



Universidad de Chile

Facultad de Derecho

Departamento de Derecho Privado

## **La obligación de informar en el derecho privado chileno**

Memoria de prueba para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales

AUTOR: OSCAR CAORSI LEÑERO

PROFESOR GUÍA: GABRIEL HERNÁNDEZ PAULSEN

Santiago, Chile

2016

*A mi familia y seres queridos.*

## Índice

Introducción .....	5
Capítulo I: La obligación de informar .....	7
1.1.- Preliminar .....	7
1.1.1.- Naturaleza jurídica .....	7
1.1.2.- Clasificación.....	11
1.1.3.- Principios.....	17
1.1.4.- Límites al deber de informar.....	23
1.2. La obligación precontractual de informar en algunos ordenamientos comparados .....	26
1.2.1.- Derecho Inglés.....	26
1.2.2.- Derecho contractual europeo .....	30
1.2.3.- <i>Soft law</i> .....	33
Capítulo II: Análisis positivo de la obligación de informar en leyes especiales .....	42
2.1.- Ley de protección de los derechos de los consumidores (Ley N° 19.496).....	43
2.1.1.- Preliminar.....	43
2.1.2.- Requisitos de la información.....	47
2.1.3.- El incumplimiento de la obligación de informar .....	58
2.2. Ley de derechos y deberes de los pacientes (Ley N° 20.584) .....	60
2.2.1. Preliminar.....	61
2.2.2. Requisitos de la información.....	63
2.2.3. El incumplimiento a la obligación de informar .....	69
Capítulo III: Sanciones ante el incumplimiento de la obligación de informar.....	71
3.1.- Preliminar .....	71
3.2.- Ineficacia.....	72
3.2.1.- Anulabilidad por vicios del consentimiento.....	72
3.2.2.- Nulidad absoluta por infracción de una norma jurídica .....	80
3.2.3.- Ventajas de la nulidad sobre anulabilidad por vicios del consentimiento .....	93
3.3.- Responsabilidad Civil.....	96
3.3.1.- Contrato se celebra .....	96
3.3.2.- Si el contrato no se celebra.....	106
3.3.3.- El contrato se anula. Nulidad y Responsabilidad. ....	111

Conclusiones.....	113
Bibliografía .....	115

## Introducción

Es justo pensar que existe, en la etapa previa a la contratación, un deber de informar a la contraparte acerca de las circunstancias o características relevantes que rodean al objeto del contrato con el objetivo de proteger la formación del consentimiento libre y espontáneo. Sin embargo, la ley no consagra esta obligación de forma positiva dentro del Código Civil, por lo que la doctrina ha intentado construirla a partir de diferentes preceptos legales y principios generales del derecho. Es por esto que en materia de deberes precontractuales de información, lo que reina es la confusión y un sinnúmero de matices y opiniones.

Se entiende que el fundamento del deber precontractual de informar es la desproporción que podemos apreciar entre los contratantes de forma práctica al contratar, ya que en realidad, la "igualdad" de las partes no se logra de forma concreta si se aplica en plenitud el principio de la autonomía de la voluntad. Se difiere así del postulado que servía de premisa a los diversos ordenamientos jurídicos de antaño, en los que la libertad del individuo tenía plena cabida y aplicación en todas sus esferas, incluyendo la de concluir y configurar un negocio jurídico, construida bajo un concepto puro del liberalismo económico en que las relaciones jurídicas entre particulares se daban en un plano de ficta "paridad". Con la evolución del mercado y de las sociedades, el legislador se vio imposibilitado de obviar esta desigualdad -que no contemplaba el postulado decimonónico de la libertad contractual y de contratación igualitaria- siendo forzado a intervenir este mercado "ideal" con el objetivo de evitar abusos entre contratantes que, en la práctica, no se desenvuelven en un marco simétrico.

Es en este punto, y en virtud de la protección del consentimiento libre y espontáneo, se genera una obligación de carácter precontractual de cumplir con la entrega de la información necesaria para que dicho consentimiento se forme, efectivamente, libre de vicios y limitaciones. Y es justamente en esta posición donde puede apreciarse la posible utilidad en la determinación de la obligación de informar.

Hoy en día no podemos hablar de la existencia real, positiva y general de una obligación general de entregar dicha información precontractual en el derecho civil. Lo que sí es claro es que el legislador ha optado por establecer ciertos deberes precontractuales de información acotados a áreas específicas del derecho privado. Así, ha decidido traducirlo en normas positivas en determinadas materias donde la desigualdad

se hace patente y se materializa de forma más concreta. A partir de este punto, encontramos un claro de certidumbre no sólo respecto de su existencia, sino de las sanciones a que se está expuesto en caso de infracción al cumplimiento de dichos deberes “típicos” de informar. Fuera de dichos casos específicos de deberes precontractuales de informar, es necesario establecer la existencia de un deber precontractual de información mediante un ejercicio *ex post*. Aquí es donde encontramos los deberes “atípicos” de información y cuya existencia genera interrogantes, pues como su nombre lo explica, no han sido expresamente tipificados y carecen de una fuente expresa. Una serie de criterios conviven en atención a determinar la existencia de este deber, siendo el principio rector, la buena fe.

El cumplimiento del deber precontractual de informar tampoco es pacífico. Dependiendo del caso, puede resultar complejo el cumplimiento de la obligación de entregar información a la contraparte si ésta no tiene las aptitudes suficientes para poder comprenderla y aprovecharla. Bajo este supuesto, la obligación no sólo constaría de la entrega, sino que también involucra la actividad necesaria para que la información sea comprensible y aprovechable.

En el Capítulo I, desarrollaremos algunas de estas ideas y trataremos de dar claridad al marco teórico del deber de informar, y haremos una vista sobre el trato que se le ha dado a éste en el derecho comparado; en el Capítulo II, nos centraremos en ciertos deberes típicos de informar, y; en el Capítulo III, nos avocaremos a revisar los remedios contractuales asociados al incumplimiento de un deber de informar, pues como demostraremos en su debido tiempo, existe divergencia en cuanto a la forma en que el incumplimiento de dicha obligación es sancionado y numerosas teorías al respecto.

## Capítulo I: La obligación de informar

### 1.1.- Preliminar

Luis Díez-Picazo asegura 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”<sup>1</sup>. El autor señala dos premisas iniciales. La primera, es que corresponderá a cada parte de la relación jurídica, la carga de buscar la información pertinente en la negociación de un contrato; la segunda, que existe un deber de responder en caso de que exista una solicitud de información que efectúe una de las partes a la otra. La tesis de Díez-Picazo, si bien es una primera aproximación al tema, puede ser en extremo simplista y así lo ha entendido gran parte de la doctrina que ha desarrollado el tema con posterioridad, la cual considera que existen una serie de factores que hacen de este un tema mucho más complejo de lo que se planteó en sus inicios.

Respecto de los deberes precontractuales de información, resulta especialmente complicado determinarlas implicancias de sus aplicaciones. Sus consecuencias pueden ser variadas y las nociones de justicia, la corrección en los desequilibrios de negociación, confianza o eficiencia, lo hacen más complejo aún. Así, es una materia que envuelve diferentes consideraciones, las que no siempre estrictamente legales.

Durante el desarrollo de este capítulo se trabajará directamente con aquellas interrogantes que parecieran requerir mayor atención dentro del derecho privado nacional, junto al análisis de la mirada contenida en el derecho comparado, en cuanto al desarrollo del deber de informar.

#### 1.1.1.- Naturaleza jurídica

La mayoría de la doctrina lo ha entendido como un “deber de informar”. Sin embargo, como se defenderá a lo largo de este trabajo, dicha denominación nos parece desafortunada. La determinación de la naturaleza jurídica del deber de informar resulta relevante toda vez que, si bien los términos *deber jurídico* y *obligación* suelen utilizarse indistintamente, no son similares en su naturaleza ni en sus efectos, y por lo tanto, suponen consecuencias y un tratamiento jurídico distinto: las consecuencias derivadas de la infracción relativa a una obligación no siempre pueden aplicarse a la infracción de los meros deberes.

---

<sup>1</sup> Díez-Picazo, L. (1996). Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Tomo I. pp. 312-313.

La necesidad de determinar la naturaleza jurídica del deber precontractual de informar surge respecto a lo que entiende por *obligación* nuestro Código Civil, y sus consecuencias jurídicas particulares. No existe una definición literal de *obligación*, por lo que la doctrina ha debido aventurarse en la búsqueda de esta. Pothier marcó la pauta de los argumentos que fundan hoy el debate respecto a este concepto, al asegurar la existencia de dos significaciones de la palabra obligación. Así, en su sentido *lato*, obligación se asemeja a un deber, y envuelve en ella tanto a las obligaciones perfectas como a las imperfectas<sup>2</sup>, entendiendo que entre estas últimas encontramos aquellas que carecen de coacción, es decir, no permiten exigir el cumplimiento compulsivo de la prestación, elemento característico de las obligaciones perfectas. Así, en un sentido más *restringido*, obligación sólo comprende a aquellas obligaciones perfectas, que “dan a aquel con quien han sido contraídas el derecho de exigir su cumplimiento”<sup>3</sup>.

En derecho, la diferencia entre el mero deber y la obligación recae en que el primero, contempla un marcado carácter moral, y se ha entendido como una tarea que puede o no cumplirse en favor de otros, o incluso, de nosotros mismos. Es una respuesta moral a determinados impulsos que uno tiene la necesidad de hacer o cumplir incluso si no existe un código de conducta o ley que nos obligue a cumplir. Una obligación, a diferencia de un deber, tiene un contenido patrimonial (prestación), y debe cumplirse a toda costa ya sea de forma voluntaria o forzada. La obligación puede hacerse cumplir de forma coercitiva, aun en contra de la voluntad del obligado. Las obligaciones pueden apreciarse de manera explícita y deben provenir, en principio, de alguna de las fuentes señaladas en los artículos 578, 1437 y 2284 del Código Civil. De esta forma, la obligación no solo contiene un deber de contenido moral, sino que, siendo una especie de deber jurídico, tiene la particularidad de que su contenido es económico y real, y su cumplimiento es obligatorio puesto que lo que prima es el interés de la parte contraria del negocio jurídico.

La doctrina nacional ha definido una *obligación* como un “vínculo jurídico existente entre personas determinadas; en virtud de la cual una de ellas, el deudor, se encuentra en la necesidad de dar, hacer o no hacer alguna cosa, respecto de la otra, el acreedor”<sup>4</sup>. De esta manera, las obligaciones naturales (o imperfectas) mencionadas por Pothier,

---

<sup>2</sup> La mayoría de la doctrina se refiere a estos dos grupos como obligaciones civiles y obligaciones naturales.

<sup>3</sup> Pothier, R. J. (1839). Tratado de las obligaciones. F. Roger.p.7

<sup>4</sup> Urrejola Santa María, S. (2011). El hecho generador del incumplimiento contractual y el artículo 1547 del código civil. Revista Chilena de Derecho Privado, (17), 27-69. P. 30



mantienen un estatus difuso entre los meros deberes y las obligaciones civiles, puesto que si bien tienen un contenido patrimonial, y es un vínculo que se genera entre dos partes, en el cual existe un deber de prestación, carecen de acción para exigir su cumplimiento.

De la Maza señala que por la fase de la contratación en la que nos encontramos (precontractual), no resulta aconsejable hablar de una obligación propiamente tal<sup>5</sup>. La razón esgrimida es que antes del perfeccionamiento del negocio no existiría un real enlace entre el deber y el derecho subjetivo y así, en la etapa precontractual no existiría un deber de prestación en virtud del cual una vez incumplido el deber de informar se pueda exigir su cumplimiento de forma coercitiva<sup>6</sup>. A mayor abundamiento, en la obligación la nota distintiva parece encontrarse en la presencia de un derecho correlativo al deber (componente activo). Si éste existe, entonces al componente pasivo de la relación se le denomina “obligación”<sup>7</sup>.

Enrique Barros, en tanto, asegura que “no se puede establecer un principio general que obligue a entregar a la otra parte toda la información relevante de la que esta carece”<sup>8</sup>. Barros se escuda en razones económicas, de eficiencia y justicia. A saber, trata a la información como un bien económico que efectivamente tiene valor para quien la obtiene y se aprovecha de ella y hace énfasis en que la información puede tener un precio de obtención para quien la posee, pues puede ser que esta provenga de estudios o inversiones. Por lo mismo, el autor concluye que lo justo y eficiente es que el esfuerzo realizado por obtener la información sea aprovechado por quien lo haya desplegado, pues admitir que la contraparte aproveche la información producida por otro sería un premio a un esfuerzo que no ha sido realizado. En consecuencia, a ojos de Barros, una obligación

---

<sup>5</sup> De la Maza, por el contrario sí cree que es posible utilizar la expresión para otros casos. Así, asegura que “La expresión “obligación de informar”, en cambio, es plenamente adecuada cuando se utiliza para referirse al objeto de una prestación derivada de un contrato”. Por lo mismo, propone que no estaríamos frente a una obligación propiamente tal pues “lo que existe durante la negociación del contrato –en lo que respecta al suministro de información- no es un deber de prestación, sino que se aproxima, más bien, a lo que se ha denominado ‘deber de protección’, es decir, un imperativo de respetar ciertos intereses jurídicamente protegidos, paradigmáticamente, la libertad contractual o de decisión””. Ver en De la Maza Gazmuri, I. (2009). *Los límites del deber precontractual de información (Doctoral dissertation, Universidad Autónoma de Madrid)*. pp. 61-62.

<sup>6</sup> De la Maza Gazmuri, I. (2010). Tipicidad y atipicidad de los deberes precontractuales de información. *Revista de derecho (Valparaíso)*, (34), 75-99, p. 85.

<sup>7</sup> *Ibid*, p. 85.

<sup>8</sup> Barros B., E, "Tratado de Responsabilidad extracontractual", Primera edición, Año 2007, p 1016.

de informar sería un incentivo para obtener información socialmente valiosa, sin costo alguno<sup>9</sup>.

El profesor Hernández Paulsen, ha hecho la distinción entre un deber jurídico, los meros deberes y las obligaciones, encontrándose los primeros en una relación de género a especie con los otros dos. A ojos del autor, el deber jurídico constituiría la necesidad de que una determinada conducta se adopte o lleve a cabo con arreglo al ordenamiento jurídico. Es dentro de los deberes jurídicos que cabrían los meros deberes y las obligaciones. El autor ha identificado aquí un punto crucial, puesto que las obligaciones son reguladas de forma detallada por el ordenamiento jurídico, teniendo fuerza coercitiva, mientras que los deberes no. El autor aboga por la existencia de una real “obligación” en esta situación. No obstante, sería necesario acreditar su existencia (pues en general, esta determinación se realiza *a posteriori*), postura con la cual concuerda este trabajo. Es decir, donde hay un deber de informar sea típico o atípico, entendiendo el deber en sentido lato, lo que hay realmente es una “obligación”<sup>10</sup> y, por ende, su incumplimiento llevaría aparejada una posible coerción.

La obligación en este caso tiene como objeto una prestación real, de índole patrimonial, en tanto el conocimiento de la información tendrá valor en la celebración del contrato, pudiendo aumentar las utilidades y beneficios, o disminuir los riesgos o daños, por lo que será posible valorizarla en cuanto al esfuerzo necesario para recabar tal información, o a los beneficios o pérdidas aparejados a su conocimiento. A mayor abundamiento, la hipótesis propuesta en este trabajo trata de la existencia de una obligación perfecta (civil), y no una obligación meramente natural, sin perjuicio de que, tal como se desarrollará en el capítulo III de este trabajo, el cumplimiento compulsivo de esta obligación difícilmente podrá satisfacer el interés primario del acreedor<sup>11</sup>. Por tanto, no obstante ser “inútil” esta acción, ella existe, al igual que el resto de los efectos jurídicos que se generan frente al incumplimiento de las obligaciones, como lo son la resolución (en ciertos casos) o la responsabilidad.

---

<sup>9</sup> Ibid, p. 1016.

<sup>10</sup> Sentada la hipótesis, en adelante se hará referencia a la obligación de informar, indistintamente, como obligación o deber.

<sup>11</sup> En este punto, y tal como se tratará más adelante, los efectos del incumplimiento de la obligación de informar se rigen por el incumplimiento de una obligación de hacer, para la cual se ha fijado un plazo perentorio. Sin embargo, también es posible asemejarlos al incumplimiento de una obligación de no hacer, respecto de la cual no es posible deshacer lo hecho, debido al plazo perentorio en el que no debió omitirse la información, y la inutilidad de su conocimiento posterior.

### 1.1.2.- Clasificación

Habiendo establecido la existencia de una *obligación* de informar, cabe determinar cuál es el contenido de ésta, para lo cual se analizará desde la óptica de la prestación contenida, es decir, acudiremos a la clasificación de las obligaciones de dar, hacer y no hacer, recogida por el artículo 1460 de nuestro Código Civil. Señala el cuerpo legal en su artículo 1460 “que toda declaración de voluntad debe tener por objeto una o más cosas que se trata de dar, hacer o no hacer [...]”<sup>12</sup>. Es curioso el empleo del lenguaje que utilizó Andrés Bello en el precepto, puesto que señala que puede tratarse de una o más cosas. Es justamente en virtud de lo anterior que puede entenderse que la obligación de informar es una obligación de simple objeto múltiple o acumulativa, en la que puede encontrarse más de una prestación, cuyos objetos, como veremos a continuación, pueden tener diferente naturaleza.

La obligación de informar se compone de una serie de prestaciones, encontrando entre ellas, como mínimo, la determinación de la información relevante para la contratación dentro de los antecedentes de que se dispone, y la carga de suministrarla a la contraparte. La parte que se encuentra en una mejor posición negociadora debe recopilar la información con que cuenta y entregarla de una forma legible y entendible, con el objetivo de que la contraparte pueda manifestar su voluntad en la contratación, manejando todos los antecedentes y circunstancias relevantes.

Resulta claro que la obligación de suministrar información a la contraparte puede identificarse con la necesidad de *entregar* algo, aunque la entrega tampoco agote la prestación, y sólo responda al cumplimiento de una de las prestaciones contenidas en la obligación de informar. La legislación nacional<sup>13</sup> incorpora las obligaciones de entregar dentro de las obligaciones de dar, respecto de las cuales nuestro Código Civil no contiene un concepto legal. Es por lo anterior, que se han definido como aquellas en las que una parte se obliga a transferir el dominio o a constituir cualquier derecho real sobre una cosa; o como aquella obligación que se cumple mediante la tradición. En este punto, no parece lógico afirmar que la obligación de informar pueda ser catalogada como una obligación de dar<sup>14</sup>.

---

<sup>12</sup> Art 1460 del Código Civil.

<sup>13</sup> Artículo 1578 del Código Civil.

<sup>14</sup> Si bien en Chile es discutido que una obligación de dar tenga como requisito el hecho de que el deudor deba ser dueño de la cosa, debe entenderse que el principal objetivo de la enajenación es justamente la

Razonablemente, se ha entendido que la interpretación más correcta respecto de la *entrega*, es su incorporación dentro de las obligaciones de hacer, sin que pueda atribuírsele como efecto la transferencia del dominio. Por lo mismo, el suministro de la información no implicaría la tradición de ésta, sino más bien la posibilidad de usarla para un correcto entendimiento de la materia del contrato. Por lo mismo, es posible concluir de forma razonable que el acreedor de la información no siempre será libre para divulgarla, en atención al principio de buena fe o las buenas costumbres comerciales, lo que de todas formas ha sido solucionado en la práctica mediante la inclusión de cláusulas de confidencialidad en los contratos, las cuales prohíben la divulgación de la información.

Sosteniendo entonces que estamos en presencia de una obligación de hacer, es menester determinar y subdistinguir dentro de este género, si dicha obligación se encuadra dentro de una obligación de medios o dentro de una obligación de resultados.

Lo que distingue a una obligación de medios (o actividad) de una obligación de resultados es la tutela que se garantiza al acreedor de una obligación de resultados respecto a que éste satisfaga su interés primario. Distinto es cuando la obligación es de medios, en cuyo caso, como lo ha descrito el catedrático español Antonio Cabanillas, “el deudor es el que se encuentra obligado a desplegar en favor del acreedor, una conducta específica y en favor de poder lograr el resultado buscado por éste, satisfaciendo su interés primario, pero que, producto de la naturaleza aleatoria o incierta de ese resultado,

---

transferencia del dominio sobre ella. Con todo, si abogamos por señalar que la entrega de la información está contenida en una obligación de dar, se debe partir de un supuesto clave: El deudor es dueño de la información que debe proveer, y por tanto, al suministrarla a la otra parte, habría una transferencia de dominio sobre ésta. Para esto resulta importante conocer el medio por el cual el deudor obtuvo la información que se verá obligado a proporcionar, a efectos de determinar si efectivamente se ha hecho dueño o no. Al respecto, resulta interesante el planteamiento de De la Maza, quien postula que la información, al ser un “bien de experiencia”, es necesario conocerla para asignarle valor, y al conocerla, por su naturaleza, se adquiere (en De la Maza Gazmuri, I. (2008). Buena fe, el reverso de la moneda. A propósito del dolo por omisión y el deber precontractual de informar. Revista Chilena de Derecho Privado, (11), 43-72, p. 54). Asumiendo que el deudor se ha hecho dueño de la información por un medio oneroso, o entendiéndolo como un bien de experiencia, la conclusión que resulta es que la obligación de informar supone la transferencia de la propiedad de la información al destinatario de ésta. Acto seguido, se plantea la pregunta de qué es lo que sucede con el acreedor destinatario de la información, pues no se entiende que éste se haga dueño de la información sólo porque le fue suministrada para su utilización. Si así fuera, podría reproducirla, lo que no parece justo para la parte que ha incurrido en los desembolsos necesarios para poder producirla y/o conocerla. Por otra parte, sucedería que el que era dueño de la información deja de serlo, por el hecho de habérsela transferido al destinatario. A raíz de esto, se entiende que el suministro de la información conlleva asimismo una obligación de no hacer implícita para quien recibe la información, basada en la buena fe y las buenas costumbres comerciales, esto es, no divulgar la información si esta reviste un carácter reservado. En virtud de ello, el acreedor de la información podría utilizarla con el fin de que su voluntad en el acto jurídico sea presentada de forma libre, espontánea e informada, pero sin la posibilidad de lucrar con ella.

el deudor no puede asegurar que este pueda lograrse, y por ende, cumple si éste desplegó una conducta diligente con el objeto de alcanzarlo”<sup>15</sup>.

