



Revista de Derecho Privado

ISSN: 0123-4366

revderprivado@uexternado.edu.co

Universidad Externado de Colombia
Colombia

Chinchilla Imbett, Carlos Alberto
El deber de información contractual y sus límites
Revista de Derecho Privado, núm. 21, julio-diciembre, 2011, pp. 327-350
Universidad Externado de Colombia
Bogotá, Colombia

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=417537595014>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica
Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal
Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

El deber de información contractual y sus límites

CARLOS ALBERTO CHINCHILLA IMBETT*

Sumario: I. La naturaleza de las relaciones negociales contemporáneas como justificación para el estudio del deber de información. II. El deber de información contractual es una obligación emanada de la buena fe. III. Desigualdad de conocimientos entre los contratantes y robustecimiento del consentimiento como razón de ser del deber de información contractual. IV. El deber de información deberá cumplirse de manera substancial y no meramente formal, para ello la información debe estar dotada de: claridad, oportunidad y transparencia. V. Las cualidades de los sujetos contratantes son determinantes para establecer el alcance del deber de información. VI. El deber de información no es absoluto, la buena fe impone unos límites que permiten dotarlo de contenido, eficacia y precisión. VII. A manera de conclusión.

Resumen: El presente artículo trata del alcance y de los límites del deber de información, para lo cual, se establece que el deber de información es una obligación emanada de la buena fe y su cumplimiento permite el pleno uso de la libertad contractual en cuanto facilita decidir la conveniencia del negocio, prevenir los riesgos, determinar el alcance de las obligaciones y derechos asumidos. Adicionalmente se establece que la información suministrada deberá ser clara, oportuna y transparente, de manera que permita que el deber de información se cumpla de forma substancial y no meramente formal. Por último, el autor devela los límites que impone la buena fe al deber de información en forma tal de dotar a dicho deber de contenido, eficacia y precisión.

Palabras Clave: Buena fe, deber de información, deber de claridad y transparencia, deber de asesoría, límites al deber de informar, formación del contrato.

* Auxiliar de Investigación del Departamento de Derecho Civil, Universidad Externado de Colombia.[Correo electrónico: carlos.chinchilla@uexternado.edu.co].
Fecha de recepción: 3 de julio de 2011. Fecha de aceptación: 22 de agosto de 2011

I. LA NATURALEZA DE LAS RELACIONES NEGOCIALES CONTEMPORÁNEAS COMO JUSTIFICACIÓN PARA EL ESTUDIO DEL DEBER DE INFORMACIÓN

Tiempo atrás la exigencia de información relativa a los aspectos relevantes sobre los bienes y servicios involucrados en una relación contractual, era una cuestión cuando menos superficial y las más de las veces impensable, pues la naturaleza de las relaciones negociales y las características propias de los bienes y servicios parecía no requerirlo, mientras que en los tiempos modernos, debido a la complejidad de las relaciones, a la especialidad de las prestaciones y la amplitud o diversificación de productos y servicios se hace imperativa la exigibilidad del deber de información, al punto que brindar dicha información sobre los aspectos trascendentales del negocio que permitan ilustrar a la contraparte sobre la conveniencia del mismo se erige en un requerimiento que está a la orden del día. Así las cosas, el deber de información contractual, se convierte en un tema de gran envergadura, que adquiere cada vez mayor entidad, en cuanto incide en la legitimidad del contrato, el contenido de las obligaciones de las partes y la propia interpretación del negocio.

II. EL DEBER DE INFORMACIÓN CONTRACTUAL ES UNA OBLIGACIÓN EMANADA DE LA BUENA FE

La buena fe es una regla relacional de comportamiento, cuyo contenido es objetivo y su entendimiento va siempre en función de la tutela de ambas partes en el contrato, o sea en garantía de la confianza de que mutuamente seguirán los postulados de buena fe. Por ello, no se la puede tomar con una elasticidad que le permita al obligado comportarse según su mejor saber o entender, con sacrificio del interés ajeno¹. El sujeto debe actuar con lealtad y corrección plenas, de acuerdo con los patrones generales de conducta y, en cada caso en particular, de conformidad con los más estrictos que impone la naturaleza del contrato en cuestión. La buena fe contractual, como norma de comportamiento extiende autoridad y orientación a todo el ámbito contractual, convirtiéndose en una columna importante del contrato².

La fuerza que tiene la buena fe dentro de su función integradora como principio general del derecho³, se ha encargado no solamente de colmar las lagunas

¹ F. HINESTROSA, "Leyendo el Digesto", en: *Revista Roma e America. Diritto Romano Comune*, n.º 22, año 2006, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, p. 72; "El deber de sinceridad del tomador del seguro en su declaración del estado del riesgo", en: *Revista Ibero latinoamericana de seguros*, Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 2006, p. 122.

² M. L. NEME VILLARREAL, "El principio de buena fe en material contractual en el sistema jurídico colombiano", En: *Revista Derecho Privado*, n.º 11, Año 2006, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, p. 85.

³ F. HINESTROSA, "De los principios generales del Derecho a los principios generales del contrato", en: *Revista de Derecho Privado*, n.º 5, Año: 2000, p. 8

existentes en la legislación, sino también de servir de apertura del derecho a las nuevas circunstancias que se presentan en el tráfico jurídico con una proyección innovadora. Es por ello que la buena fe da lugar a obligaciones adicionales a las convenidas por las partes, obligaciones que son inherentes a la relación contractual, y que en ningún momento entran a alterar su naturaleza⁴, sino por el contrario, a ajustar el comportamiento de las partes a parámetros de lealtad, diligencia, honestidad, probidad, entre otros valores, los cuales son exigibles en todas las relaciones negociales.

Así pues, la buena fe objetiva en su función integradora, obliga tanto a lo fijado en la convención, como a los cuidados generales usuales entre las personas honorables, como también a todas aquellas prestaciones accesorias que rodean el negocio en cada momento, independientemente que las partes las hayan pactado o no, de modo que sea la buena fe en la función integradora la que permita la formación permanente del contenido del contrato mediante la inclusión de reglas concretas en las que se traduce el principio⁵.

Siguiendo la línea de la doctrina autorizada⁶, podríamos afirmar que la buena fe obliga a lo dispuesto en el negocio jurídico y a los usos y costumbres usuales entre las personas honorables, como también obliga a todas aquellas prestaciones accesorias que circunscriben a cada negocio en particular teniendo en cuenta las particularidades del caso en concreto, con independencia o no de que hayan sido pactadas expresamente. Es por ello que son deberes naturales del contrato y que por virtud de la fuerza integradora de la buena fe se entienden incorporados a él los deberes de la obligación de información, de lealtad, de transparencia, de claridad, de diligencia, de vinculación al pacto celebrado atendiendo el interés de las partes, de cooperación, de solidaridad, de no contrariar los actos propios etc.⁷. En fin, una forma de aplicar el principio de la buena fe a la relación contractual atendiendo a su función integradora, es afirmando la existencia de deberes contractuales que, aunque no han sido explicitados, se integran a la obligación principal declarada en el contrato o a su propósito práctico, como es el caso del deber de información contractual.

El deber de información consiste en dar noticia, informar, hacer saber a la contraparte de las circunstancias, cualidades y situaciones de hecho sobre el objeto del contrato, el contenido y los efectos de este, entre otros elementos, que permiten

⁴ C. BIANCA, *El contrato*. 2.^a ed. Trad. Esp. F. HINESTROSA, E. CORTÉS, Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2007, p. 521.

⁵ M. L. NEME VILLARREAL, *La buena fe en el derecho romano extensión del deber de actuar conforme a buena fe en materia contractual*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2010. p. 240.

⁶ Sobre el particular: L. BIGLIAZZI GERI, *La buona fede nel diritto privato, Il principio di buona fede*. Milano: Giuffrè Editore 1987. J. L. DE LOS MOZOS, *El principio de la buena fe, sus aplicaciones prácticas en el Derecho Civil Español*. Barcelona: Casa Editorial BOSCH; M. L. NEME VILLARREAL, *La buena fe en el derecho romano extensión del deber de actuar conforme a buena fe en materia contractual*. Op. cit.

⁷ M. L. NEME VILLARREAL, *El principio de buena fe en materia contractual en el sistema jurídico colombiano*. Cit., p. 90.

dentro del periodo precontractual, la determinación de la decisión de contratar en las condiciones que permitan satisfacer los propios intereses de los contratantes, como también la subsiguiente ejecución del contrato orientado al cumplimiento debido de las obligaciones a cargo, bajo los postulados de buena fe.

