos y lo que se le entregaba era avena recién cosechada, que no servía a tal fin. La opinión del juez Cockburn fue que un error unilateral del comprador, aun cuando fuera conocido por la otra parte, no afectaba a la validez del contrato. La justificación de esta opinión fue que en el Derecho inglés no existía un deber general de informar³¹.

A. - SCHULZE, R. (editores), *Information Rights and Obligations. A Challenge for Party Autonomy and Transactional Fairness* (Ashgate, 2005), pp. 171-187.

²⁷ ATIYAH, P., *An Introduction to the Law of Contract* (4^a edición, Oxford, Clarendon Press, 1989), p. 265.

²⁸ TREITEL, G., *The Law of Contract* (11^a edición, London, Thomson Sweet & Maxwell, 2003), p. 390.

²⁹ CARTWRIGHT, CIT. (n. 2), p. 535.

³⁰ “Smith v Hughes” (1871) LR 6 QB 597, p. 603.

³¹ En sus palabras: “The question is whether, under such circumstances, the passive acquiescence of the seller in the self-deception of the buyer will entitle the latter to avoid the contract. I am of the opinion that it will not [...] I take the true rule to be that where a specific article is offered for sale, without express warranty, or without circumstances from which the law will imply a warranty [...] and the buyer has full opportunity of inspecting and forming his own judgment, the rule *caveat emptor* applies [...] even if the vendor was aware that the purchaser thought that the article

Un deber general de informar, he ahí la clave, en el derecho inglés no existe un deber general de informar, pero existen múltiples supuestos de deberes precontractuales de informar tipificados por leyes³². Lo que, en cambio, resulta muy restringido es la discrecionalidad del juez para extraer deberes precontractuales de información de las exigencias de la buena fe y la razón es la renuencia del derecho inglés frente a imponer a las partes deberes de conducta derivados de la buena fe durante las negociaciones del contrato³³. La diferencia entre los países de tradición continental y los

possessed that quality, and would not have entered into the contract unless he had so thought, still the purchaser is bound, unless the vendor was guilty of some fraud or deceit upon him, and that a mere abstinence from disabusing the purchaser of that impression is not fraud or deceit; for, whatever may be the case in a court of morals, there is no legal obligation on the vendor to inform the purchaser that he is under a mistake, not induced by the act of the vendor” (Ibíd., p. 607). Para una lista de más casos, hasta 1990, véase: CARTWRIGHT, cit. (n. 2), p. 535

³² La justificación de dichos deberes puede encontrarse en el tipo de contrato de que se trate, en la relación que exista entre las partes o bien, en tercer lugar, en la ley (Tomo esta clasificación de CARTWRIGHT, n. 2, p. 543). Respecto del tipo de contratos, el ejemplo más evidente en el derecho inglés es el contrato de seguro, en el cual se exige al asegurado suministrar información al asegurador acerca de todas aquellas circunstancias que resulten relevantes para determinar la relación entre la prima y la indemnización y para decidir si se asegura o no el riesgo. Otros ejemplos, en los cuales el alcance del deber es más modesto, son los contratos de garantía, de compraventa de inmuebles, de sociedad y las transacciones (“compromise”). Tratándose de la relación entre las partes, probablemente, la existencia de una relación fiduciaria o de confianza entre los contratantes sea la excepción más conspicua a la renuencia de reconocer deberes precontractuales de información, no sólo en el derecho inglés, sino, en general, en el “Common law”. El problema es, desde luego, cómo determinar si la relación es de esta especie o no.