En definitiva, en la obligación de resultados el deudor se compromete a lograr la finalidad específica que satisface el interés primario del acreedor. Se busca un objetivo determinado, y la obligación sólo se cumple cuando se logra este objetivo. Por lo mismo, lo que se garantiza es precisamente un resultado. En la obligación de medios, el deudor no asegura al acreedor la satisfacción de su interés primario, sino que se obliga a desplegar una conducta diligente, en atención a lo pactado, con miras a obtener un resultado determinado, el cual puede lograrse o no.

El contenido de la obligación contractual definirá si se trata de uno u otro tipo, atendiendo a diversos factores. En el caso de la obligación de informar, no es pacífico el tipo de obligación frente a la cual nos encontramos. No obstante, creemos que la mera entrega de la información no puede ser una obligación de medios. La distinción es sutil, pero es necesario hacerla respecto del resultado que esperamos de una obligación de suministrar (entregar) información.

Si el resultado esperado es la obtención de la información por parte de aquel que no la tiene en su poder, la sola entrega de ésta satisfará el interés primario del destinatario. Se estará, por ende, ante una obligación de resultados, pues sería ridículo que, por ejemplo, un deber típico de información pueda ser burlado alegando diligencia en una actitud conducente a entregar la misma. Igual situación ocurriría en el caso de un deber atípico, pues en ellos, el juez reconoce *ex post* la existencia de una obligación que siempre existió. En este caso, el resultado viene dado por la entrega real y efectiva de la información a la contraparte. Esta parece ser la óptica más simple y lógica del análisis, puesto que como veremos, la prestación puede llegar a ser mucho más compleja, si se quiere satisfacer realmente el interés del acreedor.

Si el resultado esperado es, además de la entrega de la información, el entendimiento de esta, con miras a una adecuada utilización de este conocimiento, estamos ante una hipótesis absolutamente distinta. En dicho caso la entrega de la información no bastaría para dar por satisfecho el interés primario del acreedor, puesto que se busca el entendimiento y aprovechamiento de la información, y no la sola

---

<sup>15</sup> Para más información, consultar Cabanillas, A. (1993). Obligaciones de actividad y de resultado. Editorial JM Boch, Barcelona, p. 10.

obtención de ésta. Así y desde esta perspectiva, estaríamos más cerca de poder catalogarla como una obligación de medios, pues la comprensión de la información, por parte del acreedor, no es algo que esté realmente al alcance del deudor, debido a que las partes, en realidad, no suelen encontrarse en un plano igualitario de conocimientos o expertis. Lo anterior implica que quien suministra la información debe hacer su mejor esfuerzo para que el acreedor logre el entendimiento de ésta, entregándola en forma clara, ordenada y legible, lo que no obsta a que el destinatario de la información deba mostrarse igualmente diligente o capaz, en la recepción de la misma.

Por todo lo dicho, creemos que la conclusión obvia, sería, en una primera fase, que la obligación de informar es una obligación de resultados, puesto que el objetivo es garantizar la mera recepción de la información por parte del destinatario, lo que no obsta a que sea importante distinguir la complejidad (mayor o menor) y forma que debe tener esa entrega, en atención a la calidad del destinatario de la información (Ej: destinatario lego vs destinatario experimentado). En cualquier caso, la obligación será necesariamente clasificada como una obligación de resultados. En una segunda fase, se podría señalar que el resultado a garantizar será el manejo y utilización que el destinatario pueda hacer respecto de la información, lo que se lograría únicamente, mediante el entendimiento y aprovechamiento de la misma, por lo que la obligación no se agotaría en el resultado de sólo entregar la información, sino en desplegar una conducta destinada a asegurar que el receptor de la misma pueda utilizarla en forma útil. Si el resultado fuera el entendimiento, manejo y aprovechamiento de la información, por parte del destinatario, la obligación difícilmente podría ser de resultados, y por lo tanto, debería ser clasificada como una obligación de medios. Esto, pues el deudor, aun siendo diligente en la entrega, no puede asegurar el cumplimiento del resultado, es decir, la comprensión de la información por parte del acreedor, pues aunque puede facilitarla, tratar de asegurar su entendimiento o su consideración en la toma de las decisiones por parte del acreedor, está fuera de su alcance. Un caso donde esta dicotomía se hace patente es en materia de protección del consumidor. La ley de protección al consumidor establece la obligación de entregar cierta información de forma previa a la celebración del contrato, y obliga a las entidades bancarias (por ejemplo), a suministrarla en forma simple y clara. No obstante, aún con toda la información a su disposición, puede suceder que el consumidor no la considere en la toma de decisiones o bien, la malentienda a pesar de la diligencia de la entidad, lo que escapa al manejo y control que ésta pudiera tener respecto de la situación.

En conclusión, si consideramos que lo que se pretende garantizar es la entrega oportuna y efectiva de la información por parte del destinatario, antes de perfeccionar el contrato, necesariamente se deberá concluir que el interés primario es un resultado determinado, que debe ser satisfecho por el deudor, concluyendo que se trata de una obligación de resultados, en el cual puede variar la complejidad de la información entregada, según el destinatario de ella, sin que por ello cambie su naturaleza. Por el contrario, será una obligación de medios en la medida en la que consideremos que el resultado buscado es la total comprensión, utilización y aprovechamiento de la información, posición que nos parece desafortunada, pues podríamos llegar al absurdo de considerar que porque el destinatario no la haya tomado en consideración al momento del contrato, existirá un incumplimiento por parte del deudor.

Ahora bien, no obstante el desarrollo y clasificación anterior, es posible encontrar, dentro de la obligación de informar, asimismo, una o más prestaciones de no hacer implícitas respecto al contenido de la información. Una obligación de no hacer es aquella que consiste en una real abstención, es decir, en una cierta imposibilidad de realizar una conducta determinada que sin mediar “acuerdo” sería lícito realizar. No es erróneo señalar que dentro de la obligación de informar existe una prestación de abstinencia: El deudor no puede ocultar información relevante para la contraparte, y a su vez, tampoco debe suministrar información errónea, infundada, indeterminada o vaga.

Parece preciso entonces señalar que estamos frente a una obligación de objeto múltiple, con obligaciones de hacer y no hacer que, como mínimo, comprenden la determinación de la información relevante para la contratación, la recaudación de dicha información si no se cuenta con ella desde el inicio, la carga de suministrarla a la contraparte, lo cual implica, además, que en el suministro de la información nacen también otras necesidades, como el hecho de proveer la información en forma clara, asegurándose de que la contraparte la reciba de una forma concreta aprovechándola en forma eficiente, el no ocultar esta información relevante, y no suministrar información errónea o vaga, entre otras.

Nuestra legislación carece de norma expresa que obligue a los contratantes a suministrarse mutuamente la información requerida para contratar en un óptimo de conformidad. No obstante, pueden clasificarse las obligaciones de informar entre aquellas que encuentran regulación expresa en casos específicos, y aquellas cuya existencia debe

ser determinada en un juicio *ex post* por el adjudicador. Las primeras reciben el nombre de obligaciones “típicas”, y las segundas, “atípicas”.

La principal diferencia entre estas dos situaciones es que las obligaciones que se encuentran tipificadas en el derecho suponen una conducta obligatoria *ex ante*, es decir, deben ser respetadas en la etapa de preparación del contrato pues la ley ordena de forma expresa la observancia de una determinada conducta. Su principal ventaja, por ende, es proporcionar mayor seguridad jurídica para los contratantes, pues ambos conocerán con antelación la información que estarán obligados a entregar a la contraparte en la etapa precontractual. Por el contrario, tratándose de una obligación atípica, la incertidumbre de los contratantes es mayor, pues la determinación de su existencia será realizada *ex post* por el tribunal. Si se considera que los criterios para determinar la existencia de una obligación de informar se encuentran en permanente desarrollo, la incertidumbre de los contratantes se amplía toda vez que se le entrega al tribunal un grado de discrecionalidad mayor para su determinación.

La clasificación también tiene implicancias respecto de la decisión entre “deber u obligación”, sobre la cual Hernández Paulsen señala que los deberes típicos serían obligaciones sin lugar a dudas, al igual que los atípicos que, a pesar de que su existencia sea determinada por un juicio *ex post*, también deben ser considerados como obligaciones. No obstante lo anterior, puede resultar confusa la fuente mediante la cual se los determina como obligaciones, por lo que es posible hallar cobijo en la amplitud que puede otorgársele a la ley como fuente de las obligaciones. Por lo mismo, los deberes atípicos, son, en palabras del autor “hipótesis de obligaciones legales surgidas por aplicación de los principios del derecho [...]”<sup>16</sup>, y que cuando mediante un juicio *ex post* se determina la existencia del deber, en la práctica, significa que el juez estima que ya en la fase precontractual esa “obligación” de informar existía<sup>17</sup>. Como se podrá apreciar en el capítulo II, existen deberes típicos de información establecidos en leyes especiales, o incluso en determinados preceptos del código civil, como en la regulación que el Código Civil establece respecto de los vicios redhibitorios en la compraventa. Sin embargo, la obligación atípica general que existe en el derecho civil, formulada en la hipótesis de este trabajo, encuentra su fuente en los principios contractuales, específicamente en la buena

---

<sup>16</sup> Hernández Paulsen, G. “La obligación precontractual de la entidad de crédito de informar al cliente en los servicios bancarios y de inversión”, Editorial Marcial Pons, 2014, p. 66.

<sup>17</sup> Ibid.



fe objetiva, y deberá ser determinada *ex post* en forma obligatoria y necesaria por el tribunal, siendo procedente su aplicación siempre y cuando no existan circunstancias excepcionales que lo impidan, tal como se analizará en el acápite 1.1.4 de este capítulo.

### **1.1.3.- Principios**

Los principios generales de la legislación suelen ser incorporados dentro de lo que constituye el derecho de una sociedad, pues al ser el derecho, un concepto más amplio que el de ley, los recoge como fuentes. . La ley<sup>18</sup> es una fuente formal del derecho de una sociedad, no obstante, el derecho debe entenderse como un concepto más amplio<sup>19</sup>. Que la obligación provenga de una fuente distinta a una ley no modifica su naturaleza obligatoria, por ende, el hecho de no encontrarse tipificada en la norma no supone que sea un mero deber. Es posible fundamentar esto citando la praxis jurisprudencial en atención a que los tribunales suelen fundar ciertas obligaciones en algunos principios generales de la legislación, como el principio de la buena fe.

A continuación se revisarán aquellos principios que se vislumbran como los más importantes para determinar la existencia, contenido y límites de los deberes de informar, a saber, la igualdad entre las partes; la asimetría informativa, la buena fe y la libertad contractual.

#### **1.1.3.1.- Igualdad entre las partes**

Los deberes típicos de informar son considerados una técnica de protección para la parte que en la negociación se encuentra en una posición desventajosa respecto de la otra. En estos, el legislador es explícito en señalar que la información debe brindarse; a diferencia de los casos de evicción y vicios redhibitorios, en que se lleva a las partes a brindarse información a propósito de las consecuencias jurídicas que implicaría el no hacerlo. Para De la Maza, lo que se deja explícito en esta forma de regular los deberes de

---

<sup>18</sup> El Código Civil chileno define a la ley en su artículo 1 como “[...] Una declaración de la voluntad soberana que, manifestada de la forma prescrita por la Constitución, manda, prohíbe o permite”.

<sup>19</sup> La Real Academia de la Lengua española define derecho como “Conjunto de principios y normas, expresivos de una idea de justicia y de orden, que regulan las relaciones humanas en toda sociedad y cuya observancia puede ser impuesta de manera coactiva”. ASALE, RAE. "Derecho, Cha". *Diccionario de la lengua española*. N.p., 2016. Web. 12 Oct. 2016.

información es la importancia que se le ha dado en el derecho de contratos a la igualdad entre las partes, desde la segunda mitad del siglo XIX<sup>20</sup>.

La desigualdad<sup>21</sup> que puede afectar a las partes, se funda en asimetrías informativas que por las características de las partes pueden ser difíciles de superar por los distintos poderes de negociación que puedan tener. El paradigma de desigualdad entre partes son las relaciones de consumo entre vendedor y comprador y, por ende, en ellas se ha establecido deberes de informar explícitos como técnica legislativa tendiente a favorecer a la parte más desprotegida.

Nuestro Código Civil, fuertemente influenciado por el Código francés, se basa en la figura del individualismo como base para su regulación. El individualismo es un antecedente directo de lo que se conoce como “autonomía de la voluntad”<sup>22</sup>, de la cual se derivan subprincipios del derecho civil como la libertad contractual, la fuerza obligatoria de los contratos y su efecto relativo<sup>23</sup>. Esta se habría plasmado en nuestro Código a través de la idea de la conmutatividad de los contratos, establecida en el artículo 1.441 del Código, y que establece una apariencia de equidad entre las partes, a pesar de que no lo sean, si es que en virtud de la autonomía de la voluntad, estas deciden obligarse recíprocamente<sup>24</sup>.

De la Maza explica que la mirada del derecho de los contratos respecto al paradigma de mirar a las partes como iguales en la negociación ha cambiado drásticamente, para pasar a una posición en que se asume que las partes no están en igualdad de condiciones, que no podrán tutelar sus intereses de manera adecuada y que, por ende, requieren de protección<sup>25</sup>. Dicho cambio de paradigma no respondería solamente a un cambio de perspectiva, sino que atendería al hecho de que situaciones que ya eran desiguales en los tiempos en que se redactaron los códigos, se habrían

---

<sup>20</sup> De la Maza Gazmuri, I. (2009). Los límites del deber precontractual de información (*Doctoral dissertation*, Universidad Autónoma de Madrid). pp. 137-138.

<sup>21</sup> La igualdad o desigualdad se tratará en este trabajo simplemente desde el punto de vista del poder de negociación en las tratativas contractuales y, en definitiva, de la posibilidad o no de defender sus propios intereses.

<sup>22</sup> Lukes, S. (1975). El individualismo, Barcelona. Península, 18. Pp. 69-73

<sup>23</sup> Díez-Picazo, L. (1996). Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Tomo I. p. 137.

<sup>24</sup> En el artículo 1.441 de nuestro Código Civil se especifica que “El contrato oneroso es conmutativo, cuando cada una de las partes se obliga a dar o hacer una cosa que se mira como equivalente a lo que la otra parte debe dar o hacer a su vez”.

<sup>25</sup> De la Maza Gazmuri, I. (2009). Los límites del deber precontractual de información (*Doctoral dissertation*, Universidad Autónoma de Madrid). p. 141.

acrecentado con el tiempo, lo que haría insuficientes las protecciones genéricas del antiguo derecho de los contratos<sup>26</sup>.

### **1.1.3.2. Asimetría informativa**

La desigualdad entre las partes causada por la asimetría informativa tiene un papel relevante para el desarrollo de este trabajo.. La asimetría de información es la desigualdad en el manejo de información que existe entre las partes, y que hace que una de ellas tenga mayor poder de negociación. El hecho de que una de las partes se encuentre en una mejor posición traerá, como consecuencia, el nacimiento de deberes de información en favor de la parte débil. Casos típicos de asimetrías informativas se dan en las relaciones comerciales en que, en general, el comerciante cuenta con toda la información relevante para la contratación, en comparación con el comprador que, por lo general, no tiene acceso directo a toda esa información. Esta situación ha motivado su regulación a nivel generalizado mediante la imposición de deberes de información a favor del comprador.

La doctrina ha señalado que la asimetría de información puede darse por dos situaciones diversas: la información no se proporciona, o bien, se proporciona, pero quien la recibe no puede hacer un buen uso de ella. Esta segunda hipótesis ha sido nombrada como “racionalidad imperfecta”. Con el fin de ilustrar esta racionalidad imperfecta, se acudirá al caso de los contratos de adhesión, en que se dan desigualdades notorias entre las partes. En estos contratos, una parte confecciona la totalidad del contrato con anterioridad (contrato tipo unilateral) y lo propone a aceptación o rechazo de la otra parte, lo que, en definitiva, configuraría la relación de desigualdad entre las partes. De la Maza sostiene, no obstante, que ello no tiene por qué ser así pues lo que hace quien determina el contenido del contrato es exponer este ante el co-contratante, frente a lo cual este puede adherir o no, por lo que no supondría necesariamente un riesgo para esta parte. Por lo mismo, se ha señalado que la racionalidad imperfecta respondería a que los contratantes, o quienes adhieren en este caso, no puedan ponderar la información de

---

<sup>26</sup> De la Maza explica la situación en su tesis doctoral “Los límites del deber precontractual de información” basada en el derecho español de los contratos, diciendo que “lo que parece es que, en ciertas relaciones contractuales, las diferencias entre las partes, con el paso del tiempo, se han radicalizado y, comparadas con las antiguas desigualdades, presentan algunos aspectos novedosos. Aspectos frente a los cuales se ha considerado que la protección dispensada a los contratantes por las normas del Código Civil resulta ser insuficiente” (Ver en De la Maza Gazmuri, I. (2009). Los límites del deber precontractual de información (*Doctoral dissertation*, Universidad Autónoma de Madrid). p. 150).

forma óptima<sup>27</sup> y, en conclusión, a pesar de contar con la información, se mantendría de todas formas una situación de asimetría informativa.

Desde luego, esto nos lleva al debate sobre lo que estos autores han denominado “legibilidad de la información”, que significa que el cumplimiento del deber de informar debe llevar aparejada la posibilidad de entendimiento de la información. Lo mismo ha dicho De la Maza, apuntando que, como primera consecuencia de la racionalidad imperfecta se ponga énfasis en que, además de la entrega de la información, se cuide el cómo se haga la entrega<sup>28</sup>.

La técnica usada para corregir las asimetrías de información en el derecho moderno de los contratos, como ya se ha dicho, ha sido la imposición de deberes típicos de información. Variados ejemplos que ilustran la situación anterior son contemplados en la ley 19.496, de protección a los derechos de los consumidores.

#### **1.1.3.3.- Buena fe**

El principio de la buena fe está consagrado en el artículo 1546 del CC, que señala que “Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley o la costumbre pertenecen a ella”.

Es recurrente que se atribuyan ciertas obligaciones para las partes en atención a este principio, el cual rige en materia contractual desde las etapas que suponen las tratativas y preparativos preliminares, hasta la completa ejecución y etapa posterior a los efectos del contrato<sup>29</sup>. No considerar el carácter obligatorio de la información en la etapa precontractual es erróneo, y para Hernández Paulsen “parece ir de la mano de la opinión que apunta que en la fase precontractual no existen obligaciones”<sup>30</sup>. Así, con el inicio de cada negociación precontractual se desprende una obligación de negociar de buena fe,

---

<sup>27</sup> De la Maza Gazmuri, I. (2009). Los límites del deber precontractual de información (*Doctoral dissertation*, Universidad Autónoma de Madrid). pp. 154-158.

<sup>28</sup> *Ibid*, p. 159.

<sup>29</sup> La etapa precontractual comprende tres sub etapas: 1) La Etapa Prenegocial, compuesta por los tratos preliminares y la oferta; 2) la Etapa Negocial, compuesta por la oferta irrevocable, y que no resulta ajena para el legislador nacional según las normas del Código de Comercio en cuanto a la formación del consentimiento, y; 3) la Etapa Contractual. En esta última, el contrato que regirá la relación ha quedado perfeccionado.

<sup>30</sup> Hernández Paulsen, G. “La obligación precontractual de la entidad de crédito de informar al cliente en los servicios bancarios y de inversión”, Editorial Marcial Pons, 2014, p. 68.

como lo expone Zamorano Barrientos<sup>31</sup>. Es posible argumentar, entonces, que el deber de informar se deriva directamente de la obligación de negociar de buena fe.

Un ejemplo de esto en nuestra legislación se puede ver en el artículo 100 del Código de Comercio, en relación a las normas sobre la formación del consentimiento. Su inciso primero establece que “La retractación tempestiva impone al proponente la obligación de indemnizar los gastos que la persona a quien fue encaminada la propuesta hubiere hecho, y los daños y perjuicios que hubiere sufrido”. De lo anterior puede concluirse que nuestra legislación entiende que en las tratativas preliminares pueden generarse perjuicios a una de las partes, los cuales generan consecuencias jurídicas que serán sancionadas de la misma forma en la que se sancionaría el posterior incumplimiento de obligaciones contractuales. Barrientos, al referirse a los daños ocurridos durante las tratativas preliminares, expone que existe un principio objetivo de buena fe que debe respetarse en la etapa precontractual, y que podrá comprobarse por medio de las actuaciones que las partes efectivamente hayan realizado en pos de la celebración del contrato. Dentro de ellas deberán considerarse, por ejemplo, reuniones, proyectos, viajes, investigaciones, valoraciones, entre otros, y que serían presupuestos considerables dentro de la norma del Código de Comercio antes citada, y que podrían ser objeto de reparación pecuniaria por medio de una indemnización, como paradigmas de la teoría de la *culpa in contrahendo*<sup>32</sup>. No obstante lo anterior, no debe caerse en el error de creer que toda actuación dentro de las tratativas preliminares obligará a la celebración del acto jurídico. La idea que se encuentra detrás de lo que señala Zamorano Barrientos se centra más bien en mantener una conducta cercana al principio *alterum non ledere*..