Así las cosas, las reglas de conductas emanadas del principio se traducen en distintos de deberes específicos de hacer o no hacer, que deberán ser cumplidos durante todo el *iter* contractual⁸; deberes estos dentro de los cuales encontramos el deber de información que recae sobre las partes contratantes⁹, en el que no valen elementos abstractos, indeterminados y subjetivos, sino todo lo contrario, un comportamiento que debe valerse de elementos precisos e implícitos en las relaciones contractuales, los cuales intentaremos esbozar en el presente escrito.

III. DESIGUALDAD DE CONOCIMIENTOS ENTRE LOS CONTRATANTES Y ROBUSTECIMIENTO DEL CONSENTIMIENTO COMO RAZÓN DE SER DEL DEBER DE INFORMACIÓN CONTRACTUAL

La obligación de informar encuentra su razón de ser en dos supuestos. Por una parte, la desigualdad de conocimientos entre los contratantes¹⁰, cuyo cumplimiento pretende lograr el restablecimiento de la igualdad entre las partes evitando el ejercicio abusivo de posiciones dominantes; y por la otra, formar adecuadamente el consentimiento del contratante¹¹ en cuanto el cumplimiento del deber de información robustece dicho consentimiento al permitir su formación.

En el primero de sus fundamentos, el deber de información encuentra razón de ser en un desequilibrio de conocimiento entre los contratantes, ya sea debido a la forma como se construye el contrato¹² o a las circunstancias que rodean al contrato mismo, en ambos eventos la información versará sobre los sujetos contratantes, el objeto del contrato, los vicios del consentimiento, los vicios de la cosa,

⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 2 de agosto de 2001, Exp: 6146

⁹ Cfr. J. F. NAVIA REVOLLO, *La reticencia como forma de dolo vicio de la voluntad*, Tesis de Grado. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2009, p. 202. "La buena fe, entendida, no como creencia de actuar honestamente, sino como efectiva adecuación del propio obrar a los parámetros de la lealtad, la fidelidad y la corrección, se concreta en una multiplicidad de deberes de conducta. Dentro de estos, se encuentra uno de información o comunicación, que pesa sobre los candidatos a parte de todo negocio jurídico". F. HINESTROSA, *El deber de sinceridad del tomador del seguro en su declaración del estado del riesgo*, Op. cit., p. 124. "El deber de información oportuna, completa y veraz, es algo elemental, correspondiente a la exigencia de obrar con lealtad y corrección en que se proyecta el principio de buena fe, encarecido sobremanera en el comercio de bienes y servicios, que impone la mayor consideración hacia el otro".

¹⁰ R. STIGLITZ – G. STIGLITZ, *Responsabilidad Precontractual incumplimiento del deber de información*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1992, pp. 67, 68

¹¹ J. LLOBET I. AGUADO, *El deber de información en la formación de los contratos*. Madrid: Marcial Pons, 1996, p. 42.

¹² Como es el caso de los contratos de adhesión, cláusulas predispuestas, contratos con condiciones generales, entre otros.

el contenido del contrato y los efectos de éste. En ese sentido, ese desequilibrio de conocimiento genera la obligación a la parte enterada de informar sobre todas aquellas circunstancias que rodean al negocio y que la otra parte tiene interés en conocer, pero que ignora legítimamente por su condición social, económica, intelectual o cultural.

En aquellos eventos en que la relación contractual se establece entre un profesional y un inexperto, la obligación de informar a cargo del profesional se hace más evidente. Ello debido a la necesidad de reequilibrar la relación mediante la exigencia de protección de la parte débil; al efecto se ha construido una presunción de ignorancia legítima consistente en que por el solo hecho de su condición, su conocimiento es precario, situación ésta que exige una mayor rigurosidad de la obligación de informar que recae sobre el profesional respecto de su contraparte¹³.

Por su parte, el segundo supuesto en el que encuentra razón de ser el deber de información es el robustecimiento del consentimiento, robustecimiento que implica no solo comprender el mecanismo de la operación contractual a celebrar sino que se extiende hasta la plena comprensión del contenido de los derechos y obligaciones que por tal virtud se adquieren y a la valoración de los riesgos que comporta el contrato.

La información suministrada de forma clara, oportuna y transparente, determina el consentimiento, a través de la influencia que ejerce sobre el contratante en la toma de la decisión de contratar o no, y en caso de contratar bajo las condiciones que, según la información suministrada, sean favorables y protectoras de los intereses de ambas partes, así mismo en aquella situación en la que haya sido celebrado el contrato se puedan ejecutar las obligaciones teniendo en cuenta las circunstancias que rodearon la relación contractual en particular respetando los cánones del principio general de la buena fe.

La información comunicada deficientemente o en su defecto no comunicada, perturba el consentimiento, la voluntad común y enrarece la atmósfera contractual de forma tal que si ella se presenta en la formación del contrato, generaría un vicio desde la génesis, es por ello que el contenido del deber de informar se extiende a la información que sea relevante y suficiente en miras a la toma de una decisión, de manera que cuando se contrate se tengan todos los elementos de juicio necesarios que determinen un consentimiento pleno y sin vicio alguno.

Así pues, el cumplimiento del deber de información permite actuar en pleno uso de la libertad contractual en cuanto facilita decidir la conveniencia del negocio, prevenir los riesgos, determinar el alcance de las obligaciones y derechos asumidos. Exigir una información completa, clara y veraz no supone inhibir la autonomía contractual, muy al contrario, se erige en una garantía del principio

¹³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia de 12 de enero de 2007. Exp: 0145.

de la autonomía privada, promueve la igualdad real entre los contratantes y el equilibrio de las fuerzas en aras del logro de la justicia contractual.

IV. EL DEBER DE INFORMACIÓN DEBERÁ CUMPLIRSE DE MANERA SUBSTANCIAL Y NO MERAMENTE FORMAL, PARA ELLO LA INFORMACIÓN DEBE ESTAR DOTADA DE: CLARIDAD, OPORTUNIDAD Y TRANSPARENCIA

Siguiendo con nuestra línea argumentativa, el cumplimiento del deber de información se concreta en las situaciones de hecho específicas de carácter objetivo que deberán ser manifestadas por las partes, para que las conozcan o deban conocerlas con miras a tomar la decisión de contratar con un consentimiento plenamente formado.

Dicho deber de información deberá cumplirse de manera substancial y no meramente formal, para ello es necesario no solo que la información se exteriorice, sino que se exprese, de manera clara, de modo que ésta llegue a su destinatario en condiciones que le permitan hacer propio su contenido, para lo cual la información deberá estar dotada de tres características: a. claridad; b. oportunidad y; c. transparencia.

A. Claridad

El contratante debe evitar un lenguaje ambiguo que no pueda ser comprendido a cabalidad por la contraparte¹⁴, por ello se puede entender que la claridad significa expresar de manera inequívoca el contenido íntegro y enteramente comprensible de la operación económica proyectada. Ello permite evitar cualquier ambigüedad lingüística o conceptual, de forma tal que el contenido del futuro contrato y el objeto sobre el cual recae sean evidenciados de forma tal que no se tenga duda sobre su significado e interpretación¹⁵. A fin de lograr tal claridad, se debe evitar el uso de vocablos que tengan una doble significación o una comprensión conceptual de difícil aprehensión, además de precaver que la contraparte no encuentre dentro del contrato disposiciones que le generen malentendidos¹⁶, de manera tal que se le permita el correcto entendimiento de las palabras y por consiguiente, la comprensión del sentido y alcance de lo que se quiere y de aquello de lo que se obliga.

¹⁴ C. BIANCA. *El contrato*. Op. cit., p.186.

¹⁵ G. MERUZZI, *La Trattativa maliziosa*. Padova: Casa Editrice Dott Antonio Milani, CEDAM, 2002, p. 171.

¹⁶ Como lo explica E. BETTI, "la claridad es un deber que recae sobre el declarante, en el que resulta indispensable, en el interés de los terceros, un mínimo de univocidad y de claridad, que permita la tutela de la confianza fundada sobre el común significado de las declaraciones contractuales." E. BETTI, *Teoría General del Negocio Jurídico*. Segunda Edición. Madrid: Editorial Revista Derecho Privado. 1959. p. 105.