³³ Un ejemplo bien evidente del rechazo a la imposición de las exigencias de la buena fe durante la negociación de un contrato se encuentra en la opinión de Lord Ackner en “Walford v. Miles” (1992 64 P & C.R. 166, p. 173), un caso de ruptura unilateral de las negociaciones de un contrato donde las partes habían acordado negociar de buena fe. Lord Ackner no se convenció del valor de ese acuerdo para el derecho inglés. En lo que es útil aquí, y en sus palabras: “*The concept of a duty to carry on negotiations in good faith is inherently repugnant to the adversarial position of the parties when involved in negotiations. Each party to the negotiations is entitled to pursue his (or her) own interest, so long as he avoids making misrepresentations*”. Las palabras de Lord Ackner parecen capturar adecuadamente el estado de la cuestión en el derecho inglés (véase, por ejemplo la opinión de Lord Bingham en “Interphoto Pictures Library Ltd v. Stiletto Visual Programmes Ltd.” (1989, 1 Q.B. 433, p. 439) Según algunos comentaristas, el rechazo en el derecho inglés a la intervención de terceros –el legislador o los jueces– en el proceso de negociación de un contrato para cautelar las exigencias de la buena fe puede explicarse por la influencia prevaeciente de una economía de libre mercado en Inglaterra durante los siglos XIX y XX. En palabras de ATIYAH, cit.

del “Common law” no es, entonces respecto de la presencia de “deberes precontractuales de información”, sino de “deberes precontractuales de información atípicos”.

Una segunda razón por la cual la distinción entre deberes precontractuales de información típicos y atípicos presta utilidad es que puede contribuir a la formulación de criterios que perfilen el supuesto de hecho tratándose de deberes precontractuales de información atípicos.

A este respecto, resulta interesante advertir que las preguntas que se formula el operador jurídico tratándose de deberes típicos y atípicos son diversas. Tratándose de los primeros la cuestión consiste en determinar si se cumplió o no el supuesto de hecho de la norma. Así, por ejemplo, en el supuesto del inciso segundo del artículo 32 de la Ley N^o 19.496, lo que se debe indagar es si trata de una relación de consumo y si el contrato ha sido ofrecido por medios electrónicos o es de aquellos en que se acepta una oferta realizada a través de catálogos, avisos o cualquier otra forma de comunicación a distancia. Si la respuesta a estas preguntas es afirmativa, entonces surge un deber de información para el proveedor. Tratándose, en cambio, de deberes atípicos la pregunta es distinta. Ya no se trata de determinar si se cumplió o no el supuesto de hecho, sino, más bien, de determinar los criterios en torno a los cuales se construye el supuesto de hecho. De esta manera, en el ejemplo utilizado más arriba, el juez carece de una respuesta preconfigurada en el ordenamiento jurídico que le indique si la arrendadora debía o no informar a la arrendataria acerca de las limitaciones urbanísticas del terreno. Lo que existe es un principio general del derecho –la buena fe– a partir del cual el juez debe extraer criterios que justifiquen en casos como ese la imposición– o no de deberes precontractuales de informar.

La distinción entre deberes típicos y atípicos aporta, en mi opinión,

(n. 27), p. 18): “There is no doubt that in the commercial sphere this approach is closely associated with the economic basis of our society. The whole essence of trade and business in a free-enterprise society is that parties compete with each other ‘at arm’s length’ as the lawyers say, that is, on a footing of equality. Each party is entitled to make use of what information he has in order to obtain the best bargain he can get; neither party is under any obligation to assist the other party. In a sense all this is of the essence of freedom of contract and free enterprise, and it is doubtful if trade and commerce could operate in the way it does on the basis of any other rule”. Del párrafo transcrito puede extraerse que la razón para rechazar las exigencias de la buena fe durante la negociación de un contrato se relaciona con las bases económicas de una sociedad de libre mercado, caracterizada por la libre competencia, en la que cada uno de los contratantes puede hacer uso de la información de la que dispone para su propio beneficio y no tiene el deber de ayudar a la otra parte.

algunas enseñanzas en la labor de concreción de las exigencias de la buena fe para el caso concreto.

Al prestar atención a los deberes precontractuales de información típicos se advierte que, en general, su irrupción masiva en el derecho de contratos es relativamente reciente –no antes de la segunda mitad del siglo XX– y que, en general, su justificación es como una técnica de protección de las partes más débiles en ciertas relaciones contractuales, emblemáticamente, las relaciones de consumo³⁴. Atendida la presencia de asimetrías informativas característica de este tipo de relaciones³⁵ existe una fuerte tendencia en el derecho comparado a imponer a los proveedores deberes precontractuales de información en beneficio de los consumidores³⁶, en términos tales que se ha considerado que los proveedores tienen un deber genérico de información a favor de los consumidores³⁷.