Por último, es necesario dejar claro que no debe entenderse que toda retractación en las tratativas preliminares generará una sanción jurídica. Esto sería desconocer la autonomía de la voluntad que tiene cada individuo para determinar en definitiva si

---

<sup>31</sup> Así lo expone Barrientos en su obra *Daños por tratos preliminares en el Código Civil* diciendo que “[...] del hecho de haber acuerdo en iniciar las negociaciones se le impone a las dos partes involucradas [...] la obligación de actuar conforme a la equidad comercial y a la buena fe” (Marcelo Barrientos. (2008). Daños por tratos preliminares en el Código Civil. La Semana Jurídica , 380, 4, p.3.)

<sup>32</sup> Debe entenderse que la etapa *in contrahendo*, es, a grandes rasgos, aquella que inicia con las tratativas preliminares y que tendrá por objetivo el desarrollo, confección y planteamiento de una oferta definitiva. En otras palabras, la oferta no es la etapa inicial del iter contractual y su inicio radica en el instante en el que las partes por vez primera han hecho contacto entre ellas. En palabras de Barrientos “ [...] la actuación de las partes en este período es que su actividad no se encamina directamente a la relación de relaciones obligatorias entre ellas, sino a la elaboración de una oferta que, una vez aceptada, constituirá el contrato” (ver Marcelo Barrientos. (2008). Daños por tratos preliminares en el Código Civil. La Semana Jurídica , 380, 4, p. 2)

celebrará el acto jurídico o no. El ejercicio de la libertad de conclusión es un derecho que puede ejercer el individuo en cualquier momento (antes de la formulación de la oferta si esta es vinculante, o hasta antes de la aceptación, si no lo es). Podrá ejercerse siempre y cuando la retirada de la negociación no sea arbitraria, y justificada por alguna razón o interés de índole económica. El retiro sigue siendo posible en esta etapa de la precontratación, “ya que la voluntad no está sometida a negocio jurídico alguno”<sup>33</sup> y no es contraria a la lealtad a la que obedecen los contratantes en la etapa *in contrahendo*.

### **1.1.3.3.- Libertad Contractual**

La libertad contractual es, probablemente, la facultad más preciada que poseen las partes en materia de contratación, entendiéndose que en ellas existe la libertad de decidir lo que sea que les fuere conveniente respecto del acto jurídico a celebrar. *A contrario sensu*, lo valioso de esta facultad es que las partes quedan obligadas recíprocamente cuando así lo decidan y, por ende, que el acuerdo deberá ser cumplido por ambas, no porque sea forzoso, sino que porque es deseado<sup>34</sup>. Si bien las instituciones moralizadoras del derecho, como la buena fe o las buenas costumbres, son determinantes en la contratación, estas no deben atender contra la libertad contractual, desconociendo la realidad económica de una sociedad en que el mercado es la principal fuente de distribución de los recursos, y que subyace a la celebración de actos o contratos. Bajo este modelo, las negociaciones enfrentan intereses contrapuestos en los que cada parte abogará necesariamente por sacar el mayor provecho de la contratación y que parte de la doctrina caracteriza como una competencia para conseguir el mejor resultado posible<sup>35</sup>.

Por paradójal que parezca, la existencia y observancia de la obligación de informar no es vulneradora del principio de la libertad contractual, puesto que su finalidad es justamente la formación del contrato mediante el consentimiento libre y espontáneo, lo que finalmente será presupuesto necesario para que la libertad contractual pueda manifestarse de forma plena. Al existir vicios en el consentimiento, la voluntad del individuo se ve afectada por factores externos cuyo desconocimiento puede provocar la desconexión entre lo que la parte persigue realmente con el contrato, y lo que está

---

<sup>33</sup> Marcelo Barrientos. (2008). Daños por tratos preliminares en el Código Civil. La Semana Jurídica, 380, 4. p. 3.

<sup>34</sup> De la Maza Gazmuri, I. (2009). *Los límites del deber precontractual de información (Doctoral dissertation*, Universidad Autónoma de Madrid). p. 48.

<sup>35</sup> De la Maza Gazmuri, I. (2008). Buena fe, el reverso de la moneda. A propósito del dolo por omisión y el deber precontractual de informar. Revista Chilena de Derecho Privado, (11), p. 50.

finalmente acordando contratar<sup>36</sup>. Que esto no ocurra supone una decisión con plena información de lo que significa suscribir el contrato, para lo cual los deberes de informar son conducentes a ese óptimo que es el cierre de la negociación con información plena.

Existen argumentos en contra de la idea de que los deberes de informar sean favorables a la libertad contractual. Por ejemplo, podría decirse que, en la medida en que sólo una de las partes suministra información y sólo la otra la recibe, el beneficio sólo es unilateral. Ante esto, pueden decirse dos cosas: la primera de ellas es que las posiciones dentro de los contratos son dinámicas, lo que implica que los deberes de información que benefician a una parte en una contratación pueden beneficiar a la otra en una negociación distinta; otra razón más fuerte es que no es posible ignorar que la certeza jurídica beneficiará a ambas partes en la misma contratación, pues existirá seguridad (a mayor información) de que la relación contractual se mantenga firme durante el tiempo. Zimmermann ha dicho al respecto que “la imposición de deberes de información [...] no interfiere en el principio *pacta sunt servanda*, sino que trata de garantizar bases sólidas en la decisión de ambas partes de llegar a un acuerdo”<sup>37</sup>. En definitiva, los deberes de informar se justifican en esta sede porque ayudan a la formación de la voluntad de forma más libre y haciendo a las partes responsables por sus decisiones<sup>38</sup>.

#### **1.1.4.- Límites al deber de informar**

En la actualidad existe, en materia de contratación, la tendencia a desplazar la aplicación pura del principio de la libertad contractual, en pos de entregarle una mayor cabida al principio de la buena fe, desplazando la “libertad” característica en materia de contratación por la justicia en las prestaciones y ejecución de los contratos. No obstante esta tendencia contemporánea, no puede desconocerse la realidad económica de una sociedad en que el mercado es la principal fuente de distribución de los recursos, y que subyace a la celebración de actos o contratos. Bajo este modelo, las negociaciones enfrentan intereses contrapuestos en los que cada parte abogará necesariamente por sacar el mayor provecho de la contratación. De la Maza lo resume indicando que “una

---

<sup>36</sup> De la Maza explica que en este sentido, “los deberes precontractuales de información suelen considerarse como medidas que tutelan la correcta formación de la voluntad, favoreciendo un conocimiento libre y reflexivo” (De la Maza Gazmuri, I. (2009). *Los límites del deber precontractual de información (Doctoral dissertation*, Universidad Autónoma de Madrid). p. 48.)

<sup>37</sup> Zimmerman, R. (2008). *El nuevo Derecho alemán de obligaciones*, trad. E. Arroyo. p. 246.

<sup>38</sup> De la Maza Gazmuri, I. (2009). *Los límites del deber precontractual de información (Doctoral dissertation*, Universidad Autónoma de Madrid). p. 180.

caracterización de la facticidad de las relaciones precontractuales no debería obviar, que en cuanto a fenómeno socioeconómico, las negociaciones constituyen una competencia entre las partes por conseguir el mejor resultado para una de ellas”<sup>39</sup>.

De la Maza utiliza la expresión “lealtad” para referirse a la buena fe objetiva que debe regir la conducta de los contratantes. Sin embargo, reconsidera el sentido de la lealtad estableciendo que sólo debe considerarse en un sentido débil. La lealtad en sentido fuerte o filantropía<sup>40</sup> obliga al contratante a mantener una conducta correcta en todo momento, la cual emana sólo del interés de la contraria. En un sentido débil, entendiendo a la lealtad como “no traición”, implica solamente que “no se deben defraudar las expectativas razonables del otro negociante”<sup>41</sup>. La distinción hecha por De la Maza es determinante, puesto que en la realidad en que se desenvuelven las negociaciones resulta necesario señalar que la obligación de informar no deberá seguirse de manera absoluta. Si se recoge el sentido débil de la lealtad como principio rector es de suponer que al momento de los tratos preliminares la contraparte deberá necesariamente proporcionar la información relativa al objeto del contrato y de su obligación. La clave está en determinar qué información y cuándo debe ser suministrada.

La lealtad como “no traición” genera obligaciones para ambas partes, puesto que si bien existe una obligación de informar, también existe una obligación de estar informado que emana de la diligencia que todo contratante debiera observar. Este matiz de la buena fe señala que será carga de cada parte informarse de forma debida, observando el nivel de diligencia adecuado para cada tipo negocial. Así, la parte que maneja información relevante estará obligada a proporcionársela a la otra, salvo que esta pueda haberla recabado por sus propios medios, o que por una grave negligencia propia la desconozca.

En este sentido, el cumplimiento del deber de informar se agota en la negligencia ajena, pues no es deber del contratante diligente solventar la negligencia de su

---

<sup>39</sup> De la Maza Gazmuri, Íñigo. “Buena Fe, el reverso de la moneda. A propósito del dolo por omisión y el deber precontractual de informar”. Revista Chilena de Derecho Privado, n°11, pp. 50

<sup>40</sup> De la Maza Gazmuri, Íñigo. “Buena Fe, el reverso de la moneda. A propósito del dolo por omisión y el deber precontractual de informar”. Revista Chilena de Derecho Privado, n°11, pp. 52

<sup>41</sup> *Ibíd.*



contraparte. Es en este sentido como deben ser entendidas las expectativas razonables de un negociante, y como además lo ha entendido el legislador desde un inicio<sup>42</sup>.

Por ende, como se ha observado, la correcta interpretación de la observancia de la buena fe en materia contractual concluye en que sólo se genera la obligación de informar en los casos en que la parte contraria carece de medios suficientes que le permitan recabar la información relevante o se encuentra en una marcada posición de asimetría informativa.

Para responder a la pregunta sobre cuál es el límite al deber de informar también habrá que tomar en consideración la forma en la que el deudor obtuvo la información que estará obligado a suministrar. Esto es relevante dentro de una sociedad de información debido a que desde la consideración social la producción de información resulta valiosa para la generalidad de las personas. Sin embargo, es problemático considerar que esta deba necesariamente ser generada por una de las partes para ser suministrada a la otra<sup>43</sup>, por lo que, en definitiva, la figura de la “razonabilidad” para ambas partes, tanto

---

<sup>42</sup> Por ejemplo, en cuanto a la regulación del carácter “oculto” que debe tener un vicio redhibitorio, el código civil establece que sólo serán ocultos aquellos vicios que no haya “ [...] manifestado el vendedor, y ser tales que el comprador haya podido ignorarlos por negligencia grave de su parte, o tales que el comprador no haya podido fácilmente conocerlos en razón de su profesión u oficio”. En este sentido, el propio legislador entiende que una grave negligencia por parte de uno de los negociantes no genera la obligación para la contraria de suplirla observando una diligencia mayor.

<sup>43</sup> Existen incentivos inherentes a la información que se presentan a las partes, con el objetivo de que realicen esfuerzos destinados a obtenerla. Éstos pueden presentarse tanto para quién debe suministrarla - materializado en lo que la doctrina ha llamado la protección del secreto (consultar De la Maza Gazmuri, I. (2008). Buena fe, el reverso de la moneda. A propósito del dolo por omisión y el deber precontractual de informar. Revista Chilena de Derecho Privado, (11), pp. 58 y ss.) y el monopolio temporal del uso de dicha información- como para el acreedor, lo que significa una contratación más justa y una protección mayor de sus propios intereses. Las transacciones económicas frecuentemente serán determinadas por la acumulación de información relativa a la negociación en cuestión. Sin embargo, la acumulación de ésta supone necesariamente costos emanados de su generación. Se ha señalado que para el desarrollo de la sociedad moderna es necesario incentivar la producción de información: procedimientos, estudios, proyectos, investigaciones y contratos son algunos actos que tienden justamente a ampliar el espectro informativo que maneja la sociedad. Por lo mismo, se han identificado ciertos incentivos para la producción informativa, entre ellos, los siguientes: 1) el poder utilizarla en pos de un interés propio que prime sobre el interés ajeno, y mediante la cual se pueda sacar provecho en una relación jurídica contractual; 2) el deber de reserva o de guardar silencio sobre la información que ha sido compartida por la parte que la maneja hacia la parte “débil” de la contratación y; 3) la posibilidad de patentar la información a través de la propiedad intelectual o industrial que sobre ella pueda recaer. En este último caso, la utilidad proviene de la posibilidad que tiene el titular para explotar el producto informativo al cual arriba luego de los gastos investigativos. La información es un producto, es una creación de carácter subjetivo a la que arriba una persona luego de un proceso investigativo, y a raíz del examen de ellos se logra una determinada conclusión. Así, es posible decir que lo que genera valor a la información es, fundamentalmente, la persona que haya hecho el trabajo de generarla. Un segundo punto de vista dice relación con que la información es un resultado objetivo, un descubrimiento imparcial e invariable que se obtiene como corolario del proceso investigativo. En este sentido, además de la propiedad

respecto de la necesidad de entrega de la información como respecto a la extensión de esta, como la buena fe y las buenas costumbres comerciales cobran especial importancia.

## **1.2. La obligación precontractual de informar en algunos ordenamientos comparados**

El estudio de los deberes precontractuales de información ha tenido un auge tardío en la historia del derecho, siendo desarrollada a partir de la escuela voluntarista, reconocida principalmente en la figura de Rudolph Von Ihering, y desarrollada a partir del concepto de *culpa in contrahendo*. En el derecho romano regía con autoridad el principio del *caveat emptor*, que ponía el acento en los deberes de las partes de informarse y cuidarse personalmente ante la celebración de un contrato. Tiempo después, si bien la figura de los deberes precontractuales de información no fue ajena a los redactores del Código Napoleónico, la idea no fue incluida en la redacción de este y, en consecuencia, no se transmitió a aquellas legislaciones influenciadas por el Código Civil francés<sup>44</sup>.

Si bien el desarrollo que ha mostrado la figura de los deberes precontractuales de información ha sido de abundante cambio, han sido distintos los caminos tomados en diversas latitudes. En el desarrollo de este apartado se revisará cómo ha sido abordado el tema en el derecho inglés de los contratos, en el Derecho Contractual Europeo y, por último, se realizará una revisión desde el punto de vista del *soft law*, donde se indagará específicamente en el *Draft Common Frame of Reference* (DCFR), cuya regulación de los deberes precontractuales es abundante.

### **1.2.1.- Derecho Inglés**

El derecho inglés de los contratos difiere ampliamente de lo que se conoce como el sistema continental de derecho o sistema civil, partiendo por el hecho de que carece de un código que lo estructure y porque la organización viene dada por una base jurisprudencial, con reglas claras y precisas para el ordenamiento jurídico<sup>45</sup>. Así, en este sistema de derecho no existe una sistematización de principios o normas en un código o

---

sobre la información, se logra propiedad sobre el proceso que se ha utilizado para lograrla.. Cualquiera que sea la posición a tomar, la conclusión a que llegamos es que la información o el procedimiento para llegar a ella le pertenece a la parte que ha realizado los esfuerzos necesarios para generarla.

<sup>44</sup> Monsalve Caballero, V. (2008). Consideraciones actuales sobre la obligación precontractual de información: Una perspectiva europea. *Vniversitas*, 12, 52. Pp. 116-118.

<sup>45</sup> Pino Emhart, A. (2014). Una aproximación continental al Derecho inglés de los contratos. *Revista Chilena de Derecho Privado*, (22), pp. 233-253.

cuerpo normativo, característica compartida con el resto de los sistemas jurídicos pertenecientes al *common law*. Como consecuencia, se ha dicho que en el derecho inglés se le da poca relevancia a la distinción entre contratos en general y contratos especiales, pues la regulación contractual ha sido hecha en base a la jurisprudencia y, por ende, esta sería de aplicación general<sup>46</sup>.

Bajo ciertas circunstancias el legislador, de todos modos, ha intervenido estableciendo requisitos o deberes para determinados contratos, en los que sí es importante determinar el tipo de contrato frente al cual nos encontramos. Por ejemplo, la *Supply of Goods and Services Act 1982*, aunque los trata de forma general, establece requisitos para el caso de “ciertos contratos para la transferencia de la propiedad de cosas, en ciertos contratos para el arriendo de cosas y en ciertos contratos para el suministro de un servicio [...]”<sup>47</sup>. Dentro de la *Supply of Goods and Services Act 1982*, es posible encontrar deberes típicos de informar: en su primera parte, en lo relativo al suministro de cosas que aparezcan en el contrato, o respecto del cual pueda inferirse la intención de que el cedente deba transferir sólo el título que el u otra persona pueda tener, existe una garantía implícita de que todos los cargos o gravámenes conocidos por el cedente y no conocidos por el cesionario han sido revelados al cesionario antes de que el contrato sea hecho. Así, en caso de que la información no sea suministrada, esto implicaría un quiebre de la garantía<sup>48</sup>.

Más allá de casos como este, lo común es que el derecho de los contratos en los sistemas anglosajones sea regido por las decisiones desarrolladas a “la medida” por medio de la actividad jurisprudencial, y algunos principios de aplicación general. Aun así, la buena fe no es precisamente uno de ellos. A mayor abundamiento, al derecho inglés de los contratos repugna la idea de un deber de negociar de buena fe, atendiendo a una lógica adversarial de las partes en la negociación precontractual y a la idea de que cobijar un principio como este podría generar incertezas en la determinación de lo que esto implica. Así, lo que se ha preferido, en vez de un principio general de negociar de buena fe, es buscar soluciones específicas a cada tipo de caso, cuando se manifiesten

---

<sup>46</sup> Ibid, p. 235.

<sup>47</sup> Traducción libre de los autores desde *Supply of Goods and Services Act 1982*, p.1, de una parte del texto: “An act to amend the law with respect to the terms to be implied in certain contracts for the transfer of the property in goods, in certain contracts for the hire of goods and in certain contracts for the supply of a service; and for the connected purposes”.

<sup>48</sup> Traducción libre de los autores desde *Supply of Goods and Services Act 1982*, pp. 2-5.

injusticias patentes<sup>49</sup>. No obstante esto, ya hay voces que indican que la buena fe podría tener una mejor recepción en el futuro, debido a recientes sentencias que así lo indican<sup>5051</sup>.

El mismo principio de la *culpa in contrahendo* no fue bien recibido desde un comienzo en el *common law*, no obstante, de todas formas los conceptos fueron introduciéndose al ordenamiento jurídico anglosajón en forma paulatina. Para Monsalve-Caballero, “La concepción de Ihering y de sus opositores sin duda se propagó dentro del sistema del *common law*, de la forma como se dan los cambios dentro de un sistema conservador, pero no hermético”<sup>52</sup>. Por lo demás, en el actual contexto de la buena fe en el derecho inglés no hay discusión en que este, bajo ciertas circunstancias, sí otorga acciones de responsabilidad civil favoreciendo a una víctima defraudada en una negociación contractual, dando así paso a hipótesis de responsabilidad en etapas precontractuales. Aun así, por regla general no existe un deber general al momento de preparar un contrato, de actuar de buena fe<sup>53</sup>. No obstante, en la lógica del *caveat emptor*, según el cual las partes son vistas como adversarias dentro de una negociación precontractual, en el derecho inglés de los contratos no existe un deber general para las partes de informar a la contraria. Es más, dicha obligación no existe ni siquiera para los casos en que un contratante conoce que la otra parte desconoce información importante al momento contratar, y cuyo conocimiento podría, eventualmente, hacer que no llegue a contratar<sup>54</sup>.

---

<sup>49</sup> Pino Emhart, A. (2014). Una aproximación continental al Derecho inglés de los contratos. *Revista Chilena de Derecho Privado*, (22), 233-253, pp.236-237.

<sup>50</sup> Específicamente, en el caso de *Yam Seng Pte Limited Edition v/s Internacional Trade Corporation Limited* de 2013, en primera instancia, se señaló que “I respectfully suggest that the traditional English hostility towards a doctrine of good faith in the performance of contracts, to the extent it still persist, is misplaced”.

<sup>51</sup> A mayor abundamiento, “Under English Law, duties of good faith are owed by those in a fiduciary relationship and can exist as the result of an expressly agreed contractual term. A duty of good faith can be implied in specific contractual relationship (for example in partnership, agency, employment or insurance contracts) but, as a general rule, the English courts not imply a duty of good faith into a commercial contract”.

<sup>52</sup> Monsalve Caballero, V. (2008). Consideraciones actuales sobre la obligación precontractual de información: Una perspectiva europea. *Vniversitas*, 12, 52. p. 124.

<sup>53</sup> Pino Emhart, A. (2014). Una aproximación continental al Derecho inglés de los contratos. *Revista Chilena de Derecho Privado*, (22), 233-253., p.238.