Adicionalmente, las partes, en aras de garantizar la claridad de la información, están en libertad de establecer el idioma en el que será redactado el contrato y el tipo de lenguaje que crean conveniente utilizar para la elaboración del contenido contractual y el manejo de sus relaciones negociales. No obstante, tal libertad está limitada por la buena fe, específicamente por la regla que ordena "no abusar de la posición dominante en perjuicio ajeno", cuya trasgresión se pone de relieve particularmente en el caso de quien impone la propia lengua en uso de su posición comercial frente a la otra, a sabiendas de que la contraparte no comprende a cabalidad el idioma adoptado en el contrato¹⁷. El principio de la buena fe que se manifiesta en la exigencia de un comportamiento correcto, impone a la parte dominante el deber de buscar la forma idónea para la expresión de la declaración de la voluntad, por lo que se reputa indispensable, la consideración del interés de la contraparte, que en este caso se manifiesta en la seguridad de que ella comprenda completamente el alcance de las obligaciones que adquiere¹⁸.

Otro aspecto que se torna igualmente relevante para la determinación de la claridad, es el deber que tienen las partes de precisar el significado de los vocablos utilizados y su ámbito de aplicación frente a las disposiciones del contrato. La exigencia de claridad se cumple en algunos contratos mediante la inclusión de premisas, descripciones de ciertos hechos o marcos conceptuales que aclaran los antecedentes del contrato, o de un glosario que define los términos y las expresiones que se usan a lo largo del texto contractual con el fin de garantizar la comprensión uniforme del vocabulario usado y así reducir al mínimo las percepciones erróneas¹⁹.

¹⁷ Cfr. C. BIANCA. *El Contrato*. Op. cit., p. 186. "En general, la dificultad del lenguaje no impide la aplicación del contrato según el significado objetivo del lenguaje, pero el contratante no se comporta de buena fe si se aprovecha de la ignorancia de la otra parte, en relación con el significado de la cláusula aceptada".

¹⁸ Ley Federal de Protección al Consumidor de México, Artículo 85: "Para los efectos de esta ley, se entiende por contrato de adhesión el documento elaborado unilateralmente por el proveedor, para establecer los formatos uniforme los términos y condiciones aplicables a la adquisición de un producto o la prestación de un servicio, aún cuando dicho documento no contenga todas las cláusulas ordinarias de un contrato. Todo contrato de adhesión celebrado en territorio nacional, para su validez, deberá estar escrito en idioma español y sus caracteres deberán ser legibles a simple vista."

Código de Consumo Francia, Artículo L121; "(...) Cuando la lengua del contrato sea diferente a la del Estado en el que se encuentra la unidad habitacional, el emprendedor debe también entregarle una traducción autenticada del contrato en la lengua o en una de las lenguas del Estado en la que se encuentra el inmueble, toda vez que se trate de una de las lenguas oficiales de la Unión Europea o del Tratado del espacio económico europeo (...)". Decreto 3192 de 1983 por el cual se reglamenta en lo referente a fabricas de alcohol y bebidas alcohólicas, Artículo 58: "Los productos nacionales e importados objeto del presente decreto, deben llevar una etiqueta o rótulo en el cual conste de manera clara, además del nombre o marca del producto, en forma legible y en idioma español lo siguiente...".

¹⁹ "Las cláusulas contractuales deben ser formuladas por el profesional de manera clara y comprensible. (...) La carga del profesional no se limita a hacer conocer al consumidor el

Además, otra circunstancia que debe ser considerada a fin de lograr la claridad de la información, es la posibilidad de que el destinatario utilice y se apropie de la información comunicada, pues ésta le debe ser presentada de forma que sea accesible a su capacidad y a sus posibilidades, para que así pueda aprovecharse de los beneficios de encontrarse debidamente informado, esto es, de tener un consentimiento ilustrado. Los contratantes deben rechazar el lenguaje susceptible de no ser comprendido por la contraparte, es decir: existe la obligación de hablar claro, de expresar los intereses de manera precisa, para que así deba estarse a la pura y real intención de los contratantes²⁰ y no correr con la suerte de soportar las consecuencias nocivas de incumplir con el deber de claridad.

Es importante llamar la atención sobre la consecuencia más relevante de no cumplir satisfactoriamente con el deber de claridad, cuando se está obligado a hablar claro, sin reticencias ni ficciones, cual es la de soportar la interpretación desfavorable sobre los términos del contrato cuando estos son ambiguos²¹. Lo anterior sin obviar la posibilidad de considerar como no incluidas aquellas cláusulas no susceptibles de ser comprendidas por un sujeto de capacidad e inteligencia media, consecuencia que se deduce de la inobservancia del deber de hablar claro, violentando el principio de la buena fe²².

texto de las cláusulas, sino que se necesita, además, la utilización de cláusulas inteligibles". C. BIANCA, *El contrato*, Op. cit., p. 411.

²⁰ "Si en el acto que le da vida al negocio jurídico, le incumbe, sobre todo, una carga de claridad, en el sentido de fijar de manera inequívoca y fácilmente reconocible, en cuanto le interesa, el valor vinculante del negocio que concluye" E. BETTI, *Teoría General del Negocio Jurídico*. Op. cit., p. 92.

²¹ Una de las consecuencias del uso ambiguo en las declaraciones contractuales se establece en el Código Civil, Artículo 1624: "No pudiendo aplicarse ninguna de las reglas precedentes de interpretación, se interpretarán las cláusulas ambiguas a favor del deudor. Pero las cláusulas ambiguas que hayan sido extendidas o dictadas por una de las partes, sea acreedora o deudora, se interpretarán contra ella, siempre que la ambigüedad provenga de la falta de una explicación que haya debido darse por ella". Sobre esta regla de interpretación denominada *contra proferentem* o *contra stipulatorem*, E. RENGIFO GARCÍA expresa: "Esta regla de interpretación se utiliza para dilucidar el sentido de un contrato o cláusula contractual, válido con reflejo de la voluntad común de las partes, pero que por su oscuridad, ambigüedad o contradicción interna, no la expresa con suficiente claridad; si no se puede averiguar su sentido por otros medios, se presumirá que el correcto es el que favorezca a la parte que no lo redactó para evitar que quien lo hizo pueda llegar a aprovecharse indebidamente de su labor o como forma de atribuirle la responsabilidad de la oscuridad, puesto que pudo y debió haber actuado con mayor diligencia al redactar el contrato. Es la carga de hablar claro que pesa sobre quien lleva la iniciativa contractual, que se corresponde con una autorresponsabilidad cuando no se cumple satisfactoriamente con ella". Cfr. E. RENGIFO GARCÍA "Deber precontractual de información y las condiciones generales de contratación". En: *Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia*, n.º 327 Diciembre de 2009, p. 105.

²² C. BIANCA, *El contrato*, Op. cit., p. 412.

B. Oportunidad

La información deberá ser transmitida de manera que produzca efectos beneficiosos en quien la recibe. Esto es, deberá ser comunicada a la contraparte en el momento indicado para que pueda tomar la decisión de contratar y determinar la conveniencia o no de ejercer su libertad contractual y las condiciones en las que la ejercerá. Si la información es entregada tardíamente, se priva al destinatario acreedor de la misma de las bondades de ésta en la medida en que la toma de la decisión de contratar se habrá realizado sin que medie verdadera reflexión sobre la conveniencia del negocio, lo que a la postre permitiría invocar la sanción de la falta de consentimiento en el negocio contratado.

Para ejemplificar la oportunidad como característica de la información, resulta propicio examinar la exigibilidad del deber de información en la fase precontractual del contrato de seguro, respecto del cual en su celebración se exige una declaración cierta y completa sobre el estado del riesgo del asegurado, para lo cual el asegurador la solicita o la propicia antes de la celebración del contrato, de manera que le permita a este una apreciación cierta sobre el riesgo que va cubrir para que así pueda rechazar o aceptar el seguro²³. La información sobre las circunstancias y hechos relevantes para la apreciación del riesgo deberá realizarse oportunamente, esto es, en la preparación del contrato, ya que es allí donde se manifiesta el carácter de buena fe del contrato de seguro y la demanda normativa de máximas diligencia y buena fe a cargo del asegurado²⁴. En el mismo sentido, en el contrato de transporte de cosas, el remitente deberá informar al transportador a más tardar al momento de la entrega de la mercancía, el nombre y la dirección del destinatario, el lugar de 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 el embalaje especial de ser necesario, de manera que le permita al transportador tomar las precauciones necesarias y manejar adecuadamente las mercancías que están a su cargo²⁵.

En efecto, la información suministrada de una parte a la otra, sobre ciertos hechos y datos debe permitirle a la parte receptora ejercer la libertad de contratar o de ejecutar las prestaciones debidas conforme a la información obtenida oportunamente.

²³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 19 de Mayo de 1999, M.P. Exp. 4929.

²⁴ F. HINESTROSA, *El deber de sinceridad del tomador del seguro en su declaración del estado del riesgo*. Op. cit., p. 133.

²⁵ Código de Comercio. Artículo 1010.