En el derecho común –que es la principal sede en que se presenta la cuestión de los deberes atípicos– la cuestión es distinta, la regulación del contrato reposa sobre las asunciones de igualdad y libertad de las partes³⁸.

³⁴ En el Derecho europeo puede consultarse: WILHELMSSON, T. - TWIGG-FLESNER, CH., *Pre-contractual Information Duties in the Acquis Communautaire*, en *European Review of Contract Law*, 4 (2006) 2, p. 456.

³⁵ Véase, por ejemplo: MARTÍNEZ DE AGUIRRE, *Trascendencia del principio de protección a los consumidores en el Derecho de obligaciones*, en *Anuario de Derecho Civil*, 47 (1994) 1, p. 80; PÉREZ GARCÍA, P. A., *La información en la contratación privada. En torno al deber de informar en la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios* (Madrid, Instituto Nacional de Consumo, 1990), pp. 69-73; ORTÍ VALLEJO, A., “Comentario artículo 13”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. - SALAS HERNÁNDEZ, J., *Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios* (Madrid, Civitas, 1992), p. 404; CALLEJO RODRÍGUEZ, C., *El deber precontractual de información: del esquema tradicional del Código civil al régimen del derecho de consumo*, en *Revista Jurídica del Notariado*, 47 (2003), p. 11; MORENO-LUQUE CASARIEGO, C., *Protección previa a la contratación de bienes y servicios*, en LEÓN ARCE, A. (director), *Derechos de los consumidores y usuarios* (2ª edición, Valencia, Tirant lo Blanch, 2007), p. 196; MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C. y otros, *Curso de Derecho civil, II: Derecho de obligaciones* (2ª edición, Madrid, Colex, 2008), p. 408; HADFIELD, G. - HOWSE, R. - TREBILCOCK, M., *Information-Based Principles for Rethinking Consumer Protection Policy*, en *Journal of Consumer Policy*, 28 (1998), p. 140; HOWELLS, G., *The Potential and Limits of Consumer Empowerment by Information*, en *Journal of Law and Society*, 32 (2005), pp. 352-356.

³⁶ Véase GRUNDMANN, S. - KERBER, W. - WEATHERHILL, S., *Party Autonomy and the Role of Information. An Overview*, en LOS MISMOS (editores), *Party Autonomy and the Role of Information in the Internal Market* (Berlin, De Gruyter, 2001), pp. 17-20.

³⁷ MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., *Trascendencia del principio de protección*, cit. (n. 35), p. 80.

³⁸ DIEZ-PICAZO, cit. (n. 1), p. 137.

De ahí que en aquellas sedes en las que existen buenas razones para pensar que se presentan diferencias estructurales entre las partes –por ejemplo, relaciones de consumo o entre profesionales liberales y legos– lo que suele hacerse es dictar legislación especial.

Si lo que vengo diciendo es correcto, entonces es posible afirmar que, así como resultaba incorrecta la extrapolación de las asunciones de igualdad y libertad propias del derecho común a relaciones caracterizadas por la desigualdad de las partes, resulta igualmente incorrecta la extrapolación de la regulación de estas relaciones a aquellas relaciones disciplinadas por el derecho común. Dicho de forma más sencilla: resulta incorrecto extrapolar el establecimiento de un deber general de informar propio de la regulación de relaciones de consumo –u otras semejantes– a aquellas relaciones disciplinadas por el *Código Civil*³⁹.

La segunda enseñanza se refiere a los criterios que pueden extraerse de las normas que imponen deberes precontractuales típicos. Como ya ha quedado dicho, lo que caracteriza las relaciones contractuales en que se introducen deberes típicos es una cierta desigualdad característica entre