<sup>54</sup> A mayor abundamiento, “Las razones que justifican el enfoque inglés sobre las tratativas preliminares son las mismas que justifican su rechazo a la existencia de un deber general de buena fe contractual: la reticencia del *Common Law* a consagrar principios generales, la incerteza acerca del contenido exacto del principio de buena fe, y la principal de ellas, que consiste en la concepción adversarial de las partes negociantes, según la cual el riesgo de que las negociaciones se quiebren pertenece a cada una de las partes hasta el momento de la celebración efectiva del contrato. Esta perspectiva adversarial de las partes explica también la razón por la

En virtud de la situación recientemente descrita, y a fin de llenar la ausencia de un deber general de informar, se creó lo que hoy se conoce como la *sanctity of contract*, según la cual “comenzaron a aceptarse obligaciones precontractuales en los diferentes períodos de las negociaciones, entre ellas la más importante, el derecho de información; conforme a él, cada parte se encuentra obligada a tener con la otra comunicación esencial [...]. En similar forma se consagraron sanciones para aquella parte que oculta elementos que puedan influir sobre las decisiones de concluir el acuerdo (o carencia de comunicación de un elemento existente como causa de invalidez), o en un posible error en que hubiese incurrido la otra”<sup>55</sup>.

Así, las soluciones fueron dadas dentro de la responsabilidad extracontractual (*tort law*), al igual que en el derecho nacional, aplicándose las figuras del “engaño” y la “negligencia”. En caso de que exista un engaño, si una parte entrega información falsa o que muestre la realidad adulterada, con el motivo expreso de que la otra parte actúe en base a esa información, deberá responder por los daños causados a esta, producto de la entrega de esa información fraudulenta, siempre y cuando el dolo pueda ser acreditado. En caso de que no exista una conducta dolosa, entra en acción la hipótesis de negligencia, a la que se dará lugar en caso de poder demostrar que quien otorga o debiese otorgar la información tenía un deber de cuidado respecto de la otra parte, lo que en la práctica puede ser complejo de probar<sup>5657</sup>.

---

cual el Derecho Inglés no reconoce un deber general de las partes de informar, incluso, en aquellos casos en que un contratante sabe que la contraparte desconoce información relevante que podría afectar su decisión de contratar [...]. Sin embargo, nada obsta a que en algunas circunstancias el Derecho inglés reconozca deberes de informar a la contraparte u otorgue incentivos a las partes para revelar información relevante” (Pino Emhart, A. (2014). Una aproximación continental al Derecho inglés de los contratos. Revista Chilena de Derecho Privado, (22), 233-253., p.238.)

<sup>55</sup> Monsalve Caballero, V. (2008). Consideraciones actuales sobre la obligación precontractual de información: Una perspectiva europea. Vniversitas, 12, 52. P. 125.

<sup>56</sup> Pino Emhart, A. (2014). Una aproximación continental al Derecho inglés de los contratos. Revista Chilena de Derecho Privado, (22), 233-253., p. 239.

<sup>57</sup> En palabras de Monsalve “[...] con el tiempo también se hizo característico el reconocimiento de una figura autónoma del tort, la cual origina la responsabilidad precontractual, cuando no se acata o se hace inexactamente una regla de comportamiento negocial que se inspira en la buena fe, la cual demanda o impone a las partes y en especial a quien tiene una posición dominante en las negociaciones, el suministrar a su contraparte toda la información necesaria para una objetiva valoración del objeto negocial, en especial son considerados como precontractual *liability*, el suministro de información inexacta y la omisión de información”. (Monsalve Caballero, V. (2008). Consideraciones actuales sobre la obligación precontractual de información: Una perspectiva europea. Vniversitas, 12, 52. P. 126)

## 1.2.2.- Derecho contractual europeo

Iñigo de la Maza reflexiona sobre el derecho contractual europeo, partiendo de la base que en este, al contrario de lo sucedido en el *common law*, existe gran acogida de las exigencias de la buena fe; que respecto de estas pueden extraerse deberes precontractuales de información, y; sobre que existe la posibilidad de poner limitaciones a dicha posibilidad<sup>58</sup>. Como uno de los deberes básicos emanados de la buena fe, ampliamente respaldado en las distintas legislaciones europeas<sup>59</sup>, el deber de información es el que presenta mayor desarrollo en el derecho contractual europeo<sup>60</sup>. Esto implica que, hoy por hoy, es el deber “más exigible y el más tutelado en lo que tiene que ver con las relaciones comerciales [...], en las manifestaciones del mercado y en especial en la protección del consumidor, por ser la parte más vulnerable dentro de la relación contractual”<sup>61</sup>.

En las legislaciones nacionales europeas resulta común la posibilidad de derivar del deber de actuar de buena fe, deberes atípicos de informar<sup>62</sup>, por lo que se hará una revisión de las que resultan más relevantes para nuestro derecho:

En el derecho francés existiría amplio acuerdo en la posibilidad de extraer un deber de informar directamente de lo exigido por la buena fe, en la época de negociación de un contrato, siendo clara su aplicación para los casos de hipótesis de dolo por omisión<sup>63</sup>. Así, podrían desprenderse de este deber de actuar de buena fe deberes atípicos de información, estableciéndose, asimismo, límites claros para su concreción<sup>65</sup>.

---

<sup>58</sup> De la Maza Gazmuri, I. (2009). Los límites del deber precontractual de información (*Doctoral dissertation*, Universidad Autónoma de Madrid). p. 307.

<sup>59</sup> Esto puede verse reflejado en el párrafo 242 del BGB, el artículo 1.134 del Código Civil francés, el artículo 1.337 del Código Civil italiano, o el artículo 288 del Código Civil griego.

<sup>60</sup> Así también lo ha dicho De la Maza, quien ha asegurado que en los ordenamientos jurídicos europeos, con excepción del derecho inglés, irlandés y escocés, se acoge “generalmente, en términos bastante amplios, el principio de la buena fe, extendiendo sus exigencias al período de los tratos preliminares” (De la Maza Gazmuri, I. (2009). Los límites del deber precontractual de información (*Doctoral dissertation*, Universidad Autónoma de Madrid). p. 313.)

<sup>61</sup> Monsalve Caballero, V. (2008). Consideraciones actuales sobre la obligación precontractual de información: Una perspectiva europea. *Vniversitas*, 12, 52. P. 122

<sup>62</sup> De la Maza Gazmuri, I. (2009). Los límites del deber precontractual de información (*Doctoral dissertation*, Universidad Autónoma de Madrid). p. 320.

<sup>63</sup> *Ibid*, p. 321.

<sup>64</sup> La doctrina francesa, reticente en un comienzo a la incorporación de la *culpa in contrahendo* en su legislación, ha ido reconociendo progresivamente que en casos en que se ha saltado un deber de otorgar información relevante, culposa o dolosamente, se estaría en presencia de un vicio (ver Monsalve Caballero, V.

En el derecho alemán se da mayor preponderancia al *caveat emptor*, pues se considera que las partes necesariamente tienen el deber de proteger sus intereses, lo que las faculta para poder mantener en su poder cierta información, sin divulgarla, aún a pesar de que esta sea relevante para la contraparte. Así, Von Thur considera que, aún a pesar de la existencia de un deber de lealtad que involucra a las partes en la etapa precontractual, este no implica que los contratantes deban informarse mutuamente de aquellos detalles que les interesen, siempre y cuando la contraparte no lo solicite. Dicho pensamiento lo funda en la necesidad de que cada parte cuide sus propios intereses. No obstante, el autor explicita que para el caso en que la parte contraria se halle en un error decisivo, la buena fe exigiría aclarar la situación<sup>66</sup>. De este último caso puede desprenderse que en el derecho alemán el límite a la legítima reserva de información es que la no divulgación resulte contraria a la buena fe y perjudicial a la contraparte.

Según explica De La Maza, existen tres casos en el derecho alemán que justifican la entrega de información a la contraria<sup>67</sup>:

- a) Cuando una parte solicita información a la otra;
- b) Cuando la información ignorada es evidentemente determinante para la parte que la ignora, y;
- c) En casos en que existe una relación de confianza entre las partes.

En el derecho italiano, por su parte, existen dos artículos del Código Civil que guían el estudio en la materia. El artículo 1.337<sup>68</sup> señala que las partes deben actuar de buena fe durante las negociaciones contractuales, y el 1.338<sup>69</sup> hace obligatorio el

---

(2008). Consideraciones actuales sobre la obligación precontractual de información: Una perspectiva europea. *Vniversitas*, 12, 52. P. 123).

<sup>65</sup> Ahora bien, a pesar de existir amplio reconocimiento sobre la posibilidad de derivar deberes de informar del deber de actuar de buena fe, ello no quiere decir que siempre deba informarse. Tanto la doctrina como la jurisprudencia han limitado el contenido del deber, así, por parte de la doctrina, tanto Jourdain (*Le devoir de <<se>> renseigner*”, *Dalloz*, 1983) como Larroumet (*Droit Civil*, t.III, 1ª parte, *Les obligations. Le contrat*) y Fabre-Magnan (*De l’obligation d’information dans les contrats. Essai d’une théorie*, LGDJ, París, 1992), han hecho esfuerzos tendientes a su limitación, siendo una de las ideas principales que la información no debiese entregarse en el caso de que la parte que la ignora pueda conseguirla por sus propios medios.

<sup>66</sup> Von Tuhr, A. (1998). *Derecho civil: teoría general del derecho civil alemán*. Marcial Pons. P. 544.

<sup>67</sup> De la Maza Gazmuri, I. (2009). *Los límites del deber precontractual de información (Doctoral dissertation*, Universidad Autónoma de Madrid). p. 323 – 324.

<sup>68</sup> Artículo 1.337 del Código Civil italiano: “ARTICOLO 1337 .-*Trattative e responsabilità precontrattuale* Le parti, nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto, devono comportarsi secondo buona fede.”

<sup>69</sup> Artículo 1.338 del Código Civil italiano: “ARTICOLO 1338 .-*Conoscenza delle cause d’invalidità* La parte che, conoscendo o dovendo conoscere l’esistenza di una causa d’invalidità del contratto (1418 e seguenti),

resarcimiento del daño en caso de que una de las partes, conociendo o debiendo conocer una causa de ineficiencia del contrato, no alerta de esta a la contraparte. Así, se establecería un real deber precontractual de información para el caso en que el contenido de dicha información sea la existencia de una causa de nulidad del contrato. Ahora bien, donde sí la doctrina difiere, es sobre el límite del deber, existiendo aquellos que lo conciben de manera amplia, como aquellos que lo hacen de manera bastante limitada<sup>70</sup>.

El derecho español, por su parte, muestra consenso en que la buena fe como principio, debe regir en las negociaciones precontractuales, tanto en su legislación como en la doctrina. El artículo 1.258 de su Código Civil establece que los contratos obligan no solamente a lo pactado, sino también a las consecuencias que sean conformes a la buena fe<sup>71</sup>. Ahora bien, al hacer una referencia expresa a los contratos, no todos consideran que dicho artículo aplica al período de negociación precontractual<sup>72</sup>. Así, hay quienes proponen que el artículo 1.258 del Código Civil español debe ser aplicado junto al artículo 7.1, que señala que los derechos deben ejercerse conforme a lo exigido por la buena fe<sup>73</sup>, y sobre el cual no se discute su aplicación al período precontractual<sup>74</sup>.

Ahora bien, de la aplicación de la buena fe a las negociaciones precontractuales, la doctrina ha dicho que es posible extraer un deber de informar<sup>75</sup>, como lo expresa

---

*non ne ha dato notizia all'altra parte è tenuta a risarcire il danno da questa risentito per avere confidato, senza sua colpa, nella validità del contratto (1308)."*

<sup>70</sup> De la Maza Gazmuri, I. (2009). Los límites del deber precontractual de información (*Doctoral dissertation*, Universidad Autónoma de Madrid). P. 325-326.

<sup>71</sup> Artículo 1.58 del Código Civil español: "Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley".

<sup>72</sup> Esta salvedad se debe a la larga discusión doctrinaria en el derecho español respecto de la naturaleza de la responsabilidad precontractual. Para mayor información al respecto, la discusión puede encontrarse reseñada en De la Maza Gazmuri, I. (2009). Los límites del deber precontractual de información (*Doctoral dissertation*, Universidad Autónoma de Madrid). P. 336-337.

<sup>73</sup> Artículo 7 del Código Civil español: "1. Los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe. 2. La Ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo. Todo acto u omisión que por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso".

<sup>74</sup> De la Maza Gazmuri, I. (2009). Los límites del deber precontractual de información (*Doctoral dissertation*, Universidad Autónoma de Madrid). P. 332-337.

<sup>75</sup> Así al menos lo han señalado García Rubio, precursora en el debate sobre los deberes precontractuales de información en el derecho español (Rubio, M. P. G. (1991). La responsabilidad precontractual en el Derecho español. Tecnos. Pp. 43-58); Gómez Calle, (Gómez Calle, E. (1994). Los deberes precontractuales de información. La Ley. Grupo Wolters Kluwer. P.18); y Llobet y Aguado (Aguado, J. L. (1996). El deber de información en la formación de los contratos. Marcial Pons. P. 14).



Morales Moreno en su obra “El error en los contratos” de 1988, al decir que “La buena fe impone a cada contratante la obligación de actuar diligentemente, para conocer y comunicar al otro aquellos extremos referentes al contrato, que, por la situación de hecho en que el obligado se encuentra, o por su condición personal (por ej. profesional), pueda fácilmente conocer, y no conozca ni pueda fácilmente conocer la parte contraria”<sup>76</sup>.

Ahora bien, así como existe consenso sobre la posibilidad de extraer del principio de la buena fe un deber de información en materia precontractual, también hay conformidad con la idea de que dicha información no puede ser ilimitada, a pesar de lo dificultoso y complejo que resulte trazar un límite al respecto. Como dicho límite resulta difuso, y no solo para el derecho español, los instrumentos de *soft law*, pensados ya sea como una instancia académica o con pretensiones de establecer las bases para un derecho común europeo de contratos, han sido útiles para el desarrollo de la materia y su delimitación<sup>77</sup>.

### **1.2.3.- *Soft law***

#### **1.2.3.1.- Preliminar**

Como bien señala De la Maza, “cuando se habla de derecho de contratos en Europa no solamente deben considerarse los derechos nacionales, sino que, además, debe prestarse atención a lo que, hasta el momento, es el principal precipitado del proceso de armonización del derecho de los contratos europeo: los instrumentos normativos de *soft law*”<sup>78</sup>. En este apartado se analizará, a la luz del objeto de esta investigación, los *Principles of European Contract Law* (PECL), Principios UNIDROIT, el *Project de Cadre Commun*, Proyecto de Pavía, y el *Draft Common Frame of Reference* (DCFR), deteniéndonos especialmente en este último.

Si bien en el marco del *soft law* europeo existen ejemplos concretos sobre la penetración de la figura de la culpa *in contrahendo* y, por ende, de la responsabilidad

---

<sup>76</sup> Morales Moreno, A. M. (1988). El error en los contratos. Aranzadi, Madrid. p. 230.

<sup>77</sup> Aloy, A. V. (2013). El “Soft law” europeo en la jurisprudencia española: doce casos. *Ars Iuris Salmanticensis: AIS: revista europea e iberoamericana de pensamiento y análisis de derecho, ciencia política y criminología*, 1(1), p. 93.

<sup>78</sup> De la Maza Gazmuri, I. (2009). Los límites del deber precontractual de información (*Doctoral dissertation*, Universidad Autónoma de Madrid). P. 308

precontractual, es en el DCFR<sup>79</sup> y en el Proyecto de Pavía, donde puede apreciarse una materialización explícita de los deberes precontractuales de información como una obligación, donde se regula exhaustivamente su cumplimiento, y donde se establecen duras sanciones asociadas a su inobservancia. Si bien se da cabida a los deberes precontractuales de información tanto en los PECL como en los Principios UNIDROIT, esta consagración se logra indirectamente respecto de ciertas hipótesis de error<sup>80</sup> y dolo por omisión<sup>81</sup>. Como señala De la Maza, lo que se valora en estos casos es la “legitimidad del silencio”<sup>82</sup>.

A continuación se revisarán los casos en que existe una consagración directa del deber precontractual de informar en instrumentos de *soft law*, recogidos en el Capítulo 3 del Libro II de los DCFR y artículo 7 del Proyecto de Pavía.

---

<sup>79</sup> En el DCFR se establecen los “Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law” (Preparados por el Study Group on a European Civil Code y el Research Group on EC Private Law (Acquis Group), siendo ésta una investigación “de naturaleza puramente académica, realizada a iniciativa de un nutrido grupo de juristas europeos, pretende, entre otros fines, servir de modelo para la elaboración del Marco Común de Referencia que fue previsto por la Comisión Europea en el llamado “Plan de acción para un Derecho Contractual Europeo más coherente” en enero de 2003” (para mayor información, ver Rubio, M. P. G., & Crespo, M. O. (2010). La responsabilidad precontractual en el Derecho contractual europeo. *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, (2), 3. P. 12.)

<sup>80</sup> Respecto del Error, se puede apreciar una regulación similar en el artículo 4:103 PECL y el párrafo (1)(a) del artículo 3.5 de los Principios UNIDROIT. En el primero se regula la posibilidad de anular un contrato por error, para el caso en que “[...] the other party knew or ought have known of the mistake and it was contrary to good faith and fair dealing to leave the mistaken party in error”. En el segundo, los Principios UNIDROIT también otorgan la posibilidad de anular el contrato si el contrato es sustancial, y “la otra parte incurrió en el mismo error, o lo causó, o lo conoció o debió haberlo conocido y dejar a la otra parte en el error resultaba contrario a los criterios razonables de lealtad negocial”.

La regulación similar de ambos artículos supone que el error producirá sus efectos, anulando el contrato, en caso en que la parte que contaba con la información no la haya comunicado y en casos en que dicha comunicación se esperaba que se efectuara. Ahora bien, lo determinante del asunto se encuentra en definir, entonces, cuándo dicha información debió haberse entregado, lo que se encuentra íntimamente ligado a la buena fe y su concreción en los Principios UNIDROIT como “criterios razonables de lealtad negocial”. Por ende, como bien ha dicho De la Maza, en este caso “sólo se debe informar si dejar a la otra parte en el error es contrario a la buena fe y las negociaciones leales”. Para mayor información, ver De la Maza Gazmuri, I. (2009). Los límites del deber precontractual de información (*Doctoral dissertation*, Universidad Autónoma de Madrid). pp. 327-328.

<sup>81</sup> Respecto del dolo por omisión, puede señalarse algo semejante a lo ya dicho anteriormente sobre de la anulación del contrato por error. Tanto en los PECL como en los Principios UNIDROIT se regula de forma similar, en sus artículos 4:107 y el 3.8, respectivamente. En el primero de ellos se explicita un caso de dolo por omisión en caso de una “fraudulent non-disclosure of any information wich in accordance with good faith and fair dealing it should have disclosed”. Por su parte, los Principios UNIDROIT configuran la hipótesis de dolo por omisión en casos en que “se omitió dolosamente revelar circunstancias que deberían haber sido reveladas conforme a criterios comerciales razonables de lealtad negocial”.

<sup>82</sup> De la Maza Gazmuri, I. (2009). Los límites del deber precontractual de información (*Doctoral dissertation*, Universidad Autónoma de Madrid). P. 327.

### **1.2.3.2.- Requisitos de la información**

#### **1.2.3.2.1.- Características**

El razonamiento desarrollado en el DCFR sobre el deber precontractual de información se origina a partir de la premisa de que el derecho no puede lidiar solo con casos de inequidad de información sobre las características básicas de los bienes o servicios a ser suministrados, sino que también debe hacerlo con otras circunstancias relevantes. Partiendo de esa base, junto con regular el error como hipótesis de invalidación de un contrato, se reguló el deber de entregar a la otra parte la información esencial para permitir a esta tomar una decisión debidamente informada. Los DCFR regularon esta situación, particularmente, a propósito de los contratos en los que intervienen consumidores. No obstante, dejaron a salvo la posibilidad de que los mismos problemas surgieran respecto de contratos entre empresas. Asimismo, lo expresan los creadores de los DCFR, quienes en su introducción establecen que, si bien respecto de las empresas se espera que hagan todo tipo de preguntas e investigación antes de cerrar una negociación, si las buenas prácticas comerciales dictan que cierta información sea provista por una de las partes, es dable que la otra parte asuma que esta la haya entregado<sup>83</sup>.

El DCFR consagra de forma directa la existencia de un deber precontractual de informar, al igual que lo hace el Proyecto de Pavía. El primero lo hace en su Libro II, destinando para ello su Capítulo 3 dándole en este un detallado trato, mientras que el segundo lo hace en su artículo 7. En su regulación es posible encontrar una estrecha relación entre el deber de informar y la buena fe, a pesar de que no se le nombre de forma explícita. Así, el artículo II.-3:101 enuncia que la información deberá entregarse si así puede desprenderse de las expectativas razonables que pueda tener la contraparte, para recibir dicha información. De la Maza explica que este artículo encuentra su origen en los Principios *Aquis*, y que de su observancia se puede desprender que existe una íntima relación entre la buena fe y las expectativas legítimas. La amplia regulación del

---

<sup>83</sup> Von Bar, C., Clive, E., & Schulte-Nölke, H. (2009). Principles, definitions and model rules of European private law: draft common frame of reference (DCFR). Walter de Gruyter. P. 66-67

deber de informar en el Proyecto de Pavía, también puede reconducirse a la buena fe visitando las fuentes que sirvieron de antecedente para su artículo 7<sup>84</sup>.