C. Transparencia

La información transparente se concreta en la posibilidad de que el destinatario pueda tener un conocimiento de tal calidad que le permita efectuar una elección razonable y consciente, puesto que conoce de primera mano y totalmente las circunstancias sobre la relación negocial y todas sus vicisitudes. La información transparente ha de ser completa, suficiente y exacta.

En primera instancia, el carácter completo de la información se refiere a que el remitente no puede reservarse información o quedarse para sí con ningún dato que sea relevante para la relación contractual, no podrá omitir información que pueda llegar a incidir en la toma de decisiones o en la ejecución de las prestaciones por parte del destinatario. La información deberá recaer sobre todos aquellos puntos que a juicio del informante, bajo los postulados de los principios generales del derecho y específicamente el de buena fe, le sean útiles a la persona a la que se dirigen a fin de conformar el consentimiento de manera clara y reflexiva. A modo de ejemplo, podríamos citar el caso de aquel anuncio que proclama la existencia de un parque en las proximidades del inmueble en venta sin precisar que este es privado y enteramente cerrado al público²⁶.

Por su parte, la suficiencia de la información, en el caso del derecho del consumidor, se concreta en la posibilidad que tiene el consumidor o usuario de poseer un conocimiento apto sobre las características básicas del producto o del servicio y de las condiciones para la adquisición, de tal forma que le permita efectuar una elección razonable entre los diferentes productos o servicios que le ofrezcan²⁷.

La exactitud en la información responde a la connotación de veracidad, esto es, que la información en las relaciones negociales deberá corresponder a la realidad y no podrá inducir a error en relación con los diferentes aspectos del contrato que conforman la relación negocial.

En síntesis, la información transparente estará determinada por el cumplimiento del "deber legal de declarar y hacerlo sinceramente"²⁸ y entregar una información

²⁶ GHESTIN, *Conformité et garanties dans la vente*, París 1983, p. 109.

²⁷ Al respecto, el artículo 10 del Decreto 3466 de 1982 establece que: "(...) Todo productor deberá informar al público de manera suficiente, respecto de la calidad e idoneidad registradas de los bienes o servicios que ofrece, mediante la mención del número y la fecha del registro, la entidad ante la cual se haya efectuado y, si es el caso, de la licencia que se haya otorgado o de la norma o normas técnicas oficializadas. Respecto de los bienes, la mención de que habla el inciso anterior se hará en su cuerpo mismo, o en sus etiquetas, envases o empaques, o en un anexo que se incluya dentro de éstos o se entregue al consumidor al momento de contratar la adquisición, la utilización o el disfrute del bien de que se trate. Si el contrato fuere escrito, la mención deberá obligatoriamente hacerse en él. En cuanto a los servicios, la mención se hará mediante escrito que se entregará al momento de contratarlos; del mismo modo, la mención respectiva deberá obligatoriamente hacerse en los contratos respectivos cuando éstos consten por escrito".

²⁸ "No decir la verdad es declarar algo distinto a la realidad, más cuando se conoce esa realidad. Es claro que la mentira implica una falta a la verdad, con la intención de engañar; no todo el que falta a la verdad miente; pero sí todo aquel que no dice la verdad no declara

verdadera y sin datos reservados que pueden llegar a ser relevantes a la contraparte, de manera que tal información sea suficiente para formar un consentimiento apto para la celebración del contrato.

V. LAS CUALIDADES DE LOS SUJETOS CONTRATANTES SON DETERMINANTES PARA ESTABLECER EL ALCANCE DEL DEBER DE INFORMACIÓN

Las cualidades de los sujetos contratantes son importantes en pro de determinar el alcance que ha de darse al cumplimiento del deber de información en el *iter* contractual, por cuanto es diferente la información que debe ser suministrada por un profesional o un sujeto cualificado en una relación obligacional²⁹, a la información que debe entregar una persona que ostenta una "presunción de ignorancia legítima"³⁰ debido a las condiciones cognoscitivas, sociales y las circunstancias fácticas en las que ella se encuentra con relación a su contraparte, esto sin desmedro de la obligación de colaboración y diligencia que generan los contratos por aplicación del principio general de la buena fe.

En este orden de ideas existen dos extremos en la relación obligacional las cuales estarán caracterizados por la realidad económica, social y cultural. Así, tal realidad determinará el contenido del deber de información respecto de dichos extremos: el informante y el informado o el deudor de la información y el acreedor de la misma. Lo anterior, sin perjuicio de que tales extremos pueden llegar a nombrarse o denominarse de otras formas como sigue: por el empresario y el consumidor; el ingeniero y el operario; el profesional o especialista en el negocio y el sujeto del común o no profesional; el aprovechador y el necesitado o el torpe. En suma, un sinnúmero de sujetos que según las características de la relación negocial hace que el contenido del deber de información sea menos o más estricto.

Con todo, podríamos afirmar que el solo hecho de ostentar una calidad específica o una posición especial, como sujeto contratante, permite exigirle un cumplimiento más o menos riguroso del deber de informar. Por esta razón, puede presumirse que los sujetos con calidad o posición especialmente calificada en la relación negocial, tienen la información o los medios necesarios para la búsqueda de la misma y consecuentemente el deber de informarlo a su contraparte interesada en ella. Todo esto en aras de alcanzar un equilibrio contractual amenazado

sinceramente" F. HINESTTOSA, *El deber de sinceridad del tomador del seguro en su declaración del estado del riesgo*. Op. cit., p. 130.

²⁹ Como en el caso de los corredores inmobiliarios en los negocios de arrendamiento y compraventa de inmuebles, el comisionista de bolsa en los negocios bursátiles, el asegurador y las instituciones financieras en general.

³⁰ R. STIGLITZ – G. STIGLITZ, *Responsabilidad Precontractual incumplimiento del deber de información* Op. cit., p. 90; J. NAMEN [et. al], *La obligación de información en las diferentes fases de la relación de consumo*, en: Revista E- Mercatoria, Volumen 8 n.º 1, Año 2009. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, p. 4.

por la desigualdad generada por la información retenida o conocida por el sujeto mejor informado o en posición de conocer tal información³¹.

En sentido contrario, el profano, consumidor, débil de la relación contractual o sujeto sin posición de conocer la información necesaria para la celebración del contrato y de las circunstancias reales que rodean el negocio, está eximido de cumplir con la obligación de informar a su contraparte, pues su situación de ignorancia tiene origen en la propia posición que ocupa en la relación contractual y de la confianza que tiene de esperar de su contraparte profesional que va a tomar la iniciativa de informarlo³².

Por lo tanto, el carácter de especialista o no de una de las partes contratantes o su posición privilegiada respecto a su contraparte hace que se acreciente el deber de información y sea más riguroso al momento de su exigencia. Por tal razón, al ilustrado en las materias objeto del contrato se le exigirá que tome la iniciativa y un punto de cumplimiento más severo³³, caso contrario del neófito que espera ser informado, siempre y cuando cumpla con su deber de diligencia para informarse.

Lo anterior, sin perjuicio de que las partes se acerquen más al conocimiento y a la información de forma que exhiban una igualdad técnica y de conocimiento, situación en la cual la exigibilidad y el ámbito del deber de información a cargo de la partes se verá reducido.

A. El carácter profesional de una de las partes exige el deber de asesoría como complemento del deber de información

El deber de información tendrá una exigibilidad rigurosa dependiendo de la naturaleza del negocio proyectado, de la cualidad de las partes y de su posición en la relación contractual; en efecto, algunos negocios exigirán según el desenvolvimiento de la relación, por el grado de confianza y la perplejidad de la misma, una información cualificada, mientras en otros requerirán una información más sencilla.

En ese sentido, en muchas oportunidades el deber de información debe acompañarse del deber de asesoría, como es el caso de aquellos tipos de negocios en los cuales se presenta una situación de evidente asimetría en la información que

³¹ "Es detectable un similar deber en aquellas circunstancias en las que las partes se encuentren, por capacidad técnica, experiencia adquirida o específica, en una posición de sustancial ventaja respecto a la contraparte, la cual, incluso si no se trata de consumidores, deberá ser informada sobre el preciso contenido jurídico del contrato, los relativos efectos, los derechos y los deberes y obligaciones". G. MERUZZI, *La Trattativa maliziosa*. Op. cit., p. 180.

³² Para ver ampliamente, remitimos: J. LLOBET AGUADO, *El deber de información en la formación del contrato*. Op. cit. R. STIGLITZ – G. STIGLITZ, *Responsabilidad Precontractual incumplimiento del deber de información*. Op. cit.