³⁹ Por esta razón no se puede compartir posiciones como las de GARCÍA CANTERO, en CASTÁN -GARCÍA CANTERO, *Derecho civil español común y foral* (16^a edición, Madrid, Reus, 1992), III, p. 650) cuando afirma que: “[...] parece razonable pensar que dicho sub-principio (de información) ha de informar no solo la específica legislación protectora de consumidores y usuarios, sino la doctrina general del contrato [...] Cabe establecer que, en toda relación contractual, las partes intervinientes tienen la obligación recíproca de informarse sobre cuántos puntos sean precisos a fin de lograr un consentimiento libre y reflexivo. Este deber contractual de informar lleva consigo el deber previo de informarse para así poder informar”. O la posición de GALGANO, *El negocio jurídico* (Valencia, Tirant lo Blanch, 1992), p. 461, respecto de la buena fe en las negociaciones de un contrato según la cual: “En estos casos la buena fe asume, sobre todo, el carácter de un deber de información de una parte respecto de la otra: cada una de ellas tiene el deber de informar las circunstancias que sean desconocidas para la otra y que puedan resultar determinantes para la prestación de su consentimiento (aquellas por las que la otra parte, si las hubiese sabido, no habría contratado o habría contratado bajo condiciones diversas). Así, por ejemplo, es contrario a la buena fe no decir mientras se está vendiendo un terreno edificable que se tiene conocimiento de que un proyecto de modificación del plan general de ordenación urbana modificará el destino de esa área...; o bien (en la hipótesis inversa) no decir, mientras se negocia el precio de adquisición de un terreno agrícola, que se tiene conocimiento de la existencia de una modificación del plan general de ordenación urbana, en trámite de aprobación, que hace edificable tal terreno lo cual elevaría sensiblemente el precio”. Para una crítica a la extrapolación de reglas propias de las relaciones de consumo al derecho común véase: EIDENMÜLLER, H. - FAUST, F. - GRIGOLEIT, H. - JANSEN, N. - WAGNER, G. - ZIMMERMANN, R., *The Common Frame of Reference for European Private Law Policy Choices and Codification Problems*, en *Oxford Journal of Legal Studies*, 28 (2008) 4, pp. 695-696.

las partes, en términos tales que una dispone de un acceso privilegiado a la información respecto de la otra. En principio, entonces, es posible pensar que si en relaciones disciplinadas por el derecho civil se reproducen estas circunstancias existen buenas razones para que el juez derive de las exigencias de la buena fe deberes precontractuales de información. Así, por ejemplo, no existe, en principio, justificación para imponer un deber de informar si ambas partes pueden acceder a la información en condiciones semejantes; a la inversa –y siempre, en principio– existe justificación si el acceso es suficientemente asimétrico⁴⁰.

Existe, todavía, una tercera enseñanza que puede extraerse de la distinción entre deberes precontractuales típicos y atípicos. Parece aceptarse que en derecho privado la tendencia es que cada uno de los contratantes debe procurarse su propia información⁴¹. En cambio, cuando el legislador ha considerado que las desigualdades entre los contratantes justifican la imposición de un deber precontractual de información típico, el principio es que el contratante en la posición más débil tiene derecho a que le suministren información⁴². De estas dos afirmaciones puede desprenderse la siguiente regla: en derecho privado se presume que la ignorancia no es legítima, quien la alegue debe probar su legitimidad. En cambio, cuando se trata de relaciones en las cuales se ha impuesto un deber de informar se presumirá que la ignorancia es legítima y la carga de acreditar la ilegitimidad recae sobre quien debía suministrar la información.

[Recibido el 25 de marzo y aceptado el 30 de abril de 2010].

⁴⁰ Como resulta bien sabido, la simetría o asimetría en el acceso de la información es una de las distinciones que se utilizan con mayor asiduidad al momento de delimitar los contornos de los deberes precontractuales de información. Véase, por ejemplo: GHESTIN, cit. (n. 3), p. 625 y ss.; FABRE-MAGNAN, *De l'obligation d'information dans les contrats. Essai d'une théorie* (Paris, LGDJ, 1992), pp. 199 ss.; KRONMAN, cit. (n. 13), p. 4; POSNER, *Economic Analysis of Law* (7ª edición, New York, Wolters Kluwer, 2007), p. 90; RUDDEN, cit. (n. 15), p. 96; JOURDAIN, *Le devoir de «se» renseigner* (Paris, Dalloz, 1983), p. 138; SCHÄFER - OTT, cit. (n. 13), p. 324; DÍEZ-PICAZO, cit. (n. 1), p. 312; GÓMEZ CALLE, *Los deberes precontractuales de información* (Madrid, La Ley, 1994), p. 89; PÉREZ GARCÍA, cit. (n. 36), pp. 173-176; y BAZOSABAL ARRUE, *En torno a las obligaciones precontractuales de información*, en *Anuario de Derecho Civil*, 62 (2009) 2, p. 701.