### 1.2.3.2.2.- Contenido

En el DCFR se regula el deber de revelar información sobre bienes, otros activos y servicios en el artículo II.- 3:101<sup>85</sup>, estableciéndose que, antes de perfeccionar un contrato sobre bienes, otros activos o servicios<sup>86</sup>, existe el deber de revelar la información concerniente a los bienes, otros activos y servicios a ser suministrados, que la otra parte razonablemente esperara conocer, considerando los estándares de calidad y rendimiento que pueden ser esperados bajo circunstancias normales<sup>87</sup>.

La información que el DCFR solicita que se entregue es la que la otra parte razonablemente debería recibir, quedando claro así que no existe una obligación de revelar toda la información concerniente al objeto del contrato, de no ser necesario. Así al menos, es desarrollado dentro de los comentarios al II.-3:101 DFCR, donde se señala que es esperable que cada parte asuma la responsabilidad de obtener la información, tanto de los hechos como del derecho, que cada una necesite antes de cerrar el contrato. En consecuencia, explican que no existe un principio general que requiera de la completa entrega de la información relevante que la otra parte pueda necesitar para tomar una decisión completamente informada. Asimismo, se señala que el artículo se basa en el hecho de que el suministrador de los bienes, activos o servicios posee información acerca de la calidad y rendimiento de mismos, es decir, maneja la información que puede ser razonablemente esperada por la contraparte. Por lo mismo, el comentario explica que, en

---

<sup>84</sup> De la Maza Gazmuri, I. (2009). Los límites del deber precontractual de información (*Doctoral dissertation*, Universidad Autónoma de Madrid). pp. 329-330.

<sup>85</sup> II.-3:101: Duty to disclose information about goods, other assets and services (1) Before the conclusion of a contract for the supply of goods, other assets or services by a business to another person, the business has a duty to disclose to the other person such information concerning the goods, other assets or services to be supplied as the other person can reasonably expect, taking into account the standards of quality and performance which would be normal under the circumstances. (2) In assessing what information the other person can reasonably expect to be disclosed, the test to be applied, if the other person is also a business, is whether the failure to provide the information would deviate from good commercial practice.

<sup>86</sup> No sólo se refiere sólo a relaciones comerciales entre consumidores, sino también a relaciones profesionales, como puede observarse del tenor de su redacción.

<sup>87</sup> A mayor abundamiento, "Destaca la enorme importancia que sus autores dan al deber precontractual de información que, como regla general, debe cubrir las expectativas razonables del destinatario de la misma y que no se limita al caso de los contratos con consumidores, sino que también se aplica a las relaciones entre profesionales cuando la provisión de información se corresponde con la buena práctica comercial" (en Rubio, M. P. G., & Crespo, M. O. (2010). La responsabilidad precontractual en el Derecho contractual europeo. *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, (2), 3. P. 13)

ciertas circunstancias no será lógico que se exija suministrar información, por ejemplo, cuando el proveedor no la tenga o cuando no sea forzoso para el consumidor tenerla<sup>88</sup>.

También se consagraron en el DCFR deberes específicos para establecimientos de comercio hacia los consumidores y entre un profesional y una parte desaventajada.

En el artículo 3:102<sup>89</sup> se establecen deberes de comerciantes para con los consumidores, donde se detalla que se deberá entregar la información necesaria, considerando el parámetro de un consumidor promedio y el contexto en el que se encuentra para tomar decisiones tendientes a la conclusión de un contrato. Asimismo, se expresa de forma negativa el deber de no entregar información engañosa, situación que ocurrirá si se omiten hechos materiales sobre los que el promedio de los consumidores esperarían ser advertidos, con el propósito de cerrar un contrato.

En el artículo 3:103<sup>90</sup>, por su parte, se regula el caso de una negociación entre un profesional y un consumidor que se encuentra en una situación desventajosa. Este

---

<sup>88</sup> Von Bar, C., Clive, E., & Schulte-Nölke, H. (2009). Principles, definitions and model rules of European private law: draft common frame of reference (DCFR). Full Edition. Walter de Gruyter. p. 245.

<sup>89</sup> II.-3:102: Specific duties for businesses marketing to consumers (1) Where a business is marketing goods, other assets or services to a consumer, the business has a duty not to give misleading information. Information is misleading if it misrepresents or omits material facts which the average consumer could expect to be given for an informed decision on whether to take steps towards the conclusion of a contract. In assessing what an average consumer could expect to be given, account is to be taken of all the circumstances and of the limitations of the communication medium employed. (2) Where a business uses a commercial communication which gives the impression to consumers that it contains all the relevant information necessary to make a decision about concluding a contract, the business has a duty to ensure that the communication in fact contains all the relevant information. Where it is not already apparent from the context of the commercial communication, the information to be provided comprises: (a) the main characteristics of the goods, other assets or services, the identity and address, if relevant, of the business, the price, and any available right of withdrawal; (b) peculiarities related to payment, delivery, performance and complaint handling, if they depart from the requirements of professional diligence; and (c) the language to be used for communications between the parties after the conclusion of the contract, if this differs from the language of the commercial communication. (3) A duty to provide information under this Article is not fulfilled unless all the information to be provided is provided in the same language.

<sup>90</sup> II.-3:103: Duty to provide information when concluding contract with a consumer who is at a particular disadvantage (1) In the case of transactions that place the consumer at a significant informational disadvantage because of the technical medium used for contracting, the physical distance between business and consumer, or the nature of the transaction, the business has a duty, as appropriate in the circumstances, to provide clear information about the main characteristics of any goods, other assets or services to be supplied, the price, the address and identity of the business with which the consumer is transacting, the terms of the contract, the rights and obligations of both contracting parties, and any available right of withdrawal or redress procedures. This information must be provided a reasonable time before the conclusion of the contract. The information on the right of withdrawal must, as appropriate in the circumstances, also be adequate in the sense of II.-5:104 (Adequate information on the right to withdrawal). (2) Where more specific information duties are provided for specific situations, these take precedence over the general information duty

menoscabo podría configurarse a propósito del medio técnico usado para contratar, la distancia física entre profesional y consumidor o bien, por la naturaleza de la transacción. Debido a la situación desventajosa de una de las partes, el profesional tendría el deber de proveer información clara de los bienes, activos y servicios a ser contratados, además de otra serie de requisitos, que tienden a nivelar la posición entre las partes. Asimismo, la información debe ser entregada dentro de un tiempo razonable.

En palabras de los realizadores de los DCFR, no estaríamos ante un deber general de revelar toda la información, entre un profesional y un consumidor, antes del perfeccionamiento de un contrato, sino que el deber surge sólo en caso de existir una desventaja considerable del consumidor respecto del profesional, y que sólo puede basarse en las hipótesis planteadas en este caso, como un medio de acortar brechas de información entre una y otra parte<sup>91</sup>. Es interesante el deber consagrado en esta materia en el DCFR, puesto que, a diferencia de lo que ocurre en la legislación nacional, se protege al consumidor en virtud de su desventaja informativa, independiente de si se encuentra contratando con una empresa o con una persona natural. Basta que se genere la desventaja para que exista protección de la parte más débil, sin importar que la parte fuerte también sea una persona natural, siempre que sea un profesional que se encuentre en una posición ventajosa en virtud de su educación.

#### **1.2.3.2.3.- Medios de transmisión**

El artículo 3:106<sup>92</sup> DCFR regula la forma en que debe ser entregada la información. Así, esta debe ser entregada en forma clara y precisa, y en un lenguaje

---

under paragraph (1). (3) The business bears the burden of proof that it has provided the information required by this Article.

<sup>91</sup> En los DCFR se explica este deber del siguiente modo: "The Article does not impose a general duty to disclose information before a contract is concluded between a business and a consumer. Instead, the circumstances are limited to those where the consumer is at a significant informational disadvantage. It is generally the case that consumers are subject to an informational disadvantage when dealing with a business, because the business will generally know more about the goods or services it provides. It will also have the benefit of experience from repeat transactions, whereas a consumer will often engage in the transaction once only. The scope of this Article is therefore restricted by requiring that the informational disadvantage has to be significant". (Draft Common Frame of Reference, p. 253)

<sup>92</sup> II.-3:106: Clarity and form of information (1) A duty to provide information imposed on a business under this Chapter is not fulfilled unless the requirements of this Article are satisfied. (2) The information must be clear and precise, and expressed in plain and intelligible language. (3) Where rules for specific contracts require information to be provided on a durable medium or in another particular form it must be provided in that way. (4) In the case of contracts between a business and a consumer concluded at a distance, information about the main characteristics of any goods, other assets or services to be supplied, the price, the address and identity of the business with which the consumer is transacting, the terms of the contract, the rights and

simple y entendible. Los DCFR especifican que la información no debe ser ambigua, y debe evitar que puedan existir diversas interpretaciones. A su vez, que el lenguaje sea simple y entendible implica que el vocabulario técnico debe ser evitado, y en caso de que deba usarse, tendrá que explicarse de forma adecuada<sup>93</sup>.

Sobre la forma física de ser entregada, el DCFR indica que en caso de que los contratos señalen específicamente que la información sea entregable en un medio durable o de alguna manera en particular, deberá hacerse de ese modo. Por otra parte, en caso de que el contrato sea perfeccionado a distancia, la información sobre las características más importantes de los bienes, activos o servicios, y los términos del contrato, deberán ser confirmados por escrito en un medio durable al tiempo de perfeccionamiento de este.

### **1.2.3.3.- Remedios**

La regulación a los deberes de información establecida en el Capítulo 3 del Libro II del DCFR no sería más que una declaración de buenas intenciones de no ser por un catálogo de remedios eficiente, y así lo han entendido los autores del DCFR, quienes han asegurado que, en caso de que no sea entregada toda la información que razonablemente se espera sea entregada por la contraparte según las buenas prácticas comerciales y, en consecuencia, las partes celebran un contrato que no se hubiere celebrado de otro modo, o se hubiese hecho en otros términos, dicha parte tiene un remedio<sup>94</sup>.

Esencial para el cumplimiento de los deberes desarrollados en el Libro II Capítulo III de los DCFR, es un sistema eficiente de remedios para el caso de su incumplimiento.

---

obligations of both contracting parties, and any available redress procedures, as may be appropriate in the particular case, must be confirmed in textual form on a durable medium at the time of conclusion of the contract. The information on the right of withdrawal must also be adequate in the sense of II.–5:104 (Adequate information on the right to withdraw).

<sup>93</sup> Los DCFR explican el contenido del deber en los siguientes términos: “According to paragraph (2) all pre-contractual information supplied by a business under Book II, Chapter 3 must be clear and precise. This means that the information should not be ambiguous, and must, reasonably, avoid leaving room for different interpretations. In addition, the language used must be plain and intelligible. This means that technical language should be avoided as much as possible. Where such language has to be used, it should be explained adequately”. (Draft Common Frame of Reference, p. 260)

<sup>94</sup> Von Bar, C., Clive, E., & Schulte-Nölke, H. (2009). Principles, definitions and model rules of European private law: draft common frame of reference (DCFR). Walter de Gruyter. Pp. 66-67.

Estos se encuentran regulados en el artículo 3:109<sup>95</sup> y su contenido revela la importancia dada por los autores a los deberes precontractuales de información<sup>96</sup>.

En el artículo se establece una hipótesis especial para el caso del incumplimiento de un deber de informar, si se trata de la negociación de un contrato entre un profesional

---

<sup>95</sup> II.-3:109: Remedies for breach of information duties (1) If a business has a duty under II.-3:103 (Duty to provide information when concluding contract with a consumer who is at a particular disadvantage) to provide information to a consumer before the conclusion of a contract from which the consumer has the right to withdraw, the withdrawal period does not commence until all this information has been provided. Regardless of this, the right of withdrawal lapses after one year from the time of the conclusion of the contract. (2) If a business has failed to comply with any duty imposed by the preceding Articles of this Section and a contract has been concluded, the business has such obligations under the contract as the other party has reasonably expected as a consequence of the absence or incorrectness of the information. Remedies provided under Book III, Chapter 3 apply to non-performance of these obligations. (3) Whether or not a contract is concluded, a business which has failed to comply with any duty imposed by the preceding Articles of this Section is liable for any loss caused to the other party to the transaction by such failure. This paragraph does not apply to the extent that a remedy is available for non-performance of a contractual obligation under the preceding paragraph. (4) The remedies provided under this Article are without prejudice to any remedy which may be available under II.-7:201 (Mistake). (5) In relations between a business and a consumer the parties may not, to the detriment of the consumer, exclude the application of this Article or derogate from or vary its effects.

<sup>96</sup>María Paz García Rubio y Marta Otero Crespo, señalan sobre el incumplimiento de los deberes precontractuales de información en los DCFR que “Especialmente interesantes por su condición de novedosas, y hasta cierto punto innovadoras, son las normas destinadas a establecer los remedios frente el incumplimiento de los deberes de información precontractual. En este sentido, además de recoger una regla en relación con los contratos con consumidores que se encuentran en especial situación de desventaja de conformidad con la cual, existiendo derecho de desistimiento por parte del consumidor e incumplimiento de los deberes de información por parte del profesional, el plazo de ejercicio del citado derecho de desistir del contrato no comenzará a correr hasta que la información haya sido efectivamente suministrada [II.-3:109 (1)], el DCFR contiene remedios aún más radicales. Así, en el II.-3:109 (2) se prevé el supuesto de que el contrato se haya llegado efectivamente a celebrar y el profesional no haya cumplido algunos de los deberes de información exigidos, situación en la que el profesional queda obligado por el contrato a todo lo que la otra parte hubiera podido razonablemente esperar como consecuencia de la ausencia o defecto de la información. De este modo, el contenido contractual queda integrado, no sólo por el estricto acuerdo de las partes, sino también por las legítimas expectativas de la parte que ha visto violados sus derechos de información lo cual, según alguna opinión, supone transformar un mero deber en una garantía. Aún se da un paso más allá, pues el mismo párrafo inmediatamente precitado añade que el acreedor de los deberes de información incumplidos tiene a su disposición todos los remedios derivados del incumplimiento de las obligaciones, lo cual parece significar la transformación de los deberes de información en verdaderas obligaciones; o, en términos clásicos, que este supuesto concreto de responsabilidad precontractual está recibiendo el tratamiento de la genuinamente contractual. Ello debe compatibilizarse con lo establecido en el párrafo siguiente [II.-3:109 (3)], según el cual, haya sido o no celebrado un contrato, un profesional que ha incumplido con los deberes de información impuestos en los artículos precedentes es responsable de los perjuicios causados a la otra parte en la transacción, derivados de tal incumplimiento, lo que parece hacer alusión a la indemnización del interés de la confianza o interés negativo. Se establece así una general consecuencia derivada del incumplimiento de los deberes precontractuales de información, cual es la responsabilidad por la confianza derivada de todo tipo de daños causados a la otra parte como consecuencia del mentado incumplimiento, y ello con independencia de que haya llegado o no a existir vinculación contractual, si bien este remedio concurrirá con la posibilidad de exigir el cumplimiento (interés positivo) en los términos esperados por el afectado por el déficit de información en caso de que el contrato se haya llegado efectivamente a celebrar”. En Rubio, M. P. G., & Crespo, M. O. (2010). La responsabilidad precontractual en el Derecho contractual europeo. *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, (2), 3. Pp. 14-15)



y un consumidor desaventajado, en caso de existir un derecho a retiro. Este empezaría a contar desde la fecha de la entrega de la totalidad de la información que el profesional debió haber concedido.

En caso de que se celebre el contrato sin el suministro de la totalidad de la información debida, el profesional deberá responder a su contraparte por lo que esta última hubiere razonablemente podido representarse como consecuencia de la falta de información. Indistintamente de haberse cerrado o no el contrato, la parte que la ocasionare por no suministrar la información debida, deberá responder a la contraparte por los perjuicios que el incumplimiento le ocasionaren. Además, se hace expresa mención a que las acciones otorgadas por este artículo dejan a salvo todas las otras acciones pertinentes.

Por último, la inobservancia de la obligación de informar de forma específica, que haya sido pactada en el contrato, significa un incumplimiento de este. No obstante, este incumplimiento no puede ser equiparado a la omisión de la información, pues las pérdidas causadas por tener la información en un formato incorrecto no pueden ser las mismas causadas por no haber recibido la información de ninguna manera<sup>97</sup>. Por otra parte, en el caso de que la obligación provenga del contrato, la responsabilidad siempre será contractual, mientras que, tal como se analizará en el capítulo III de este trabajo, en el primer caso existe discusión acerca de la naturaleza de la responsabilidad.

---

<sup>97</sup> Von Bar, C., Clive, E., & Schulte-Nölke, H. (2009). Principles, definitions and model rules of European private law: draft common frame of reference (DCFR). Full Edition. Walter de Gruyter. p. 261.

## Capítulo II: Análisis positivo de la obligación de informar en leyes especiales

Los deberes típicos de informar son una concreción legislativa del principio de la buena fe en las negociaciones precontractuales, y, a pesar de que suelen operar de diversas formas, tienen dos cosas en común: la primera, es que cumplen “la estructura” de un deber precontractual<sup>98</sup>; la segunda, es que la interrogante sobre si una parte debe o no suministrar información a la otra en la fase de negociación del contrato, ya ha sido respondida de forma afirmativa por el legislador en la concreción de una norma que expresamente así lo establece<sup>99</sup>.

Los deberes de informar típicos responden, como ya se ha mencionado, a asimetrías de información que llevan a las partes a una posición de desigualdad que, bajo ciertas circunstancias, hacen difícil que la contratación sea igualmente informada y, por ende, libre. Es por ello que la doctrina ha dicho que en casos que se considera a las partes como partes “de por sí”, desiguales, el razonamiento subyacente es que la parte débil debe ser protegida y no debe preocuparse de procurarse a sí misma la información de forma individual<sup>100</sup>.

En el transcurso de este capítulo se analizarán dos casos específicos de deberes típicos de informar en nuestro derecho nacional y su funcionamiento. Primero se analizará la Ley 19.496 (Ley de Protección a los consumidores, o “LPC”), y luego la Ley 20.584 (Ley sobre Derechos y Deberes de los pacientes).

---

<sup>98</sup> Iñigo de la Maza ha estructurado los deberes precontractuales de informar, describiéndolos como la suma de dos factores: un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica. Sobre el primero ha dicho que lo entiende como “el conjunto de circunstancias que determinan la imputación de una determinada consecuencia jurídica”, y dichas circunstancias son la ignorancia, el conocimiento y la reticencia. Puesto de forma simple, el autor sostiene que una de las partes debe ignorar información que sea determinante para establecer que, celebrado un contrato conociendo dicha información, lo hubiese celebrado en otros términos, o no lo hubiere celebrado. Sumado a ello, la otra parte conocía la información, o bien, se le imputa su conocimiento, sabía que la otra parte la desconocía, y sabía de su importancia para la contratación. Por último, la reticencia es respecto a la entrega de dicha información.

Sobre el segundo punto, De la Maza sostiene que la contravención del deber, determinada por el cumplimiento del supuesto de hecho, determina la aplicación de una consecuencia jurídica desventajosa para aquel que lo infringe que bien puede ser una indemnización de perjuicios, pérdida de eficacia de pactos de exclusión de responsabilidad, anulabilidad, sanciones administrativas, y sanciones penales. (De la Maza Gazmuri, I. (2009). Los límites del deber precontractual de información (*Doctoral dissertation*, Universidad Autónoma de Madrid). pp. 62-65.

<sup>99</sup> *Ibid*, pp. 69-71.

<sup>100</sup> El mismo De la Maza ha dicho que, para estos casos, “[t]eniendo en cuenta que la otra (parte) puede acceder a la información que necesita la primera más fácilmente, lo razonable —ya sea en términos de eficiencia o de justicia distributiva— es que se le imponga a esta última un deber de informar”. (De la Maza Gazmuri, I. (2009). Los límites del deber precontractual de información (*Doctoral dissertation*, Universidad Autónoma de Madrid). p. 70)

## **2.1.- Ley de protección de los derechos de los consumidores (Ley N° 19.496)**

### **2.1.1.- Preliminar**

Nuestra legislación ha hecho importantes avances sobre la protección de los consumidores en sus relaciones con los proveedores, a partir de los avances en el ámbito de las relaciones de consumo que han ido surgiendo en el derecho comparado, y que se han ido adoptando a nivel nacional. Esto se ve plasmado en la Ley 19.496<sup>101</sup>, del año 1997, que establece normas sobre protección de los derechos de los consumidores. Con casi veinte años de vigencia, hoy es posible hablar de una protección especial impuesta por el legislador en este ámbito. Antes de su dictación, nuestra legislación carecía de un medio idóneo para buscar soluciones a conflictos de poca monta que suelen caracterizar las relaciones de consumo: por ejemplo, resulta impensable la posibilidad de recurrir a un juicio ordinario y sus considerables gastos anexos para solucionar el tipo de controversias que se originan a raíz de la compra defectuosa en un supermercado o en las grandes tiendas. Esta situación significaba un obstáculo en el acceso a la justicia, por lo que se producían frecuentes vulneraciones que las personas afectadas estaban dispuestas a tolerar, debido a la inexistencia de un mecanismo adecuado y eficiente de protección. Con la dictación de esta ley se buscó solucionar dicha situación mediante una equiparación en el acceso a la información para las partes, protegiendo directamente al consumidor, y gravando con la imposición de ciertas obligaciones al proveedor.