³³ R. STIGLITZ – G. STIGLITZ, *Responsabilidad Precontractual incumplimiento del deber de información*, op. cit., p. 68.

poseen los sujetos contratantes, toda vez que la posición contractual, la experticia y especialidad del conocimiento de una de las partes, así lo requiere.

El deber de asesoría permite que la parte débil exija de su contraparte fuerte, informada e ilustrada, la iniciativa no solo de informar lo que de la naturaleza de la relación pueda emanar sino también de orientar sobre la conveniencia o no del negocio o sobre las particularidades de las condiciones del mismo, atendiendo las circunstancias técnicas y especificaciones del negocio; lo que implica el deber de consejo y orientación al "ignorante legítimo" a fin de que este último tome una decisión en las condiciones óptimas de ilustración y asesoría³⁴. En otras palabras, la relación existente entre quien conoce y quien ignora presenta de manifiesto una desigualdad, situación que le exige al profesional o al concedor informar al ignorante legítimo de todo aquello que por razones científicas o técnicas su contraparte desconoce, al punto que tendrá que informar lo ordinario y normal, como además deberá asesorarlo y aconsejarlo de modo que quede enterado de circunstancias relativas a la relación negocial y específicamente de la cosa que pretenden adquirir o sobre el cual recae el objeto del contrato, para que le permita el real conocimiento y prevención del contratante respecto de las cualidades y circunstancias que lo rodean³⁵.

Con lo anterior, consideramos que el deber de asesoría se debe entender de manera dinámica, por lo que requiere no solo que el obligado suministre una ilustración más acabada y precisa, esto es, comunique sobre antecedentes y experiencias, sino que además presente su opinión de profesional sobre las conveniencias o no del negocio, específicamente como sucede en las relaciones de confianza³⁶.

³⁴ A manera de ejemplo, en el caso del comisionista de bolsa, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia 12 de enero de 2007, Exp. 0145, expresó: "La labor del comisionista apuntaba a estudiar previamente las alternativas del mercado, informarlas al cliente según sus necesidades y expectativas, recomendarle una de ellas y permitirle escoger la de su preferencia".

³⁵ Decreto único 2555 de 2010, por el cual se recogen y se reexpiden las normas en materia del sector financiero, asegurador y del mercado de valores y se dictan otras disposiciones, en su artículo 7.3.1.1.3, el cual dispone que en aquellos casos en los que los intermediarios de valores desarrollen actividades frente a los clientes inversionistas, además de suministrar la información oportuna objetiva, completa, imparcial y clara sobre las operaciones, tienen el deber de asesoría, consistente en las recomendaciones individualizadas, dentro de las que se incluyen las explicaciones previas de que el cliente tome decisiones informadas. La asesoría del cliente inversionista, debe ser concordante con el perfil de riesgo asignado en base a la información entregada por el cliente acerca de sus conocimientos y experiencia en determinado tipo de inversiones. Cuando el intermediario considere que el producto o servicio ofrecido o de interés para el cliente no es adecuado a su perfil de riesgo, deberá poner esta situación en conocimiento del cliente.

³⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia 12 de enero de 2007, Exp. 0145.

VI. EL DEBER DE INFORMACIÓN NO ES ABSOLUTO, LA BUENA FE IMPONE UNOS LÍMITES QUE PERMITEN DOTARLO DE CONTENIDO, EFICACIA Y PRECISIÓN

Por el fundamento y la importancia que tiene el deber de información en el *iter* contractual, se considera de suma relevancia establecer los límites que le impone la buena fe al deber de información ya que lo dota de contenido para que así su exigencia no sea abusiva, excesiva e irrazonable. Es por ello que existen algunos criterios, que a nuestro juicio permiten delimitar el deber de información mediante otros deberes emanados de la buena fe en aras de fijarle a su contenido eficacia y precisión, a fin de que trascienda del papel meramente formal con el que muchas de las veces se da por cumplido.

Así las cosas, la exigencia del deber de información no podrá ser tan amplia pues podrían desfigurar los contornos del deber, haciéndolo impreciso al punto que todo deba informarse y por ende devenga en ineficaz, como tampoco demasiado reducida ya que empobrecería la figura, convirtiéndola en un deber meramente formal sin efectos reales sobre el contrato.

Por consiguiente, consideramos que los deberes emanados de la buena fe que en principio enmarcan el deber de información son la propia diligencia de quien requiere la información, la prohibición del abuso del derecho a solicitar información, el derecho de reserva y el respeto por los intereses de la contraparte. Lo anterior sin perjuicio de los otros deberes que la doctrina y la jurisprudencia propongan y las circunstancias del caso en concreto vayan delineando.

A. Diligencia de las partes en el cumplimiento del deber de autoinformación

La buena fe requiere un comportamiento libre de toda actitud incorrecta, por ello un comportamiento negligente no podría jamás estar acorde con la corrección exigida por la buena fe, en cuanto es incompatible con el espíritu de honestidad, lealtad y respeto por el interés ajeno que le son propios. Se exige un comportamiento cuyo patrón directriz es la diligencia como requisito adicional que deriva de la buena fe³⁷.

³⁷ Ponemos como ejemplo el modelo que se construye en el derecho romano, tal como lo enseña M.L. NEME VILLARREAL, "Los juristas romanos trataban de construir un modelo que expresara la manera en la cual el deudor habría debido comportarse, lo que a su vez determina cuánto el deudor está obligado a *praestare*, según los elementos relevantes del caso en cuestión, el cual servirá de parámetro para construir un modelo específico en relación con el caso en concreto, atendiendo a la persona del deudor y a las circunstancias de la prestación debida; modelo que no podría ser único y que por lo demás debía considerarse si se trataba de prestaciones técnicas o no, pues si el deudor debía *praestare* su propia pericia profesional o el respaldo de una organización empresarial, el modelo no podía referirse a un *homo* o a un *pater familias* sino a un *artifex* de la categoría en cuestión dotado de la adecuada diligencia profesional y para lo cual las consideraciones profesionales determinan el modelo de diligencia, mientras que respecto de las prestaciones no técnicas el modelo era el del hombre medio o del prudente y diligente". M.L. NEME VILLARREAL, *La*

En efecto, el criterio de diligencia que caracteriza el principio general de la buena fe, limita la extensión de los deberes correlativos que se encuentran a cargo de la contraparte, dentro de ellos el deber de información³⁸.

La diligencia exigida al acreedor de la información implica el deber de tomar iniciativas oportunas dirigidas a conseguir la información necesaria y determinante que le permita cumplir con dos cometidos, por una parte, el interno, el cual permite fortalecer el propio consentimiento para determinar la conveniencia de celebrar el contrato y ejecutarlo conforme a los cánones de la buena fe. Y por la otra, el externo, que exige comunicar a la contraparte de manera clara, precisa y veraz la información que consiguió, de forma que permita la ilustración y orientación de ambos contratantes en la formación, celebración y ejecución de los contratos, y por supuesto preservar el interés que les asisten.

Así pues, la diligencia, en su cometido interno, es el instrumento de control que limita el deber de informar que le asiste al deudor en relación con el contenido de la información que este debe suministrar al acreedor, por cuanto le exige a este último tomar la iniciativa de informarse. De ahí que el acreedor de la información no deberá adoptar un comportamiento pasivo y, por el contrario, deberá buscar diligentemente la información que de acuerdo con su posición deba conocer, en aras de una adecuada colaboración en el cumplimiento de las obligaciones emanadas de la relación negocial.

En este orden de ideas, la diligencia como límite al deber de información nos permite afirmar que sólo es factible edificar un incumplimiento del deber de informar sobre la base de que el acreedor de la información se encontraba en una posición de ignorancia excusable y legítima, al propio tiempo que el deudor tenía el deber de informarlo debido a su situación. Por esta razón, una genérica afirmación de ignorancia por parte del acreedor resultará insuficiente para imputar el incumplimiento del deber. De ahí que sea necesario determinar si quien dice no haber sido informado se encontraba obligado a informarse y no lo hizo.

Ahora bien, si la parte que estaba obligada a informarse se encuentra en imposibilidad de hacerlo y a su contraparte así lo advierte, es deber de este último desplegar un comportamiento orientado a ilustrarlo, en cumplimiento del deber de lealtad y consideración del interés ajeno. A modo de ejemplo, una razón que puede determinar dicha imposibilidad de informarse pueden residir en el desconocimiento de las características de la cosa objeto de la prestación motivado en el hecho de que la cosa no se encuentra en su poder sino que la detenta la contra-

buena fe en el derecho romano. Extensión del deber de actuar conforme a buena fe. Op. cit., pp. 290-297

³⁸ G. MERUZZI, *La Trattativa maliziosa*. Op. cit., p.162. J.LLOBET AGUADO, *El deber de información en la formación del contrato*. Op. cit., p. 72. R. STIGLITZ – G. STIGLITZ, *Responsabilidad Precontractual incumplimiento del deber de información*. Op. cit., pp. 39 y s.s.

parte, circunstancia en virtud de la cual esta última estaría obligada a suministrar la respectiva información³⁹.