⁴¹ Véase MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, *Trascendencia del principio de protección*, cit. (n. 35), p. 81.

⁴² Es lo que GÓMEZ SEGADE, *Notas sobre el derecho de información del consumidor*, en *Revista Jurídica de Cataluña*, 3 (1980), pp., p. 701, ha denominado la sustitución “[d]el viejo principio del *caveat emptor* por el más progresivo del *caveat venditor*”.

BIBLIOGRAFÍA

- ALBALADEJO, M., *Derecho civil, I: Introducción y parte general* (17^a edición, Madrid, Edisofer, 2006), I.
- ALBALADEJO, M., *Derecho civil, I: Introducción y parte general* (16^a edición, Madrid, Edisofer, 2004).
- ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo, *De la compraventa y de la promesa de venta* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2003).
- ATYIAH, P., *An Introduction to the Law of Contract* (4^a edición, Oxford, Clarendon Press, 1989).
- BARNETT, R., *Rational Bargaining Theory and Contract. Default Rules, Hypothetical Consent, the Duty to Disclose, and Fraud*, en *Harvard Society for Law and Public Policy*, 15 (1992).
- BARRIENTOS ZAMORANO, M., *Daños y deberes en las tratativas preliminares de un contrato* (Santiago, LegalPublishing, 2008).
- BARROS BOURIE, E., *Tratado de responsabilidad extracontractual* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2006).
- BAZOSABAL ARRUE, *En torno a las obligaciones precontractuales de información*, en *Anuario de Derecho Civil*, 62 (2009) 2.
- BAZOSABAL ARRUE, J., *En torno a las obligaciones precontractuales de información*, en *Anuario de Derecho Civil*, 62 (Madrid, 2009) 2.
- BEALE, H. - HARTKAMP, A. - KÖTZ, H. - TALLON, D., *Contract Law* (Oxford, Hart, 2001).
- BENSON, P., *The Theory of Contract Law, New Essays* (New York, Cambridge University Press, 2001).
- BETTI, E., *Teoría general del negocio jurídico* (2^a edición, traducción de A. Martín Pérez, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1959).
- CALLEJO RODRÍGUEZ, C., *El deber precontractual de información: del esquema tradicional del Código civil al régimen del derecho de consumo*, en *Revista Jurídica del Notariado*, 47 (2003).
- CARIOTA FERRARA, L., *El negocio jurídico* (traducción de M. Albaladejo, Madrid, Aguilar, 1959).
- CARTWRIGHT, J., *Misrepresentation, Mistake and Non-Disclosure* (London, Sweet and Maxwell, 2007).
- CASTÁN -GARCÍA CANTERO, *Derecho civil español común y foral* (16^a edición, Madrid, Reus, 1992), III.
- COLEMAN, J. - HECKATHORN, D. - MASER, S., *A Bargaining Theory Approach to Default Provisions and Disclosure Rules in Contract Law*, en *Harvard Society for Law and Public Policy*, 12 (1989).
- COOTER - ULEN, cit. (n. 13), p. 350; y SHAVELL, S., *Acquisition and Disclosure of Information Prior to Sale*, en *The Rand Journal of Economics*, 25 (1994) 1.
- DÍEZ-PICAZO, L., "Prologo" a Wieacker, F., *El principio general de la buena fe* (traducción de J. L. Carro, Madrid, Editorial Civitas, 1977).
- DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho civil patrimonial, I: Introducción. Teoría del contrato* (6^a edición, Cizur Menor, Navarra, Thomson Civitas, 2007).
- DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho civil patrimonial, II: Las relaciones obligatorias* (6^a edición, Cizur Menor, Navarra, Thomson Civitas, 2008).
- EHMANN, H. - SUTSCHET, H., *La reforma del BGB. Modernización del derecho alemán*