A diferencia de la legislación general del derecho civil, la formación libre del consentimiento en las relaciones de consumo no es suficiente. El legislador interviene en estas relaciones incluso cuando ningún vicio del consentimiento está presente, y faculta al juez para analizar el contenido del contrato que pudiera ser perjudicial para la parte más débil, aun cuando ésta haya consentido en dichas cláusulas, precisamente por la posición asimétrica<sup>102</sup>. Esta situación se genera toda vez que dentro de las relaciones de consumo, la contratación suele reducirse a lo que la ley entiende como contratos de adhesión,

---

<sup>101</sup> En adelante PC o LPC (Ley de protección a los consumidores)

<sup>102</sup> Aunque de menor relevancia para este trabajo, existen otras finalidades que impulsan al legislador a imponer la obligación precontractual de proporcionar la información relevante a la contraparte, no siendo el objeto de protección la formación del consentimiento ni, por ende, la libertad contractual. Hablamos de aquella información que protege al consumidor final de ciertos daños que la mala utilización del producto pudiere ocasionarle, como por ejemplo, la orientación al uso adecuado de un producto tóxico o inflamable. Si bien, esta información no es relevante en cuanto a la protección de la libertad contractual, su ausencia puede devenir en daños, que pueden ser prevenidos por medio de información suministrada oportunamente por el proveedor.

contrato que ha sido definido en la LPC como “aquel cuyas cláusulas han sido propuestas unilateralmente por el proveedor, sin que el consumidor, para celebrarlo, pueda alterar su contenido”.<sup>103, 104</sup>

La LPC regula las relaciones de consumo, en las que participan dos calidades de individuos: consumidores y proveedores. El artículo 1 de la LPC define ciertos términos y conceptos utilizados dentro de las relaciones de consumo por los sujetos involucrados, incluyendo dentro de ellos a “consumidores y usuarios”, y a los “proveedores”. Así, define a los consumidores como “las personas naturales o jurídicas que, en virtud de cualquier acto jurídico oneroso, adquieren, utilizan, o disfrutan, como destinatarios finales, bienes o servicios”, y añade que no son consumidores aquellos que deban considerarse proveedores. Los proveedores son definidos a continuación como “las personas naturales o jurídicas, de carácter público o privado, que habitualmente desarrollen actividades de producción, fabricación, importación, construcción, distribución o comercialización de bienes o de prestación de servicios a consumidores, por las que se cobre precio o tarifa”. Asimismo, se establece que no serán proveedores quienes tengan título profesional y ejerzan su actividad independientemente. El objeto de protección de la LPC se define con respecto a estas definiciones, pues los sujetos que no puedan ser enmarcados dentro de estas definiciones, no podrán ser amparados u obligados por la LPC.

El elemento “habitualidad” de la actividad para el caso de los proveedores no permite la aplicación de las normas protectoras que consagra la LPC, en el derecho civil general, puesto que supone una importante restricción al momento de determinar la posibilidad de utilizarla como fuente general de la obligación precontractual de informar. En consecuencia no sería posible, en atención a la propia definición de la ley, sujetar las relaciones civiles al amparo de lo que supone una relación de consumo, en tanto la generalidad de los negocios no supone habitualidad ni reiteración, sino actos jurídicos esporádicos en los que no existe la asimetría analizada.

En esta misma línea, el artículo 2° de la LPC materializa el ámbito de aplicación de la misma, estableciendo de forma específica las relaciones que se entenderán normadas

---

<sup>103</sup> Ley 19.496 sobre protección a los derechos de los consumidores. Artículo 1°, n°6.

<sup>104</sup> La intervención del Estado, sin embargo, no se agota en este último punto, pues si bien la autonomía de la voluntad sigue siendo el pilar en esta rama del derecho, el artículo 16 de la ley 19.496 establece un catálogo preventivo de disposiciones prohibitivas que impiden ciertas cláusulas consideradas abusivas para la parte débil de la relación. Lo particular de dicho artículo, es que no se centra en un aspecto subjetivo de daño, sino a una asimetría totalmente externa definida por el legislador.

por ella, y que serán consideradas, por ende, como relaciones de consumo en las que los sujetos intervinientes tendrán necesariamente las calidades mencionadas con anterioridad<sup>105</sup>. Asimismo, el artículo 2° bis consagra un marco de exclusión específico que delimita y disminuye todavía más las relaciones abordadas por su normativa, subordinando su aplicación necesariamente a la inexistencia de una ley especial; a casos en que se vea comprometido el interés colectivo cuyo hecho dé lugar a la acción de indemnización de perjuicios, y; a los casos en los que la ley especial no especifique el procedimiento para solicitar la reparación de los perjuicios sufridos por el incumplimiento de obligaciones contraídas por los proveedores<sup>106</sup>.

---

<sup>105</sup> El artículo 2 de la LPC establece los casos específicos normados por esta ley:

“Artículo 2°.- Quedan sujetos a las disposiciones de esta ley:

- a) Los actos jurídicos que, de conformidad a lo preceptuado en el Código de Comercio u otras disposiciones legales, tengan el carácter de mercantiles para el proveedor y civiles para el consumidor;
- b) Los actos de comercialización de sepulcros o sepulturas;
- c) Los actos o contratos en que el proveedor se obligue a suministrar al consumidor o usuario el uso o goce de un inmueble por períodos determinados, continuos o discontinuos, no superiores a tres meses, siempre que lo sean amoblados y para fines de descanso o turismo;
- d) Los contratos de educación de la enseñanza básica, media, técnico profesional y universitaria, sólo respecto del Párrafo 4° del Título II; de los Párrafos 1° y 2° del Título III; de los artículos 18, 24, 26, 27 y 39 C, y respecto de la facultad del o de los usuarios para recurrir ante los tribunales correspondientes, conforme a los procedimientos que esta ley establece, para hacer efectivos los derechos que dichos Párrafos y artículos les confieren.

No quedará sujeto a esta ley el derecho a recurrir ante los tribunales de justicia por la calidad de la educación o por las condiciones académicas fijadas en los reglamentos internos vigentes a la época del ingreso a la carrera o programa respectivo, los cuales no podrán ser alterados sustancialmente, en forma arbitraria, sin perjuicio de las obligaciones de dar fiel cumplimiento a los términos, condiciones y modalidades ofrecidas por las entidades de educación;

e) Los contratos de venta de viviendas realizadas por empresas constructoras, inmobiliarias y por los Servicios de Vivienda y Urbanización, en lo que no diga relación con las normas sobre calidad contenidas en la ley N° 19.472, y

f) Los actos celebrados o ejecutados con ocasión de la contratación de servicios en el ámbito de la salud, con exclusión de las prestaciones de salud; de las materias relativas a la calidad de éstas y su financiamiento a través de fondos o seguros de salud; de la acreditación y certificación de los prestadores, sean éstos públicos o privados, individuales o institucionales y, en general, de cualquiera otra materia que se encuentre regulada en leyes especiales”.<sup>105</sup>

<sup>106</sup> “Artículo 2° bis.- No obstante lo prescrito en el artículo anterior, las normas de esta ley no serán aplicables a las actividades de producción, fabricación, importación, construcción, distribución y comercialización de bienes o de prestación de servicios reguladas por leyes especiales, salvo:

- a) En las materias que estas últimas no prevean;
- b) En lo relativo al procedimiento en las causas en que esté comprometido el interés colectivo o difuso de los consumidores o usuarios, y el derecho a solicitar indemnización mediante dicho procedimiento, y
- c) En lo relativo al derecho del consumidor o usuario para recurrir en forma individual, conforme al procedimiento que esta ley establece, ante el tribunal correspondiente, a fin de ser indemnizado de todo perjuicio originado en el incumplimiento de una obligación contraída por los proveedores, siempre que no existan procedimientos indemnizatorios en dichas leyes especiales”.

Por último, debe dejarse bien en claro que la protección a los consumidores no debe confundirse con la imposición a una de las partes de la carga de suplir la negligencia de su contraparte. Este criterio se ha denominado en latín *caveat emptor* y es recogido en la legislación civil desde su primera y más importante regulación nacional, el Código Civil<sup>107</sup>. La LPC no es ajena a esta materia, y explícitamente establece como contrapartida a la obligación de proporcionar la información básica comercial del proveedor, el deber de cada consumidor de informarse diligentemente respecto a los bienes y servicios ofrecidos por los proveedores<sup>108</sup>.

La doctrina ha tratado el tema, considerando que es posible apreciar conductas o hábitos de los consumidores, que pueden dificultar la instruida formación del consentimiento<sup>109</sup>. Dicha conducta errática por parte del consumidor podría consistir en una toma imprudente de decisiones, incurriendo en comportamientos que falten a la lógica económica, decidiendo de manera atemporal, o bien, exagerando el valor del corto plazo

---

<sup>107</sup> Andrés Bello, autor del Código Civil chileno, ya en el año 1855 reconocía como máxima la imposibilidad de proteger al contratante negligente, tipificándolo a propósito de reiteradas situaciones jurídicas como la imposibilidad de demandar la nulidad relativa frente a la incapacidad de la contraria, o en razón de la regulación del contrato de compraventa y de los vicios redhibitorios.

Así, el artículo 1858 CC establece que: “Son vicios redhibitorios los que reúnen las calidades siguientes:

1. Haber existido al tiempo de la venta;
2. Ser tales, que por ellos la cosa vendida no sirva para su uso natural, o sólo sirva imperfectamente, de manera que sea de presumir que conociéndolos el comprador no la hubiera comprado o la hubiera comprado a mucho menos precio;
3. No haberlos manifestado el vendedor, y ser tales que el comprador haya podido ignorarlos sin negligencia grave de su parte, o tales que el comprador no haya podido fácilmente conocerlos en razón de su profesión u oficio”.

En esta última hipótesis se manifiesta de forma clara que la diligencia de un contratante no debe aumentar sólo por el hecho de que la contraria no cumpla con el estándar del debido cuidado exigido y, por el contrario, se le castiga a la parte cuyo esmero no ha sido suficiente, mediante una atenuación a la protección que el marco jurídico le facilita.

<sup>108</sup> No obstante, no debe asimilarse el vocablo “deber” empleado en la redacción del artículo 3 LPD, como “obligación”. De ser así, el consumidor incurriría en responsabilidad civil por la infracción de dicho deber, algo no contemplado en la legislación y que iría en contra del espíritu de la ley. Por este motivo, la voz empleada en la norma debe asimilarse al concepto de “carga”. Si adoptamos este último concepto, entendido por Peñailillo como “*la necesidad de adoptar una cierta conducta si se quiere lograr un resultado*” (ver en Peñailillo, D. (2003). Obligaciones: teoría general y clasificaciones; la resolución por incumplimiento. Editorial Jurídica de Chile., p. 80), y considerando que la inobservancia de dicha conducta acarrea un perjuicio propio para la parte que deja de cumplirla, puede concluirse que la sanción al consumidor negligente que no cumple la carga impuesta por el legislador es la imposibilidad de solicitar la reparación de los perjuicios que la falta de dicha información le generen, puesto que ésta no puede imputarse a una acción, u omisión, del proveedor, sino a su propia falta de diligencia

<sup>109</sup> De la Maza, ha ahondado en esto, diciendo que existen limitantes fácticas humanas cristalizadas en “(...) factores como las capacidades computacionales limitadas de los seres humanos, sus perjuicios, la subestimación de los riesgos o la sobreestimación de sus capacidades” (ver en “De la Maza Gazmuri, I. (2010). El suministro de información como técnica de protección de los consumidores: los deberes precontractuales de información. Revista de derecho (Coquimbo), 17(2), p. 34.)

o el impulso repentino generado por un estado anímico o la atractiva publicidad. Es más, para Zimmermann, si bien la idea de la imposición de deberes típicos resulta atractiva, se asemeja a una utopía, mirándola desde el punto de vista de la relación entre consumidores y la información<sup>110</sup>. En principio, este tipo de circunstancias no deben ser cubiertas por los proveedores, lo que ha sido respaldado en doctrina con pensamientos como los de Zimmermann. Así, se ha dicho que, si bien se acepta que en las relaciones caracterizadas por su asimetría se invierta la regla de que cada una de ellas deba cuidarse a sí misma —y, por ende, se suministre la información a la parte en posición menos favorable—, existe un límite para ello<sup>111</sup>, el cual viene dado por la posibilidad de que la parte que se encuentra en una posición desventajosa pueda revertir dicha situación, a partir de sus propios actos diligentes.

## **2.1.2.- Requisitos de la información**

### **2.1.2.1.- Características**

En las relaciones de consumo se han creado obligaciones típicas para la parte conocidamente más fuerte de la negociación, asumiendo que los consumidores no son capaces de tutelar sus intereses de forma eficaz frente al poderío que detenta el proveedor. Así, se ha determinado en el artículo 1, 3.- de la LPC, de forma positiva, una obligación que recae en el proveedor, según la cual tiene el deber de proporcionar, al menos, la información básica comercial que requiere un consumidor al momento de escoger un producto o servicio determinado<sup>112</sup>. La información básica comercial, es refiere

---

<sup>110</sup> Zimmermann afirma que, si bien la idea de los deberes típicos en materias de consumidor le parece “excelente”, esboza dos argumentos para considerarlos de difícil ejecución: primero, la resistencia de los consumidores a leer la información proporcionada, y; segundo, la dificultad que implica la entrega de información en demasía para su procesamiento. En ese sentido, explica que puede asemejarse la extrema abundancia de información, con la falta de ella. Ver en Zimmermann, R., & Vaquer Aloy Übersetzung, A. (2000). Estudios de derecho privado europeo. pp. 246-247.

<sup>111</sup> De la Maza Gazmuri, I. (2010). El suministro de información como técnica de protección de los consumidores: los deberes precontractuales de información. Revista de derecho (Coquimbo), 17(2), pp. 34-35.

<sup>112</sup> En el artículo 1. 3.- de la LPC se establece que será entendida como Información básica comercial “los datos, instructivos, antecedentes o indicaciones que el proveedor debe suministrar obligatoriamente al público consumidor, en cumplimiento de una norma jurídica.

Tratándose de proveedores que reciban bienes en consignación para su venta, éstos deberán agregar a la información básica comercial los antecedentes relativos a su situación financiera, incluidos los estados financieros cuando corresponda.

En la venta de bienes y prestación de servicios, se considerará información comercial básica, además de lo que dispongan otras normas legales o reglamentarias, la identificación del bien o servicio que se ofrece al consumidor, así como también los instructivos de uso y los términos de la garantía cuando procedan. Se exceptuarán de lo dispuesto en este inciso los bienes ofrecidos a granel.

la LPC, a “los datos, instructivos, antecedentes o indicaciones que el proveedor debe suministrar obligatoriamente al público consumidor, en cumplimiento de una norma jurídica”.

El artículo 3, letra b) de la LPC, que exige la entrega de información, especifica las cualidades con las que ésta debe cumplir. En efecto, se exige que la información sea “veraz y oportuna”<sup>113</sup>. Según el diccionario de la Real Academia Española, se entenderá que lo veraz es aquello “que dice, usa o profesa siempre la verdad”, y oportuno, cuando “se hace o sucede en tiempo a propósito y cuando conviene”. Concordante con la legislación, lo que se propone la LPC es la formación del consentimiento mediante la manifestaciones de voluntad libre y espontánea, es decir, en palabras de De la Maza, “que se forme de una manera consiente, racional y libre.”<sup>114</sup>

En esta esfera, se ha entendido la veracidad de la información desde una perspectiva negativa, entendiéndose que la información veraz será aquella que no es falsa y/o engañosa. En atención al principio imperante del artículo 707 del Código Civil, en que se establece que la buena fe debe siempre ser presumida y la mala fe probarse, salvo en casos expresamente determinados, es posible concluir que la información entregada por los proveedores es veraz en atención al tipo de contrato o al producto cuya celebración se pretende. De todas formas, y como se mencionará más adelante, la LPC recoge ciertas infracciones típicas que determinan la falta de veracidad de la información, sobre todo a propósito de la publicidad engañosa, sancionando severamente dicha situación, y rompiendo entonces con la presunción de buena fe mencionada con anterioridad.

Por otra parte, la información oportuna es entendida como aquella a la que pueden acceder los consumidores antes de contratar y que, por ende, posee un rol determinante a la hora de decidir sobre la compra o no de un determinado producto, entendiendo que

---

La información comercial básica deberá ser suministrada al público por medios que aseguren un acceso claro, expedito y oportuno. Respecto de los instructivos de uso de los bienes y servicios cuyo uso normal represente un riesgo para la integridad y seguridad de las personas, será obligatoria su entrega al consumidor conjuntamente con los bienes y servicios a que acceden”

<sup>113</sup> En efecto, el artículo 3, letra b) de la LPC, establece que “Son derechos y deberes básicos del consumidor:

b) El derecho a una información veraz y oportuna sobre los bienes y servicios ofrecidos, su precio, condiciones de contratación y otras características relevantes de los mismos, y el deber de informarse responsablemente de ellos.”

<sup>114</sup> De la Maza Gazmuri, I. (2010). El suministro de información como técnica de protección de los consumidores: los deberes precontractuales de información. *Revista de derecho (Coquimbo)*, 17(2), p. 43.



en este tipo de contratos no existen las tratativas preliminares. Asimismo, a propósito de la “oportuna” información, es interesante analizar lo que es posible desprender de la oportunidad en que ésta es proporcionada al consumidor. La oportunidad de la información no sólo supone el momento en el que esta debe ser suministrada, sino también la intención que ha tenido el legislador al momento de establecer este requisito. Que la información deba ser proporcionada con anterioridad a la formación del contrato es una forma de proteger la formación del consentimiento y del ejercicio “igualitario” de la libertad contractual, pues en los contratos de adhesión (que imperan en este tipo de relaciones), la desigualdad en los poderes negociadores de las partes deriva justamente de la asimetría informativa, la cual es considerada como el fundamento de las regulaciones especiales que intentan proteger a la parte más débil. Asumiendo entonces que la información proporcionada es verídica, el hecho de que sea oportuna se condice en mayor medida con el hecho de que debe ser “útil, utilizable y usada”<sup>115</sup>.

En definitiva, lo esperable es un flujo de información directo y accesible para el consumidor, cuyo contenido deba ser intelectualmente manejable para un consumidor promedio, sin requerir asistencia técnica adicional proveniente de un tercero, ni grandes esfuerzos intelectuales para su correcta comprensión. Si la información cumple con estos parámetros, podrá ser realmente utilizada, logrando la libertad y espontaneidad requeridas en la formación del consentimiento. Sólo así se cumplirá la finalidad que tuvo en miras el legislador al crear una obligación de ésta índole para el proveedor con el objeto de proteger especialmente a la parte débil de dicha relación, y sólo así sería posible considerar cumplidas las prestaciones de la obligación de informar, ya abordadas en este trabajo, tanto en los medios como en el fin.

#### **2.1.2.2. Contenido**

Las obligaciones de informar dentro de la LPC son variadas, aunque todas nacen del “derecho a la información” derivado del artículo 3, b) de la LPC, que consagra que: “Son derechos y deberes básicos del consumidor:

b) El derecho a una información veraz y oportuna sobre los bienes y servicios ofrecidos, su precio, condiciones de contratación y otras características relevantes de los mismos, y el deber de informarse responsablemente de ellos”

---

<sup>115</sup> Segade, J. A. G. (1980). Notas sobre el derecho de información del consumidor. Revista jurídica de cataluña, 79(3), p. 148.

Derivado de este principio general que establece el derecho a la información en materias de derecho del consumidor, pueden enumerarse diversos tipos requerimientos de información a lo largo de la LPC como, por ejemplo, la obligación de entregar información básica comercial; la obligación de informar el precio del producto o servicio; las obligaciones de informar concernientes a promociones, ofertas o concursos; la obligación de entregar información sobre la venta de un producto con defectos (artículo 14 de la LPC), entre otras.

A propósito de lo anterior, profundizaremos sobre los deberes típicos de informar contenidos en la LPC:

a. **Información básica comercial:** Si bien la obligación básica comercial fue tratada a propósito de las características de la información, es posible decir respecto de ella que es el punto de partida para el resto de deberes típicos de esta ley. De la Maza explica que, precisamente, este artículo debe ser entendido en el contexto de relaciones de desigualdad entre las partes, y como una herramienta para superar dicha desigualdad. Así, ha dicho que la entrega de la información básica comercial importa favorecer una adecuada formación de la voluntad y, por ende, una libre elección de bienes y servicios<sup>116</sup>

La Información Básica Comercial se define como “los datos, instructivos, antecedentes o indicaciones que el proveedor debe suministrar obligatoriamente al público consumidor, en cumplimiento de una norma jurídica”; y se encuentra en el artículo 1, 3.-, donde luego se establece cómo debe ser entregada. Sobre su definición, y del análisis de la norma, puede desprenderse que se remite a otras normas para dotar de contenido al concepto<sup>117</sup>. No obstante, se ha dicho que esta remisión no siempre es concreta respecto de la información a suministrar, sino que

---

<sup>116</sup> Iñigo De la Maza. (2013). Artículo 1 N°3. En La protección de los derechos de los consumidores (1219). Santiago, Chile: Thomson Reuters., p. 24.

<sup>117</sup> Así también se ha expresado en la jurisprudencia, que se refiere a la información básica comercial, diciendo que ésta “está definida en el artículo 1 n° 3 de la ley 19.496, de cuyo texto queda claro que no se trata de cualquier tipo de información, sino de aquella que los proveedores están obligadas (sic) por una norma jurídica a proporcionar. [...] En otras palabras, para que la obligación deba estar comprendida en el artículo 1° N°3 de la ley 19.496, debe existir una norma jurídica que obligue a proporcionar la información y referirse a los bienes y servicios que ofrezcan al público” (ver en C. Apelaciones de Concepción, 9 agosto 2010, Rol 199-2010, cita Legal Publishing Cita online: CL/JUR/4830/2010).

también puede darse el caso de que la remisión se haga respecto de criterios que permitan la determinación de la información a entregar<sup>118</sup>.

b. **Información sobre el precio de los bienes o servicios:** Esta obligación se encuentra contenida en el artículo 30 de la LPC, en el que se señala que “Los proveedores deberán dar conocimiento al público de los precios de los bienes que expendan o de los servicios que ofrezcan, con excepción de los que por sus características deban regularse convencionalmente”.