La exigencia de diligencia como límite al deber de información debe conmensurarse a las cualidades del sujeto al que se dirige tal diligencia, el cual se analizará en el caso en concreto⁴⁰. Así por ejemplo, aún al comprador de un vehículo usado, sin conocimientos técnicos en mecánica, le es exigible un comportamiento diligente adecuado a su condición, diligencia que no consistirá en verificar el estado mecánico del vehículo a la manera de un perito, pero si le será exigible hacer un examen del estado aparente del vehículo antes de la compra del mismo para que se informe según sus capacidades y sus conocimientos de los vicios que resulten evidentes. Diferente es la diligencia exigida si el comprador es un perito con experticia en el campo automotriz, la cual le exige a dicho comprador un examen más detallado que le permita informarse tanto de los defectos manifiestos como de los que no lo están, toda vez que por razón de su oficio o profesión debe o debía fácilmente reconocerlos. La diligencia que emplee el sujeto informado, según el caso en concreto, permite que "el sujeto informante extienda su información en el grado preciso para que esta merezca el calificativo de correcta y su contraparte obtenga con ella un adecuado conocimiento"⁴¹.

Debemos añadir una consideración sobre el particular, según la cual la diligencia de uno de los contratantes debe ser menos exigible en aquellos casos en que la contraparte haga entrega de un certificado de garantía, información especial en virtud de la cual se asegura de la existencia o certeza de una determinada cualidad de los bienes o servicios, lo que exime a la contraparte de la obligación consistente en observar un comportamiento diligente en la verificación de las circunstancias garantizadas o aseguradas⁴². Ello por cuanto en ejercicio de la buena fe pasiva quien recibe la garantía se encuentra en el derecho a confiar en que el garante ha obrado de manera correcta y diligente tal como lo exige el principio.

Comprendemos que limitar el contenido del deber de información, como obligación derivada de la buena fe, con la diligencia que debe emplear la contraparte acreedora de la información, no tiene respuestas lineales o únicas, toda vez que cada caso en concreto deberá estudiarse a la luz de los presupuestos de la buena fe. Son las circunstancias tanto subjetivas como objetivas que se presenten en la relación comercial las que tendrán que determinar la exigibilidad de un com-

³⁹ P.A. PÉREZ GARCÍA, *La información en la contratación privada*. Madrid. Instituto Nacional de Consumo. 1990. p. 70; R. STIGLITZ – G. STIGLITZ, *Responsabilidad Precontractual incumplimiento del deber de información*, op. cit., p. 94

⁴⁰ Cfr. "La diligencia es criterio general de comportamiento que se funda sobre el bilateral deber de corrección. Fuera que la diligencia es criterio de contenido variable cuyas determinaciones se deben tener en cuenta la concreta situación en la cual se ponen las partes. Diferentes y menos rigurosos son aquellas cargas que le incumben al contrayente inexperto con el fin de absolver su deber precontractual de auto-informarse". G. MERUZZI, *La Trattativa maliziosa*, op. cit., p.162.

⁴¹ P.A. PÉREZ GARCÍA, *La información en la contratación privada*. Op. cit., p. 174.

⁴² *Ibid.*, p. 175.

portamiento diligente del acreedor de la información en la consecución de dicha información, y así, correlativamente delimitan la exigibilidad del cumplimiento del deber de informar al deudor de la información, la cual será más o menos estricta atendiendo a las circunstancias señaladas.

B. El deber de información y la información reservada: tensión existente con el deber de reserva

Como lo hemos afirmado, el deber de información, como deber que emana de la buena fe, genera la obligación para los contratantes de suministrar recíprocamente las informaciones concernientes a la negociación contractual para que les permita un claro entendimiento de todos los elementos necesarios a fin de decidir la conveniencia de la negociación en consideración a las condiciones del contrato y a las responsabilidades y derechos que de él se deriven.

No obstante lo anterior, dicho deber de información puede encontrarse con un impedimento: el carácter reservado de la misma. Así por ejemplo están sujetas a reserva la información privilegiada⁴³, en cuanto ella no puede ser usada o revelada en interés particular en desmedro de la transparencia del mercado, así como toda aquella información sujeta a secreto como la empresarial⁴⁴, la industrial⁴⁵, la bancaria⁴⁶, etc. En todos estos casos la información, si bien es útil a la contraparte, puede ser reservada o mantenida en secreto por los contratantes debido a los perjuicios que pueden derivarse de su revelación.

En esta clase de eventos, no revelar información reservada no constituye por sí misma una infracción al principio general de la buena fe. La violación estará aparejada a la situación en que se trasgredan los derechos de otros con el uso y difusión de la ya mencionada información, razón por la cual, la buena fe le impone un límite al posible provecho, uso y difusión del dueño o poseedor de la información reservada. Veamos dos matices que se presentan.

⁴³ Acogemos la definición de información privilegiada de la Superintendencia Financiera en concepto 2007057761-003 del 28 de noviembre de 2007, el cual expresa: "Por información privilegiada debe entenderse aquella a la cual solo tienen acceso directo ciertas personas en razón de su profesión u oficio, la cual por su carácter, está sujeta a reserva, que de conocerse podría ser utilizada con el fin de obtener provecho o beneficio para sí o para un tercero".

⁴⁴ Es el caso de la información que se relaciona con el funcionamiento interno de la empresa, atendiendo a datos como lista de clientes, proveedores, funciones de los empleados, control interno, entre otros.

⁴⁵ A manera de ejemplo: *know how*, detalles técnicos, procedimiento de producción, modelos industriales, etc.

⁴⁶ Superintendencia Financiera, Concepto 2002026728-1 del 27 de junio de 2002, "La entidad bancaria vigilada se encuentra obligada a conservar el secreto acerca de la información suministrada por su cliente en cuya reserva tenga interés éste, bien sea en razón del perjuicio económico que le puede causar el conocimiento que terceros tuvieran respecto de esos datos, o bien porque por uno u otro motivo manifieste a la entidad su voluntad de que estos sean confidenciales".

En el primer matiz, la buena fe impone un límite al potencial provecho en el uso de la información reservada consistente en que, en aquellos casos en los que en perjuicio de otros se acrecienta el propio beneficio en virtud de la posesión y dominio de la información, la naturaleza misma del principio general de la buena fe ordena que ninguno actúe en modo de obtener provecho de la ignorancia de los otros⁴⁷, es decir, la buena fe limita el ejercicio del derecho a la reserva de la información con el fin de evitar comportamientos deshonestos.

Ya en el segundo matiz, el límite es impuesto a la parte a la cual le es entregada la información reservada. La contraparte enterada tiene un deber de secreto o reserva pasiva, que presenta dos escenarios: el primero, consistente en no utilizar en su propia ventaja la información cuyo conocimiento es ahora suyo; y el segundo, relacionado con no divulgar hechos o información cuyo conocimiento se ha producido a causa o con ocasión de la formación del contrato o ejecución del mismo, y su difusión podría ser perjudicial para la otra parte. La violación de dicho deber en ambos escenarios es a todas luces un comportamiento contrario a la buena fe, razón por la cual resulta sancionado normativamente⁴⁸.

Así pues, la información reservada genera en el cumplimiento del deber de información, dos límites, uno activo, que consiste en la prohibición de aprovecharse en beneficio propio y en perjuicio ajeno por el solo hecho de ser dueño de la información o poseedor de ella. Y uno pasivo, el cual le obliga a la persona

⁴⁷ Citamos el caso planteado por CICERÓN de off. 3.12. sobre el que nos enseña que el caso de un *vir bonus* que ha transportado un cargamento de trigo desde Alejandría hasta Rodas, población azotada por la hambruna para aquella época; dicho comerciante sabe que muchos otros comerciantes están navegando hacia Rodas con cargas de trigo que no tardarán en llegar, circunstancia esta última que ignoran los habitantes de Rodas; ante lo cual indica CICERÓN que es deber del comerciante informar todo lo que les interesa a los ciudadanos de Rodas, un comportamiento orientado a ocultar tal situación es característico de un hombre falso, hipócrita, astuto, engañador y tramposo.