- de obligaciones* (traducción de C. López Díaz y U. Salas de Sánchez, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2006).
- EIDENMÜLLER, H. - FAUST, F. - GRIGOLEIT, H. - JANSEN, N. - WAGNER, G. - ZIMMERMANN, R., *The Common Frame of Reference for European Private Law Policy Choices and Codification Problems*, en *Oxford Journal of Legal Studies*, 28 (2008) 4.
- EIDENMÜLLER, H. - FAUST, F. - GRIGOLEIT, H. - JANSEN, N. - WAGNER, G. - ZIMMERMANN, R., *The Common Frame of Reference for European Private Law Policy Choices and Codification Problems*, en *Oxford Journal of Legal Studies*, 28 (2008) 4.
- ERP, S. van, *The Precontractual Stage*, en HARTKAMP, A. y otros (editores), *Towards a European Civil Code* (2ª edición, Nijmegen, Kluwer Law International, 1998).
- FABRE-MAGNAN, *De l'obligation d'information dans les contrats. Essai d'une théorie* (Paris, LGDJ, 1992).
- GALGANO, *El negocio jurídico* (Valencia, Tirant lo Blanch, 1992).
- GHESTIN J., *The Precontractual Obligation to Disclose Information. French Report*, en HARRIS, D. - TALLON, D. (editores), *Contract Law Today, Anglo-French Comparisons* (Oxford, Clarendon Press, 1989).
- GHESTIN, J., *Traité de droit civil. Les obligations. La formation du contrat* (Paris, LGDJ, 1993).
- GILIKER, P., *Regulating Contracting Behaviour. The Duty to Disclose in English and French Law*, en *European Review of Private Law*, 5 (2005).
- GÓMEZ CALLE, *Los deberes precontractuales de información* (Madrid, La Ley, 1994).
- GÓMEZ SEGADÉ, *Notas sobre el derecho de información del consumidor*, en *Revista Jurídica de Cataluña*, 3 (1980).
- GRISI, G., voz "Informazione (obblighi di)", en AA. VV., *Enciclopedia Giuridica* (Roma, 1989), XVI.
- GRUNDMANN, S. - KERBER, W. - WEATHERHILL, S., *Party Autonomy and the Role of Information. An Overview*, en LOS MISMOS (editores), *Party Autonomy and the Role of Information in the Internal Market* (Berlin, De Gruyter, 2001).
- HADFIELD, G. - HOWSE, R. - TREBILCOCK, M., *Information-Based Principles for Rethinking Consumer Protection Policy*, en *Journal of Consumer Policy*, 28 (1998).
- HOWELLS, G., *The Potential and Limits of Consumer Empowerment by Information*, en *Journal of Law and Society*, 32 (2005).
- JOURDAIN, *Le devoir de «se» renseigner* (Paris, Dalloz, 1983).
- KESSLER, F - FINE, E., "Culpa in Contrahendo", *Bargaining in Good Faith, and Freedom of Contract: A comparative Study*, en *Harvard Law Review*, 77 (1964).
- KRONMAN, A., *Mistake, Disclosure and the Law of Contract*, en *The Journal of Legal Studies*, 7 (1978) 1.
- LARENZ, K., *Derecho civil. Parte general* (traducción y notas de M. Izquierdo y Macías-Picavea, Madrid, Editorial Revista de Derecho privado, 1978).
- LARROUMET, CH., *Droit civil*, III, 1ª parte: *Les obligations. Le contrat* (6ª edición, Paris, Economica, 2007).
- LEGRAND, P., *Pre-Contractual Disclosure and Information: English and French Law Compared*, en *Oxford Journal of Legal Studies*, 6 (1986) 3.
- LÓPEZ SANTA MARÍA, J., *Los contratos. Parte general* (4ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2005).
- MARKESSINIS, B. - UNBERATH, H. - JOHNSTON, A., *The German Law of Contract. A Comparative Treatise* (2ª edición, Portland, Hart Publishing, 2006).

- MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C. y otros, *Curso de Derecho civil, II: Derecho de obligaciones* (2^a edición, Madrid, Colex, 2008).
- MARTÍNEZ DE AGUIRRE, *Trascendencia del principio de protección a los consumidores en el Derecho de obligaciones*, en *Anuario de Derecho Civil*, 47 (1994) 1.
- MAZA GAZMURI, I. de la, *A propósito del artículo 186*, en *Estudios de Derecho Civil V* (en prensa en Santiago, LegalPublishing).
- MIQUEL GONZÁLEZ, “Comentario al artículo 7.1”, en ALBALADEJO, M. - ALABART, S. (directores), *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales* (Madrid, Edersa, 1993).
- MORENO-LUQUE CASARIEGO, C., *Protección previa a la contratación de bienes y servicios*, en LEÓN ARCE, A. (director), *Derechos de los consumidores y usuarios* (2^a edición, Valencia, Tirant lo Blanch, 2007).
- NICHOLAS, B., *The precontractual obligation to disclose information. English Report*, en HARRIS, D. - TALLON, D. (editores), *Contract Law Today, Anglo-French Comparisons* (Oxford, Clarendon Press, 1989).
- ORTÍ VALLEJO, A., “Comentario artículo 13”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. - SALAS HERNÁNDEZ, J., *Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios* (Madrid, Civitas, 1992).
- PÉREZ GARCÍA, P. A., *La información en la contratación privada. En torno al deber de informar en la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios* (Madrid, Instituto Nacional de Consumo, 1990).
- PIETROBON, V., *El error en la doctrina del negocio jurídico* (traducción de M. Alonso Pérez, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1971).
- POSNER, *Economic Analysis of Law* (7^a edición, New York, Wolters Kluwer, 2007).
- PROBST, T., Deception, en MEHREN, A. von (editor), *International Encyclopedia of Comparative Law, VII: Contracts in General*, parte 2^a (Tübingen, Mohr Siebeck y Martinus Nijhoff Publishers, 2008).
- RAMOS PAZOS, R., *Derecho de familia* (6^a edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2007).
- ROSSUM, *The Duty of Disclosure: Tendencies in French Law, Dutch Law and English Law; Criteria, Differences and Similarities between the Legal Systems* (Maastricht J. Eur. & Comp. L., 2000), VII.
- RUDDEN, *Le juste et l'inefficace. Pour un non-devoir de renseignements*, en *Revue Trimestrielle de Droit Civil* (1985).
- SCHÄFER H.-B. - OTT, C., *Manual de análisis económico del Derecho civil* (traducción de M. von Carsteen-Lichterfelde, Madrid, Tecnos, 1991).
- SEFTON GREEN, R. (editor), *Mistake, Fraud and Duties to Inform in European Contract Law* (Cambridge University Press, Cambridge, 2005).
- SEFTON-GREEN, R., *Duties to Inform versus Party Autonomy: Reversing the Paradigm (from Free Consent to Informed Consent)? A Comparative Account of French and English Law*, en HOWELLS, G. - JANSSEN, A. - SCHULZE, R. (editores), *Information Rights and Obligations. A Challenge for Party Autonomy and Transactional Fairness* (Ashgate, 2005).
- STRUDLER, A., *Moral Complexity in the Law of Nondisclosure*, en *University of California, Los Angeles, Law Review*, 45 (1997).
- TERRÉ F. - SIMLER, PH. - LEQUETTE, Y., *Droit civil. Les obligations* (6^a edición, Paris, Dalloz, 1996).

- THUR, A. von, *Tratado de las obligaciones* (traducción de W. Roces, Madrid, Reus, 1934).
- TREITEL, G., *The Law of Contract* (11ª edición, London, Thomson Sweet & Maxwell, 2003).
- WHITTAKER, S. - ZIMMERMAN, R., *Good Faith in European Contract Law: Surveying the Legal Landscape*, en WHITTAKER, S. - ZIMMERMAN, R. (editores), *Good Faith in European Contract Law* (Cambridge, Cambridge University Press, 2000).
- WILHELMSSON, T. - TWIGG-FLESNER, CH., *Pre-contractual Information Duties in the Acquis Communautaire*, en *European Review of Contract Law*, 4 (2006) 2.
- ZWEIGERT - KÖTZ, *An Introduction to Comparative Law* (3ª edición, traducción de T. Weir, New York, Oxford University Press, 1998).