La doctrina se ha referido a este requerimiento como una concreción del derecho del consumidor para recibir información veraz y oportuna y, por ende, se ha señalado que tiene como sujeto activo a todos los consumidores, incluso sin mediar un contrato de consumo entre las partes. Asimismo, se ha dicho que la información sobre el precio constituye uno de los fundamentos de mayor relevancia del estatuto protector del usuario, que permite ejercer lo que ha sido denominado como la *soberanía del consumidor*. Así Ericka Isler, comentando el artículo 30 de la LPC, ha dicho que “los instrumentos señalados establecen así, -de cargo del proveedor- una obligación de información veraz y oportuna (art. 3° letra b LPC), al cual la misma ley N° 19.496 la ha otorgado el carácter de básico, razón por la cual tiene como sujeto activo a todos los consumidores, aun cuando no mediare contrato de consumo alguno. Se trata además de la garantía que constituye uno de los fundamentos más importantes del estatuto protector del usuario, y que permite el ejercicio de la denominada “soberanía del consumidor” —de gran importancia en una economía de mercado como la nuestra—. En efecto, a menor información disponible —incluida la del precio—, el sujeto más débil de la relación de consumo, se vuelve aún más dependiente del proveedor, disminuyendo su confianza, elemento fundamental para el adecuado desarrollo de la economía nacional”<sup>119</sup>.

c. **Información sobre promociones u ofertas:** Las promociones son definidas en la LPC como “las prácticas comerciales, cualquiera sea la forma como se utilice en su difusión, consistentes en el ofrecimiento al público en general de bienes y servicios en condiciones más favorables que las habituales, con excepción de

---

<sup>118</sup> Iñigo De la Maza. (2013). Artículo 1 N°3. En La protección de los derechos de los consumidores (1219). Santiago, Chile: Thomson Reuters., p. 27.

<sup>119</sup> Ericka Isler Soto. (2013). Artículo 30. En La protección de los derechos de los consumidores (1219). Santiago, Chile: Thomson Reuters., p. 709.

aquellas que consistan en una simple rebaja de precio”. En adición, la oferta es definida como una “práctica comercial consistente en el ofrecimiento al público de bienes o servicios a precios rebajados en forma transitoria, en relación con los habituales del respectivo establecimiento”.

Al respecto, el artículo 35 de la LPC regula las obligaciones de informar relacionadas a promociones y ofertas. El legislador no es foráneo al momento de tratar esta materia, pues supone que gran parte de la contratación de consumo está basada en el incentivo que la publicidad<sup>120</sup> y propaganda puedan generar en los destinatarios de la información. Así, el artículo 35 de la LPC<sup>121</sup> contiene una obligación de resultados para el oferente, consistente en informar al consumidor sobre las bases de la promoción u oferta y el tiempo o plazo de su duración<sup>122</sup>. Como es posible colegir, la regulación de las promociones y ofertas no es sino una aplicación concreta de los requisitos generales de toda información en materia de consumo, a saber, que la información suministrada debe ser veraz y oportuna.

Junto con las bases, debe señalarse además el plazo en que la oferta o promoción tendrán vigencia. El proveedor debe señalar el plazo por el cual la oferta estará vigente<sup>123</sup>.

---

<sup>120</sup> Según el artículo 1,4.- de la LPC la publicidad se define como “la comunicación que el proveedor dirige al público por cualquier medio idóneo al efecto, para informarlo y motivarlo a adquirir o contratar un bien o servicio, entendiéndose incorporadas al contrato las condiciones objetivas contenidas en la publicidad hasta el momento de celebrar el contrato”.

<sup>121</sup> “Artículo 35.- En toda promoción u oferta se deberá informar al consumidor sobre las bases de la misma y el tiempo o plazo de su duración. No se entenderá cumplida esta obligación por el solo hecho de haberse depositado las bases en el oficio de un notario. En caso de rehusarse el proveedor al cumplimiento de lo ofrecido en la promoción u oferta, el consumidor podrá requerir del juez competente que ordene su cumplimiento forzado, pudiendo éste disponer una prestación equivalente en caso de no ser posible el cumplimiento en especie de lo ofrecido.”

<sup>122</sup> Las bases mencionadas no son reguladas en la ley de forma exhaustiva. De esta manera, ha sido posible avanzar hacia la concepción actual, en la que se pretenden que las bases contengan al menos la mecánica de funcionamiento que permite acceder al bien o servicio incluyendo las eventuales restricciones, condiciones o limitaciones que tuviere. Por consiguiente, la noción de bases exige al proveedor informar de una manera completa, adecuada y eficiente aspectos relevantes que informen al consumidor de cómo llegar a ser acreedor del beneficio publicitado.

La LPC no contiene una obligación de depositar las bases ante notario, no obstante, esta praxis es seguida por los proveedores que desean generar un respaldo objetivo de la promoción que pretenden lanzar, con el objetivo de generar certeza en relación a lo que pretenden promocionar u ofertar. Lo que sí señala la ley, es que el sólo depósito de las bases ante notario no supone el cumplimiento de la obligación tipificada. Por lo mismo, frases usuales como “infórmese, bases ante notario” suponen una violación a este precepto. En dicho caso, lo pretendido por el proveedor no supondría la correcta ejecución de la norma, pues se crea un deber adicional en el consumidor, quién deberá solventar la conducta que el proveedor debió cumplir.

<sup>123</sup> No obstante, la obligación de señalar la vigencia de la oferta, algunos proveedores han adoptado prácticas como señalar que la oferta es válida “hasta agotar stock”. Dado que la redacción de dicha promoción no informa realmente al cliente del plazo por el cual se mantiene dicho beneficio temporal, se ha puesto en duda

d. **Información sobre la venta de un producto con defectos:** La LPC también considera el caso en que el proveedor venda bienes defectuosos, estando en conocimiento de esta información. Así, esto es regulado en su artículo 14, en el que se establece que “cuando con conocimiento del proveedor se expendan productos con alguna deficiencia, usados o refaccionados, o cuando se ofrezcan productos en cuya fabricación o elaboración se hayan utilizado partes o piezas usadas, se deberá informar de manera expresa las circunstancias antes mencionadas al consumidor, antes de que éste decida la operación de compra”.

Respecto de esta obligación se ha dicho en doctrina que apunta a la protección del adquirente, considerando que éste pueda ser objeto de abuso de profesionales que se dediquen exclusivamente al comercio de este tipo de productos<sup>124</sup>.

e. **Obligación de informar respecto de la publicidad.** Es posible encontrar en la ley deberes típicos relacionados con la publicidad, que es definida por el artículo 1, 4.- como “la comunicación que el proveedor dirige al público por cualquier medio idóneo al efecto, para informarlo y motivarlo a adquirir o contratar un bien o servicio, entendiéndose incorporadas al contrato las condiciones objetivas contenidas en la publicidad hasta el momento de celebrar el contrato”.

Señala el artículo 28 LPC que comete infracción a la LPC el proveedor que “a sabiendas o debiendo saberlo y a través de cualquier tipo de mensaje publicitario induce a error o engaño”, enumerando una lista de casos (que pueden clasificarse como obligaciones de no hacer), en que se especifica una prohibición de aportar información maliciosa. El artículo 28 establece que habrá infracción a la LPC para aquel que, “a sabiendas o debiendo saberlo y a través de cualquier tipo de mensaje

---

la licitud de esta práctica, considerando que el stock es un dato desconocido para el destinatario de la oferta o promoción. Así, Osvaldo Lagos Villarreal ha dicho que “La licitud de esta práctica es dudosa, por dos razones, la primera normativa, la segunda de fondo. Primero porque la ley exige que se indique el plazo de duración, lo que supone que debe cumplirse y respetarse, independiente del número de existencias que haya proyectado el proveedor que exigirá el cumplimiento de la promoción u oferta. En efecto, el anuncio de la cantidad de premios se restringe a la hipótesis del artículo 36 LPDC, relativa a la participación en concursos y sorteos, por lo que no afecta a la generalidad de los casos de promociones y ofertas. Segundo, pues una forma evidente de defraudar a los consumidores, es anunciar una determinada duración de una promoción u oferta, pero restringirla por vía de contemplar un número reducido de bienes promocionados o en oferta” (ver en Osvaldo Lagos Villarreal. (2013). Artículo 35. En La protección de los derechos de los consumidores (1219). Santiago, Chile: Thomson Reuters., p. 785)

<sup>124</sup> Marcelo Barrientos Zamorano. (2013). Artículo 14. En La protección de los derechos de los consumidores (1219). Santiago, Chile: Thomson Reuters., p. 785

publicitario induzca a error o engaño” respecto de: los componentes del producto y el porcentaje en que concurren; la idoneidad del bien o servicio para los fines que se pretende satisfacer y que haya sido atribuida en forma explícita por el anunciante; las características relevantes del bien o servicio destacadas por el anunciante o que deban ser proporcionadas de acuerdo a las normas de información comercial; el precio del bien o la tarifa del servicio, su forma de pago y el costo del crédito en su caso, en conformidad a la normas vigentes; las condiciones en que opera la garantía, y; su condición de no producir daño al medio ambiente, a la calidad de vida y de ser reciclable o reutilizable.

Comentando este artículo, De la Maza ha señalado que a través de él se tutelan intereses tanto de proveedores, mediante una promoción de la libre competencia, como también de consumidores, para quienes la regulación de la publicidad significa disciplinar la información que les es suministrada. Sobre la “veracidad” de la información señala que hay afirmaciones evidentemente falsas, que no pueden tomarse como publicidad engañosa, así como existe información verdadera que sí puede ser tomada como engañosa. En virtud de ello, señala De la Maza, que a lo que apunta el artículo es a la idoneidad de la información entregada para efectos de lograr que el destinatario de ella se forme falsas creencias sobre cualidades de los productos o servicios publicitados<sup>125</sup>.

En la misma línea, se señala en el artículo 28 A. de la LPC que también incumple las obligaciones contempladas en la LPC quien, a través de mensajes publicitarios, “produce confusión en los consumidores respecto de la identidad de empresas, actividades, productos, nombres, marcas u otros signos distintivos de los competidores”.

### **2.1.2.3. Medios de Transmisión**

Además de la veracidad y oportunidad de la información exigida por el artículo 3, letra b), el artículo 1,3.-, inciso tercero de la LPC establece que “La información comercial básica deberá ser suministrada al público por medios que aseguren un acceso claro, expedito y oportuno”. En complemento, el artículo 32, inciso primero, establece que la información básica comercial de productos o servicios, ya sea de producción nacional o

---

<sup>125</sup> Iñigo De la Maza. (2013). Artículo 28. En La protección de los derechos de los consumidores (1219). Santiago, Chile: Thomson Reuters. Pp. 653-655.

internacional, además de sus instrucciones de uso, identificación, garantías, y la promoción que se haga de estos, debe ser ofrecida a los consumidores:

- a. En idioma castellano;
- b. En términos comprensibles;
- c. Legible;
- d. En moneda de curso legal y conforme al sistema general de pesos y medidas aplicables en el país.

A diferencia de lo que pasa con el artículo 32 de la LPC, la doctrina ha señalado que a lo largo de esta ley pareciera apuntarse más a los medios de transmisión que a las características de ésta<sup>126</sup>. Ejemplos de esto pueden encontrarse en los siguientes artículos:

---

<sup>126</sup> Así De la Maza ha dicho al respecto que “El tenor literal del precepto parece indicar que el énfasis se encuentra en los medios a través de los cuales se suministra la información, no en las características de ésta. Si bien la diferencia entre una cosa y otra puede ser sinuosa y más bien inútil lo cierto es que esta exigencia posee un nutrido desarrollo en la ley. Así, por ejemplo, el artículo 3° bis b), tratándose de contratos celebrados a distancia, exige al proveedor que suministre al consumidor información al acerca del derecho de retracto “por los mismos medios que empleó para celebrar el contrato”. Como puede verse, la exigencia no se refiere a las características de la información (veracidad, claridad, oportunidad, etc.) sino al medio a través del cual se hace llegar al consumidor. Algo similar sucede con el artículo 12 A en el cual se exige que la información se entregue en un formato que permita su almacenamiento e impresión, o bien, se autoriza al proveedor a enviar la confirmación por medios electrónicos o “por cualquier medio de comunicación que garantice el debido y oportuno conocimiento”. En el mismo sentido, el artículo 14 exige que la información sobre el hecho de que los productos tienen alguna deficiencia, son usados o refaccionados o en su elaboración se han utilizado partes o piezas usadas, se suministre a través de avisos “...en los propios artículos, en sus envoltorios, en avisos o carteles visibles en sus locales de atención al público...”. Por otra parte, siguiendo el orden de la ley, el artículo 17 exige que los contratos por adhesión sean por escrito y que se suministre al consumidor un ejemplar íntegro suscrito por todas las partes. Inmediatamente después, las reformas introducidas al artículo 17 por la ley 20555 añaden varios preceptos que, al margen de su tratamiento particular, conviene citar. En primer lugar, el artículo 17 B d), a propósito de las ventas atadas, exige al proveedor insertar un “anexo” en el cual se identifique cierta información. En segundo lugar, el artículo 17 C dispone que el proveedor deberá entregar una hoja con un “resumen estandarizado”. En tercer lugar, el artículo 17 G se refiere a la “tipografía de la gráfica”. En cuarto lugar, el artículo 17 J, requiere que se les entregue a los avalistas, fiadores o codeudores solidarios un “documento o ficha explicativa”. En fin, sin ánimo exhaustivo todavía pueden considerarse los artículos 28 B, en el cual el soporte sería el correo electrónico; el artículo 29 en el cual se exige al proveedor mantener una lista de sus precios a disposición del público; el artículo 35 en el cual se considera que no se entenderá cumplida la obligación de información respecto de las bases de una promoción u oferta por el “solo hecho de haberse depositado las bases en el oficio del notario”, los artículos 17 b y 41 que exigen suministrar información en la boleta o el comprobante de cada transacción; y el artículo 45 que se refiere a los instructivos anexos.” (Ver en Iñigo De la Maza. (2013). Artículo 1 N°3. En La protección de los derechos de los consumidores (1219). Santiago, Chile: Thomson Reuters. Pp. 30-31.)

- **Artículo 3 bis b):** A propósito de contratos celebrados por medios electrónicos se establece que se podrá poner término al contrato, a través del mismo medio que se utilizó para su celebración.

- **Artículo 12 A:** También respecto de contratos celebrados por medios electrónicos, se señala que celebrado el contrato, el proveedor deberá entregarlo por escrito, lo que podrá cumplirse de manera electrónica o por un medio que garantice su “debido y oportuno conocimiento”, además de contener una copia del contrato. Dicha confirmación deberá contener una copia “íntegra, clara y legible”.

- **Artículo 14 de la LPC:** Respecto a la venta de productos en que el proveedor tenga información de que éste contenga alguna deficiencia, sea usado o refaccionado o cuando se ofrezcan productos en cuya fabricación o elaboración se hayan utilizado partes o piezas usadas, el inciso segundo del artículo 14 de la LPC señala que la información podrá entregarse en el envoltorio del producto, o en avisos o carteles visibles en sus locales de atención que contengan frases como “segunda selección” o “hecho con materiales usados”.

- **Artículo 17 de la LPC:** El artículo 17 de la LPC, respecto de los contratos de adhesión, establece un parámetro objetivo en cuanto a la legibilidad del contrato (estar escritos de modo claramente legible, con tamaño de letra no inferior a 2,5 milímetros y en idioma castellano).

- **Artículo 17 B de la LPC:** Otros aspectos objetivos son recogidos por las reformas de la LPC introducidas a propósito de la creación de SERNAC Financiero<sup>127</sup>. Dicha reforma a la LPC, que entró en vigencia el 5 de marzo de 2012<sup>128</sup> especifica aspectos relevantes en cuanto a la entrega de la información en productos o servicios de este tipo. Así, como una de las nuevas obligaciones añadidas por la ley 20.555 a

---

<sup>127</sup> El Sernac financiero es una institución dependiente del Estado, que tiene por objetivo “Informar, educar y proteger eficientemente a los consumidores, vigilando que se respeten sus derechos a través de la promoción de una cultura de consumo responsable y participativa entre los actores relevantes del mercado, con el fin de contribuir a su desarrollo y transparencia” (ver en "Servicio Nacional Del Consumidor | Sernac". Sernac.cl. N.p., 2012. Web. 12 Oct. 2016.)

<sup>128</sup> La dictación de la Ley 20.555 tuvo por objeto el fortalecimiento de los derechos de los consumidores de productos y servicios financieros; la imposición de nuevas obligaciones a las empresas; y dotar de más facultades al Sernac (ver en Servicio Nacional Del Consumidor | Sernac". Sernac.cl. N.p., 2012. Web. 12 Oct. 2016.).



la LPC, surgió la establecida en el artículo 17 B, letra b), que señala que deberán señalarse las posibles causales de término anticipado del contrato, y los mecanismos a utilizar como medio informativo al consumidor.

El mismo 17 B, letra d) señala que para el caso de ventas atadas, existirá la obligación de insertarse un anexo a fin de identificar los productos o servicios, con expresa mención de cuáles de ellos son obligatorios y cuáles voluntarios de contratar.

- **Artículo 17 C de la LPC:** Asimismo, también se estipulan nuevas exigencias en los medios de transmisión en el artículo 17 C, que crea la obligación de agregar una hoja al comienzo de los contratos de adhesión, que contenga un resumen estandarizado de sus principales cláusulas. En efecto, ésta deberá contener de forma desglosada el detalle de los cobros, montos, mecanismos de reajustes y causales para eximir al cliente de ciertos cobros.

- **Artículo 17 G de la LPC:** En el artículo 17 G a propósito de la obligación de informar la carga anual equivalente en toda publicidad de operaciones de crédito en que se informe una cuota o tasa de interés de referencia, se señala como deber el darle un tratamiento específico a la publicidad regulando la tipografía de la gráfica, su extensión, ubicación, duración, entre otros.

En el artículo 17 J existe la obligación de elaborar un “*documento o ficha explicativa*” de su rol para cada persona natural que se obliga como avalista o como fiador o codeudor solidario de un consumidor de productos o servicios financieros.

- **Artículo 28 B de la LPC:** El artículo 28 B hace referencia a comunicaciones que se hagan por medio de correo electrónico y su regulación, y el artículo 29 se refiere a las sanciones respecto de un bien o servicio que debió haber sido rotulado y no lo fue, o bien, lo fue hecho de manera defectuosa.

- **Artículo 30 de la LPC:** Asimismo, a propósito de la entrega de la información del precio de los bienes o servicios ofrecidos, se establece en el inciso segundo del artículo 30 de la LPC la obligación para el proveedor de que dicha entrega de información se haga de un modo “claramente visible que permita al consumidor, de manera efectiva, el ejercicio de su derecho a elección, antes de formalizar o perfeccionar el consumo”.

- **Artículo 35 de la LPC:** Señala que para el caso de presentarse ofertas o promociones, deberá informarse al consumidor sobre las bases de éstas y el tiempo o plazo de su duración. Asimismo, se señala que no se entenderá cumplida esta obligación por haberse depositado, únicamente, las bases ante notario.

- **Artículo 37 b de la LPC:** Se señala a la boleta o comprobante de transacción como un medio para entregar información, al establecerse que en todas las operaciones de consumo en que se conceda crédito directo al consumidor, será este el medio para informarle sobre la tasa de interés que se aplique sobre los saldos de precio correspondientes;

- **Artículo 41 de la LPC:** Se establece la obligación para el prestador de un servicio, de señalar por escrito en la “boleta, recibo u otro documento”, la información del plazo durante el cual se hace responsable del servicio o reparación.

- **Artículo 45 de la LPC:** Se plasma la obligación de informar a través de anexos que incluyan las advertencias correspondientes para el caso en que el uso del producto sea potencialmente peligroso para la salud o integridad física, o para la seguridad de sus bienes.

### **2.1.3.- El incumplimiento de la obligación de informar**

El Artículo 3, letra e) establece como derecho básico del consumidor, el “derecho a la reparación e indemnización adecuada de los daños materiales y morales en caso de incumplimiento de cualquiera de las obligaciones contraídas por el proveedor, y el deber de accionar de acuerdo a los medios que la ley le franquea”. A propósito, la doctrina ha esgrimido que la idea de levantar éste como un derecho básico del consumidor proviene de directrices adoptadas por la ONU en esta materia, así como también puede señalarse al artículo 8, letra c) de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios de España, o el artículo 6.VI del Código Brasileño de Defensa del Consumidor<sup>129</sup>.

---

<sup>129</sup> Juan Ignacio Contardo González. (2013). Artículo 1 N°3° E). En La protección de los derechos de los consumidores (1219). Santiago, Chile: Thomson Reuters. Pp. 118-119.

Juan Ignacio Contardo ha dicho sobre la calidad de la reparación de “derecho básico del consumidor” que puede implicar tres cosas:

1. Un mandato al poder público, para efectos mantener indemnes a los consumidores;
2. Que ésta actúe como norma interpretativa para decidir conflictos;
3. Que cumpla una función integradora de lagunas legales al interior de la LPC<sup>130</sup>.