⁴⁸ Principios UNIDROIT, Artículo 2.16. (deber de confidencialidad) "Si una de las partes proporciona información como confidencial durante el curso de las negociaciones, la otra tiene el deber de no revelarla ni utilizarla injustificadamente en provecho propio, independientemente de que con posterioridad se perfeccione o no el contrato. Cuando fuere apropiado, la responsabilidad derivada del incumplimiento de esta obligación podrá incluir una compensación basada en el beneficio recibido por la otra parte". Principios de Derecho Europeo de los Contratos. Artículo 2:302: "Quiebra de la confidencialidad: Si en el transcurso de las negociaciones una parte comunica a la otra alguna información confidencial, la segunda tiene la obligación de no divulgar dicha información y de no utilizarla para sus propios fines, con independencia de que el contrato llegue a celebrarse o no. El incumplimiento de este deber puede comportar una indemnización por los perjuicios causados y la devolución del beneficio disfrutado por la otra parte". Código Penal Artículo 258: "El que como empleado o directivo o miembro de una junta u órgano de administración de cualquier entidad privada, con el fin de obtener provecho para sí o para un tercero, haga uso indebido de información que haya conocido por razón o con ocasión de su cargo o función y que no sea objeto de conocimiento público, incurrirá en multa. En la misma pena incurrirá el que utilice información conocida por razón de su profesión u oficio, para obtener para sí o para un tercero, provecho mediante la negociación de determinada acción, valor o instrumento registrado en el Registro Nacional de Valores y Emisores, siempre que dicha información no sea de conocimiento público".

que fue enterada por la contraparte de la información reservada a conservarla y por tanto no comunicarla.

Por último, sobre este punto queremos plantear la tensión que puede existir entre el deber de reserva y el deber de información, con base en una relación contractual en la que existe de por medio información que genera ventajas en su posesión. Dicha tensión se puede presentar en aquel caso en que al exigir el cumplimiento del deber de informar a una de las partes, se llega a establecer que la información solicitada es calificada como reservada debido a su naturaleza, contenido y forma de obtención, lo que genera que no pueda ser transmitida a su contraparte, situación en la que habrá que ponderarse frente al beneficio que la trasmisión de la información representa para la parte inexperta, desentendida o débil. Frente a esta situación de conflicto planteada, habrán de privilegiarse los derechos que representen un interés preponderante dentro del marco constitucional, así por ejemplo, se ha planteado la importancia de los valores inherentes a la empresa lo cual compartimos con el límite antes expresado de no violar la regla que prohíbe el obtener lucro en perjuicio ajeno⁴⁹.

La cuestión de fondo que se plantea en estos casos será, como se expresó, la necesaria ponderación entre el deber de información y el deber de secreto, la cual se observa teniendo en cuenta no solo la perspectiva directa de los contratantes, caso en el cual la balanza debe por regla general inclinarse a favor de la información, siempre y cuando la revelación de dicha información vaya en protección de los intereses de ambas partes y no en detrimento de alguna de ellas, sino también considerando los intereses del mercado y el interés público en general que en el evento de predominar deberá resolverse a favor de la reserva.

C. La consideración del interés legítimo de la contraparte como delimitador del deber de información

El interés es, en general, una necesidad de bienes o servicios objetivamente valorable cuya satisfacción resulta un aspecto fundamental de la relación obligatoria⁵⁰, que tiene la característica de ser atendible mediante la colaboración de otro sujeto

⁴⁹ Cfr.: "al empresario puede imponérsele la obligación de informar sobre la composición de ciertos productos o sobre su empleo más conveniente; pero esto no constituirá normalmente un secreto industrial, salvo que se quiera extender desmesuradamente su ámbito. Se trata de datos que no tienen un valor competitivo, porque cualquier rival puede obtenerlos mediante análisis; por eso cabe imponer la obligación de comunicarlos al consumidor, tanto más cuanto que pueden tener trascendencia para su salud o seguridad. En cambio, el secreto radica en la forma de mezclar los diferentes componentes en el proceso de elaboración, en definitiva en llamado *tour de main* o *know-how*; y estos datos normalmente carecen de interés para la mayoría de los consumidores, por lo que no puede obligarse al empresario a revelarlos, destruyendo un bien económico que ha requerido una inversión de tiempo y dinero". J. A. GÓMEZ SEGADE, *Notas sobre el derecho de información del consumidor*. En: *Revista Jurídica Cataluana*. 1980, p. 708.

⁵⁰ F. HINESTROSA, *Tratado de las obligaciones*. 3.ª Ed. 2007. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, p. 282.

denominado deudor. En tal sentido, el interés del acreedor consiste en la obtención de la utilidad, que le proveerán las determinadas modificaciones de la realidad material o jurídica, o la sola actuación u omisión del deudor según sea el caso⁵¹.

El interés del acreedor puede ser de varias clases, puede ser un interés que se materialice en un aspecto económico, o puede ser un interés que esté animado por motivos diferentes a la ganancia o provecho pecuniario, como lo son por ejemplo, las apetencias culturales, deportivas, de recreación, de solidaridad y asistencia por el prójimo, entre muchos casos en los que el deseo económico no campea, no obstante que la prestación sea apreciable en dinero⁵².

Sea cual sea el interés que tenga el acreedor de la relación obligatoria, el acreedor tiene el respaldo y la protección del interés por parte del ordenamiento jurídico, el aparato judicial y la conciencia social, como también, tiene las razones válidas para esperar y exigir por parte del deudor la satisfacción plena del interés que le es tutelado. Por lo anterior, es importante, en aras de la satisfacción del interés del acreedor, comunicar, expresar y hacer conocer los intereses de las partes de la relación obligacional, con el fin de que se despliegue un comportamiento consistente en el respeto recíproco de tales intereses, sean estos conocidos implícita⁵³ o explícitamente. Ello a fin de excluir la posibilidad de que la esfera de los intereses de la contraparte resulte perjudicada como consecuencia de la omisión de informaciones y aclaraciones sobre las reales intenciones de las partes. En otras palabras, los intereses de las partes terminan delineando el contenido del deber de información, toda vez que será alrededor de los intereses de ellas en donde la información será estructurada y preparada para que sea comunicada y conocida por la contraparte, y así esta última pueda desplegar un comportamiento dirigido a la satisfacción del interés que lo motiva a contratar, bajo los lineamientos y postulados del principio general de la buena fe. Así por ejemplo, el adquirente de un bien deberá informar de sus necesidades al productor o suministrador, para que éste sepa a su turno cuáles son las informaciones que debe brindar al adquirente, caso en el cual el productor no podrá soslayar en los productos los aspectos que según el interés de la otra parte resulten relevantes, por lo que deberá hacer una descripción objetiva del bien o servicio de acuerdo a dicho interés.

⁵¹ *Ibíd.*, p. 283.

⁵² *Ibíd.*, p. 284.

⁵³ A falta de informar y hacer conocer el interés del acreedor y de dar indicaciones explícitas y específicas sobre él, F. HINESTROSA, dice que "ese interés es el típico directamente conectado con la prestación y consiste en la aspiración a un derecho real sobre una cosa, o a la detentación o al uso de ella, o a un servicio, o a la conservación de un statu quo, por medio de la correspondiente colaboración del deudor, por lo cual se habla de la necesidad patrimonial o personal, o mejor de la atención a ella". F. HINESTROSA, *Tratado de las obligaciones*. Op. cit., p.285.

D. La prohibición del abuso del derecho como límite a la exigibilidad del deber de informar

Como hemos venido señalando, la información exigida no puede ser ilimitada, por más especial que sea la relación o la posición de las partes, ya que existen talanqueras que el principio de la buena fe le impone a la solicitud de información en aras de no perder el fin para el cual se informa y por ende no convertir el derecho a solicitar la información en abusiva. En otras palabras, el derecho que tiene el acreedor de la información de solicitarle al deudor que lo ilustre sobre la relación contractual y sus circunstancias tiene una razón de ser y una misión que cumplir, el cual no puede ser desviado de su titular imprimiéndole una falsa dirección al derecho, causando así perjuicio por dicha desviación, es decir, no podrá abusar del derecho⁵⁴ a exigir información.

Consideramos que el ejercicio abusivo del derecho a solicitar información al deudor de la misma se ve reflejado por ejemplo en estas circunstancias: cuando se solicita información violando el derecho de la intimidad, cuando se solicita información violando el secreto profesional y; cuando se exige información que no se requiere.

(i) Solicitud de Información y violación al derecho de la intimidad. El derecho de la intimidad consiste en aquel derecho que tiene toda persona, por el hecho de serlo, de gozar de la protección que atañe a su vida privada y por ende evitar la intromisión de terceros en relación con ciertas situaciones concretas del ser humano⁵⁵, En palabras de la Corte Constitucional: "El derecho fundamental de la intimidad es la existencia y goce de una órbita reservada en cada persona, exenta de poder de intervención del Estado o de las intromisiones arbitrarias de la sociedad, que le permita a dicho individuo el pleno desarrollo de su vida personal, espiritual y cultural"⁵⁶. Se trata entonces de aquellos fenómenos, comportamientos, datos y

⁵⁴ Cfr. "Cada uno de los derechos tiene su razón de ser y su misión que cumplir; cada uno de ellos persigue un final del cual no le es dado desviarse por parte del titular. Los derechos son dados para la sociedad, a la cual sirven más que al individuo; por lo tanto no son absolutos sino relativos; deben ejercitarse dentro del plano de la respectiva institución conforme al espíritu que los inspira; no siendo lícito imprimirles una falsa dirección sin abusar de ellos, con lo cual el titular compromete su responsabilidad hacia la víctima de esa desviación. Vanamente alegarse que se ha utilizado un derecho; porque habiéndose cometido una falta en el ejercicio de ese derecho, tal falta es precisamente lo que causa el abuso del derecho" Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de 21 de febrero de 1938; "En el análisis del abuso del derecho desde una perspectiva no individualista, sino social; haberlo explicitado en su dimensión social. Se supera así una visión exclusivamente individualista del abuso del derecho, que lo considera únicamente como un exceso en el ejercicio del derecho subjetivo, como una pura intención de causar daño, como una desviación del derecho de su específica finalidad socioeconómica o como el ejercicio anormal del derecho subjetivo" E. RENGIFO GARCÍA. *Del abuso del derecho al abuso de la posición dominante*. 2.ª Edición. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. p. 61.

⁵⁵ E. RENGIFO GARCÍA. *Del abuso del derecho al abuso de la posición dominante*. Op. cit., p. 210.

⁵⁶ Corte Constitucional, Sentencia T-824 de 2004.

situaciones que normalmente están sustraídos de la inferencia del conocimiento de extraños, los cuales no tendrán por qué ser objeto del deber de informar⁵⁷, pues nada tienen que ver con la relación negocial y por el contrario, dicha exigibilidad sería una flagrante intromisión ilegítima a la intimidad del deudor de la información.

Con todo, lo cierto es que la intimidad representa un límite al derecho que tiene el acreedor de la información y, en esa medida, el acreedor deberá abstenerse de solicitarla, pues hacerlo sería un comportamiento excesivo. Sin embargo, pueden presentarse excepciones a este límite en determinados contratos debido a la relación que tiene la información íntima con el cumplimiento de las obligaciones del contrato, como por ejemplo, la exigencia que debe hacer el profesional médico de solicitar la información relacionada con los antecedentes familiares, enfermedades genéticas sufridas, tratamientos que el paciente se ha sometido, alimentación, estilo de vida, entre otros datos que hacen parte de la esfera privada del sujeto, pero que su revelación tiene la finalidad de realizar un real diagnóstico y un exitoso procedimiento; o, el caso del transportador que se obligue a conducir enfermos o menores de edad, quien tiene la obligación de prestarles dentro de sus posibilidades, los cuidados ordinarios que exija su estado o condición⁵⁸, obligación que para ser cumplida, le da el derecho al empresario del transporte solicitar información personal relacionada con el estado del pasajero; o, el evento del contrato de seguro de vida en el que se solicita al tomador determinados exámenes para saber el estado de salud de la persona con el fin de establecer la cobertura del seguro y cobrar una prima con base en la información obtenida por medio de dichos exámenes.

(ii) Solicitud de la información y violación al secreto profesional y comercial. Por su parte, sería igualmente abusivo solicitar información en atención a escudriñar sobre aspectos relacionados al secreto comercial y profesional del deudor de la información, basándose en la aplicabilidad de los deberes emanados de la buena fe. En efecto, la información que afecta a la organización interna de las empresas —como las listas de clientes, proveedores, funciones de los empleados, control interno—, las invenciones, los descubrimientos científicos, los dibujos, los modelos industriales, *know how*, entre otros, escapan por completo del interés informativo del receptor de la información por corresponder a aspectos extraños de la contratación. En el mismo sentido, solicitar la información que ha sido conocida por el profesional en posesión del título que legitima su actividad y con relación a la actividad que

⁵⁷ Son alguno de ellas: (i) las prácticas sexuales, las condiciones de salud de cada persona, las comunicaciones personales, las creencias religiosas y cualquier tipo de información que requiera para su conocimiento la revelación autónoma del individuo; (ii) la esfera de la intimidad familiar; (iii) la intimidad social que se refiere a las relaciones de las personas en un contexto determinado, como sería el caso de las relaciones laborales.

⁵⁸ Cfr. Código de Comercio, Artículo 1005.

ejerce debido a la confianza que una persona deposita en dicho profesional, sería excesiva y sin ninguna finalidad, y en cambio constituiría un acto en detrimento de los intereses de la persona que suministra o recibe la información.

(iii) Solicitud de información cuando no se requiere. En aquellos casos en los que la exigencia de la información va referida a solicitar información que no se requiere, ya sea porque la obtuvo por conducto de otros medios o porque la conoció en virtud de su posición y conocimientos, se convierte en una exigencia formal del deber de informar, toda vez que el suministro de dicha información no cumplirá función alguna en la formación del consentimiento o en la protección de alguna de las partes debido a su condición de debilidad, en cambio, sí se constituiría en un comportamiento que vulnera la buena fe al desconocer el principio de lealtad, transparencia y consideración del interés ajeno, que caracterizan las relaciones negociales⁵⁹.

VII. A MANERA DE CONCLUSIÓN

Con base a los argumentos presentados en el presente trabajo, podemos concluir que la buena fe objetiva es una regla de conducta integrada por valores como la honestidad, la rectitud, la lealtad, la transparencia, la diligencia, la honradez, entre otros, que emanan del carácter normativo que la buena fe tiene. Este carácter se refleja de manera preponderante en la obligación de suministrar la información requerida conforme a la buena fe para el logro de la finalidad del contrato atendiendo a los intereses de las partes. El deber de información es una obligación que se exige a las partes, en aras del cumplimiento del postulado de la buena fe.

Adicionalmente, podemos establecer que el deber de información encuentra su razón de ser en dos supuestos, el primero, en un desequilibrio de conocimiento entre los contratantes, el cual permite exigirle a la contraparte informada que comunique sobre el cabal contenido del contrato al cual se comprometerá. El segundo, en la claridad que debe sustentar el consentimiento, claridad que abarca no sólo entender la operación contractual a celebrar sino también la plena comprensión del alcance de los derechos y obligaciones que por tal virtud se adquieren y hasta la valoración de los riesgos que comporta el contrato.

⁵⁹ Para ilustrar lo anterior citamos un ejemplo del Derecho Antiguo, traído por CICERON en de *off.* 3, 16, 67. en el que relata la venta que hizo MARCO MARIO GRATIDIANO a CAYO SERGIO ORATA de una casa, sobre la cual recaía una servidumbre que no fue informada por el vendedor pero que ya era conocida por el comprador toda vez que este fue dueño de dicha casa y su posición le permitía el conocimiento sobre la misma. El asunto fue llevado a los tribunales debido a que SERGIO ORATA impugnó la venta alegando que MARCO MARIO no lo informó sobre dicha servidumbre, situación que fue resuelta a favor de este último ya que invocar el incumplimiento del deber de informar sobre unos vicios de los que ya se tenía conocimiento, es un comportamiento que no proviene de hombres de bien.

El deber de información deberá cumplirse de manera substancial y no meramente formal, para ello es necesario que la información esté dotada de tres características: claridad, oportunidad y transparencia.

Por su parte, las cualidades de los sujetos contratantes determinan el alcance del cumplimiento del deber de información, por cuanto su carácter de especialista o su posición privilegiada respecto del otro hace que se acreciente el deber de información y sea más riguroso al momento de su exigencia, caso en el cual surge como complemento de este deber el de asesoría.

Por último, el deber de información, descrito en este trabajo, no es absoluto, la buena fe impone unos límites sobre el mismo con el fin de dotar a dicho deber de contenido para que así su exigencia no sea abusiva, excesiva e irrazonable. Los límites que en principio demarcan el deber de información son la propia diligencia de quien requiere la información en autoinformarse, la prohibición del abuso del derecho en la exigibilidad de la información, el carácter de reserva y el interés de la contraparte, los cuales permiten que el deber de información se cumpla de manera substancial dentro de un contexto objetivo que legitime el alcance de la regla.