Las sanciones aparejadas al incumplimiento de los deberes típicos de informar establecidos en la LPC serán tratadas en el capítulo III de este trabajo. No obstante, es posible decir al respecto que el nombre del Párrafo 5° del Título II de la LPC es “Responsabilidad por Incumplimiento”.

Asimismo, puede mencionarse que para cautelar el cumplimiento de las obligaciones señaladas en la LPC, el legislador intervino de forma preventiva en las relaciones de consumo, creando y estableciendo deberes para el Servicio Nacional del Consumidor (en adelante, Sernac), como ente fiscalizador, en el Art. 58 de la LPC. El Sernac, según dicho artículo, “deberá velar por el cumplimiento de las disposiciones de la presente ley y demás normas que digan relación con el consumidor, difundir los derechos y deberes del consumidor y realizar acciones de información y educación del consumidor”. Ericka Isler ha definido al Sernac como la “Institucionalidad a la cual el legislador le ha otorgado la misión de proteger los derechos de los consumidores y usuarios, y cuyas funciones y ámbito de ejercicio se encuentran consagrados de manera expresa en la ley”<sup>131</sup>. Al respecto, si bien el juez civil puede determinar que hay infracción en la forma en la que la información es facilitada al consumidor, el legislador complementa dicha regulación con la imposición de las obligaciones para este ente fiscalizador.

Según el artículo 58 de la LPC, entre las obligaciones de Sernac se puede mencionar que debe “formular, realizar y fomentar programas de información y educación al consumidor, especialmente sobre sus derechos y obligaciones en relación con servicios financieros, garantías y derecho a retracto, entre otras materias”, o bien, el “recopilar, elaborar, procesar, divulgar y publicar información para facilitar al consumidor un mejor

---

<sup>130</sup> Ibid, p. 119.

<sup>131</sup> Ericka Isler Soto. (2013). Artículo 58. En La protección de los derechos de los consumidores (1219). Santiago, Chile: Thomson Reuters. p. 1128.

conocimiento de las características de la comercialización de los bienes y servicios que se ofrecen en el mercado.(...)”. La principal falencia en este aspecto, es que sin perjuicio de las facultades establecidas en el artículo 58 de la LPC, si bien Sernac está dotado de ciertas atribuciones, no se encuentra facultado en plenitud como órgano fiscalizador, careciendo de la posibilidad de sancionar de forma directa a los proveedores que incurran en infracciones a los derechos de los consumidores. En efecto, al ser un servicio público, sólo podrá realizar lo que la Constitución y las leyes lo facultan, ante lo cual, sus atribuciones deberán ser consideradas de manera restrictiva<sup>132</sup>.

## **2.2. Ley de derechos y deberes de los pacientes (ley N° 20.584)**

Es innegable que la relación médico-paciente ha cambiado en el último tiempo. Si antes la postura dominante era la de considerar el mejor tratamiento posible para el paciente, pero sin su profana opinión, ese paradigma hoy está lejos de ser aplicable. Dicho cambio apunta a otorgar un reconocimiento a la autonomía del paciente, incluso en períodos de sufrimiento, y ese respeto a su autonomía, que deviene en su propia “autodeterminación”, lleva consigo la posibilidad de intervenir y decidir respecto de los procedimientos a realizar, o a omitir, en su tratamiento.

La doctrina ha planteado la discusión respecto de quién debiese decidir sobre la orientación del tratamiento, distinguiendo dos posturas: por una parte se ha dicho que “si se considera que el valor fundamental de la práctica medicinal es el bienestar del paciente, la participación de éste en la toma de decisiones puede ser secundaria”<sup>133</sup>. Por otro lado, también se ha dicho que si “el respeto al paciente es considerado como principal valor ético, entonces es posible que en algunas circunstancias el paciente tome decisiones que no propician su bienestar”<sup>134</sup>. La gran diferencia hoy en día, en la relación médico-paciente, sería la equiparación de posiciones en su relación. Así lo ha propuesto Julio Cesar Galán, académico uruguayo, quien afirma que “antaño, la relación médico-paciente era de tipo vertical, de forma que el médico desempeñaba el papel de tutor y el enfermo de desvalido”<sup>135</sup>. Es más, el autor profundiza incluso en las razones de esta visión, apuntando al uso de la semántica: la palabra enfermo, tiene su origen en el latín,

---

<sup>132</sup> Ibid, pp. 1128-1129.

<sup>133</sup> Margarita Islas-Saucillo, Heberto Muñoz. (2000). El consentimiento informado. Aspectos bioéticos. Revista Médica del Hospital General de México, 63, 267-273. P. 267

<sup>134</sup> Ibid, p. 267.

<sup>135</sup> Galán, J. C. (1999). La responsabilidad médica y el consentimiento informado. Rev Med Uruguay, 15(1), p.6

que por *informus* quería decir “débil”. Dicha debilidad, no obstante, no sería sólo física, sino también moral. De ahí la imposibilidad de reconocer en el enfermo la autonomía para poder decidir. Esta visión paternalista de la medicina ha sufrido un cambio, pues hoy en día “el derecho del paciente a la autodeterminación y el respeto a la libertad del paciente son factores preponderantes a considerar [...], en forma tal que el derecho a la información es una manifestación concreta del derecho de la protección a la salud”<sup>136</sup>.

Los factores que proporcionan la explicación del cambio de paradigma son múltiples. Con todo, dentro de los más importantes, es posible señalar una crisis de confianza en los equipos médicos, manifestada en un clima cada vez más tendiente a la litigación entre pacientes y tratantes. Asimismo, la especialización de los procedimientos podría señalarse como otro factor. Si se le agrega a eso la cantidad de información que hoy en día está al alcance de la mano de los pacientes de manera cotidiana, el resultado es un ambiente de desconfianza y cuestionamiento constante a la labor médica.

### **2.2.1. Preliminar**

La importancia del análisis de la ley 20.584 sobre derechos y deberes de los pacientes, radica en la gran asimetría entre las partes y el tratamiento que ha hecho el poder legislativo respecto de esta materia. Dicha asimetría se intenta reducir desde la promulgación de la ley 20.584 que impone estrictos deberes de información, siendo el consentimiento informado el mecanismo que asegura la toma de decisiones de forma consiente por parte del paciente<sup>137</sup>.

Su relevancia de su positivización radica en que, a pesar de la existencia de un desarrollo jurisprudencial vacilante sobre esta materia, hoy no es discutida la existencia de una relación contractual entre el paciente y el médico cuando se contrata, precisamente, la prestación médica. No por nada, la relación médico-paciente es hoy en día un paradigma de las obligaciones de medios.

---

<sup>136</sup> *ibid*, p.6.

<sup>137</sup> La desproporción de información entre una y otra parte hizo necesario que se establecieran deberes positivos de información al paciente. El Mensaje presidencial con el cual se dio inicio a la tramitación de esta ley en el Congreso se pronuncia al respecto dentro del respeto de la autonomía frente a la investigación científica: “Por la particular indefensión en que pueden encontrarse las personas frente a la investigación científica, especialmente durante su atención de salud, resulta necesario recoger las recomendaciones internacionales sobre la materia que buscan proteger los derechos de las personas frente a los intereses que rodean a las investigaciones en seres humanos. La experiencia nos ha demostrado cuán fácilmente se expone a los sujetos a riesgos y peligros innecesarios o desproporcionados” (ver en Historia de la Ley N° 20.584 de 2012 p. 9).

El contrato médico se ha definido como “aquél celebrado entre un médico y un paciente o representante de éste o un tercero a favor del paciente (estipulación a favor de un tercero), en virtud del cual el facultativo se obliga a prestar un servicio médico en forma diligente y el paciente en general a pagar la remuneración de éste”<sup>138</sup>. Si bien hay quienes han querido ver en el contrato de prestaciones médicas un mandato, es más aceptado en doctrina que éste se asemeja más a un contrato de prestación de servicios, por lo que se rige por la reglas del contrato de arrendamiento de servicios inmateriales. Vodanovic ha dicho al respecto que “en realidad los servicios prestados por médicos, abogados, o ingenieros no pueden considerarse como un mandato, porque no llevan envuelta la facultad de representar a otro, y si la ley ha asimilado estos servicios al mandato fue porque creyó desdorado reglamentarlos en el arrendamiento”<sup>139</sup>. Lo anterior tiene como consecuencia que, en casos de incumplimiento del contrato, el régimen de responsabilidad al que se sujetará será el de responsabilidad contractual.

Islas-Sausillo y Muñoz, han dicho que el consentimiento informado es “el acto mediante el cual se informa detalladamente al paciente sobre el padecimiento, los diversos procedimientos, diagnósticos, terapéuticos, posibles complicaciones, secuelas o riesgos inherentes a ellos, a efecto de que decida o autorice los procedimientos médicos en forma consciente, libre y responsable”. A mayor abundamiento, especifican que “es el derecho que le asiste al enfermo a que se le informe sobre las características de su enfermedad en un lenguaje comprensible y que no lesione su dignidad, ni despierte preocupación innecesaria, dándole la oportunidad para que decida participar en su tratamiento”<sup>140</sup>. De la explicación otorgada por ambos académicos se puede colegir una cosa: sobre el consentimiento informado se entremezclan una serie de conceptos que van intrínsecamente ligados. No obstante, su idea principal, es la necesidad de otorgar la información suficiente y veraz al paciente, para que éste pueda tomar una decisión consiente respecto de su tratamiento.

---

<sup>138</sup> Cristián Silva Montecinos. (2004). El Contrato de Prestaciones Médicas desde el Punto de Vista de la Responsabilidad Civil Contractual, Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Valdivia: Universidad de Valdivia. P. 12.

<sup>139</sup> Alessandri, A., Somarriva, M., & Vodanovic, A. (1998). Tratado de derecho civil. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, Chile. pp. 540 y ss.

<sup>140</sup> Margarita Islas-Saucillo, Heberto Muñoz. (2000). El consentimiento informado. Aspectos bioéticos. Revista Médica del Hospital General de México, 63, 267-273. P. 271.

## 2.2.2. Requisitos de la información

### 2.2.2.1. Características

Como se mencionó anteriormente, a la luz del consentimiento informado, se busca la participación activa del paciente, que puede intervenir en el destino de su tratamiento, optando por uno u otro, o incluso negándose en determinados casos a recibir un tratamiento, en base a que la doctrina ha sostenido que lo importante del consentimiento informado es que éste sea un instrumento para que las personas sean las verdaderas dueñas de su destino<sup>141</sup>.

Para que pueda existir un consentimiento informado, el equipo médico tratante se encuentra en la obligación de presentar toda la información para que el paciente decida de forma consciente y enterada. Y es por lo mismo, que el consentimiento informado no puede ser entendido sin hacer referencia a los conceptos de “derecho a la información”, “autonomía” y “autodeterminación”. La relación de estos conceptos genera un círculo virtuoso, y es por esto que la doctrina ha dicho que “para obtener el consentimiento, consenso o autorización de un paciente en estudio clínico, procedimientos diagnósticos y de tratamiento o rehabilitación, deberá tomarse en cuenta su capacidad de autodeterminación”<sup>142</sup>. Asimismo ha afirmado que “para que el acto de consentir sea una manifestación de autonomía, es necesario que el paciente conozca, comprenda y aprecie su enfermedad, las alternativas terapéuticas, y los riesgos que éstas conllevan”<sup>143</sup>. La doctrina ha esgrimido cuatro elementos básicos que deben concurrir para considerar como válido el proceso del consentimiento informado:

1. Provisión de la información;
2. Comprensión de la información;
3. Voluntariedad, y;
4. Consentimiento.

Sobre la provisión de la información, Islas-Saucillo y Muñoz han dicho que ésta debe incluir “la mejor comunicación, sinceridad y franqueza en las recomendaciones,

---

<sup>141</sup> Según Galán, en este caso “lo importante es hacer del consentimiento informado un instrumento para la realización de un principio esencialísimo: que la persona sea dueña efectiva de su destino” (ver en Galán, J. C. (1999). La responsabilidad médica y el consentimiento informado. Rev Med Uruguay, 15(1), p.7)

<sup>142</sup> Margarita Islas-Saucillo, Heberto Muñoz. (2000). El consentimiento informado. Aspectos bioéticos. Revista Médica del Hospital General de México, 63, 267-273. P. 271.

<sup>143</sup> Ibid, p. 272.

aclarando beneficios, riesgos y alternativas de las medidas terapéuticas”<sup>144</sup>. Por lo mismo, han puesto énfasis en que la entrega de información sea realmente comprendida por el paciente, en una segunda etapa. Así, aseguran que “por la experiencia médica y la capacidad de los pacientes, las variables de comprensión, exigen prudencia, paciencia y la mejor voluntad médica para interpretar al enfermo y favorecer el acuerdo de entendimiento comprensivo mutuo”<sup>145</sup>. El énfasis puesto en la importancia del entendimiento de lo comunicado radica en que, por la especificidad de la información y la asimetría de información entre las partes, no sería raro que quien se someta a las prestaciones médicas no comprenda lo comunicado por el equipo médico, o que simplemente no pueda retenerlo o recordarlo con posterioridad. Esto podría suceder, por ejemplo, en casos de información escrita o en casos de sobreabundancia de información, que podría tener las mismas consecuencias que la falta de ésta.

Asimismo, los autores postulan la necesidad de que concurra el elemento “voluntariedad”, pues la validez del consentimiento sería tributaria de una voluntad no viciada. En estos casos es posible remitirse directamente a las hipótesis de vicios del consentimiento que contempla nuestra legislación. Por último, debe existir el “consentimiento” pues “la información válida que pretende la aceptación de un procedimiento terapéutico, supone el ‘entendido’ cabal y ‘activo’, por parte del paciente y no el asentamiento pasivo”<sup>146</sup>. Al respecto Galán ha sostenido que el consentimiento debe alcanzarse sólo luego de que el paciente conozca lo comprendido por la intervención médica y sus posibilidades de desenlace.<sup>147</sup>

#### **2.2.2.2. Contenido**

En julio del año 2006 la Presidenta de la República, Michelle Bachelet, presentó ante la Honorable Cámara de Diputados el proyecto de ley, que culminaría el año 2012 y bajo el mandato de Sebastián Piñera, en la promulgación de la Ley N° 20.584, que regula los derechos y deberes que las personas tienen en relación con acciones vinculadas a su atención en salud. El proyecto de ley hacía referencia, en especial, a la desigualdad de

---

<sup>144</sup> Ibid, p. 273.

<sup>145</sup> Ibid, p. 273.

<sup>146</sup> Ibid, p. 273.

<sup>147</sup> Al respecto, Galán ha dicho que “el consentimiento tiene que producirse necesariamente tan solo después de conocer el enfermo el alcance de la intervención, las posibilidades de resultados desgraciados, la probabilidad de peligro y la posibilidad de que el resultado operatorio sea también parcialmente diferente de lo proyectado” (ver en Galán, J. C. (1999). La responsabilidad médica y el consentimiento informado. Rev Med Uruguay, 15(1), p.10)



posiciones entre una y otra parte. Así, es patente la protección de una por sobre la otra a pesar de haberse presentado como un proyecto sobre derechos y deberes correlativos. La falta de equilibrio en la relación entre partes es notoria, y es por eso que esta ley busca proteger al paciente estableciendo deberes preliminares de información típicos. Como se mencionó anteriormente, la particular relación de confianza existente entre un paciente y su médico, en adición a la asimetría de información que maneja uno respecto del otro, hace necesaria la regulación de dicha relación en particular.

Dentro de los principios inspiradores de esta ley, se contaba el “Derecho de las personas a decidir informadamente” sobre el cual el mensaje presidencial establecía que “el ejercicio de la autonomía de las personas respecto a su salud, apunta a que estas tienen derecho a otorgar o denegar su voluntad para someterse a cualquier procedimiento”<sup>148</sup>, y como deber correlativo, “se plantea como requisito para el correcto ejercicio de este derecho, el cumplimiento del deber de informar”<sup>149</sup>.

En su desarrollo, se hace hincapié en el concepto de derecho a la información y su materialización en diversos aspectos dentro de esta ley. En concreto, el derecho de información se trata en el Párrafo 4° del Título II de la Ley de Derechos y Deberes de los Pacientes. En él, específicamente en su artículo 8, se señala la obligación para el prestador del servicio, de proporcionar la información de las atenciones de salud o tipos de acciones de salud y el valor monetario de ellas; mecanismos para tener acceso a las prestaciones médicas; condiciones previsionales necesarias para poder realizarse dichas prestaciones, entre otras.

Por otra parte, el artículo 9 establece que toda persona tiene derecho a conocer la identidad de las personas que conforman el equipo de salud que la atiende y la función que la persona ocupa dentro de ese equipo. Se incluye también el derecho a que la persona tenga conocimiento de quién efectúa su diagnóstico y diseña su tratamiento.

Asimismo, el artículo 10 señala que los pacientes tienen el derecho a ser informados “en forma oportuna y comprensible”, acerca del estado de su salud, de su posible diagnóstico, de las diversas alternativas existentes para tratar su enfermedad, los riesgos de ellas, entre otras cosas.

---

<sup>148</sup> Historia de la Ley N° 20.584 de 2012 p. 7

<sup>149</sup> Ibid, p. 7

Por su parte, el artículo 11 de la ley regula la información que el paciente tiene derecho a recibir una vez finalizada su hospitalización. Ésta deberá materializarse en un informe que debe contener, al menos, las menciones que en él artículo se establecen, tales como la identificación del equipo que participó en su tratamiento; la duración de éste y qué período comprendió; el diagnóstico al momento del ingreso y del alta, así como los resultados de los principales exámenes a los que fue sometido y una lista con los medicamentos ingeridos durante el tratamiento y aquellos de los que deba seguir haciendo uso.

Así, la “decisión informada” resulta como consecuencia del derecho a la información materializado en los diversos puntos recién expuestos<sup>150</sup>, y consiste en el derecho a “otorgar o denegar su voluntad para someterse a cualquier procedimiento o tratamiento vinculado a su atención de salud”. Resulta fundamental, entonces, el carácter “libre, voluntario, expreso e informado”<sup>151</sup> del consentimiento requerido.

### **2.2.2.3. Medios de transmisión**

El artículo 8 de la Ley 20.584, establece que “la información debe ser entregada en forma suficiente, oportuna, veraz y comprensible, sea en forma visual, verbal o por escrito” respecto de las hipótesis establecidas en su inciso segundo.

Asimismo, se establece de forma expresa en el inciso segundo del artículo 11 de esta ley, que la información deberá ser entregada en forma escrita respecto de los “aranceles y procedimientos de cobro de las prestaciones de salud que le fueron aplicadas”<sup>152</sup>. En los casos en que la información se da por escrito, es necesario que el médico tratante abogue por su comprensión, como ya advertimos más con anterioridad. En ciertos casos, sucede que la información por escrito no cumple su objetivo inicial, pues no es comprendida por el receptor de ésta, o bien es olvidada, debido a su complejidad, o al estado del paciente. Así, el objetivo del “consentimiento informado” se ve artificialmente

---

<sup>150</sup> No obstante, no es absoluto, pues se contemplan ciertas excepciones relacionadas, por ejemplo, con la salud pública, o con la gravedad del estado del paciente, y por ende, la urgencia de someterlo a un tratamiento, en cuyo caso no es necesaria la manifestación de voluntad de la persona, según lo indicado por el artículo 16, inciso segundo de esta ley.

<sup>151</sup> Historia de la Ley N° 20.584 de 2012 p.15

<sup>152</sup> Artículo 11 Ley 20.584: El prestador deberá entregar por escrito la información sobre los aranceles y procedimientos de cobro de las prestaciones de salud que le fueron aplicadas, incluyendo pormenorizadamente, cuando corresponda, los insumos, medicamentos, exámenes, derechos de pabellón, días-cama y honorarios de quienes le atendieron, antes del pago, si éste correspondiere.

cumplido, pues existe una rúbrica del paciente avalando la entrega de la información, no obstante, dicha entrega no necesariamente implica su entendimiento<sup>153</sup>.

El actual artículo 5 de la ley 20.584 se hace cargo de este punto, poniendo énfasis en el entendimiento de la información por parte del paciente. Así, expresa en su literal a) que los prestadores deberán “[V]elar porque se utilice un lenguaje adecuado e inteligible durante la atención; cuidar que las personas que adolezcan de alguna discapacidad, no tengan dominio del idioma castellano o sólo lo tengan en forma parcial, puedan recibir la información necesaria y comprensible, por medio de un funcionario del establecimiento, si existiere, o con apoyo de un tercero que sea designado por la persona atendida”. Asimismo, el artículo 2 del reglamento sobre entrega de información y expresión de consentimiento informado en las atenciones de salud, expresa, en su inciso primero, que la información debe entregarse “en términos claros para la capacidad de comprensión del paciente considerando su edad y el entendimiento que demuestre de las materias técnicas involucradas”<sup>154</sup>. Ahora bien, cuando a juicio del médico tratante, el paciente no se encuentre en condiciones de recibir la información tratada en el párrafo anterior, el inciso segundo del artículo 10 establece que deberá ser entregada a “su representante legal, o en su defecto, a la persona bajo cuyo cuidado se encuentre”, sin perjuicio de que, una vez que la persona vuelva en sí y recupere sus capacidades propias, la información le deba ser entregada nuevamente.

Por otra parte, así como se regula la entrega de información al paciente, la ley 20.584 se refiere a al consentimiento de éste, alejándose al respecto de las normas generales del derecho civil, específicamente, respecto de las normas establecidas en el Código de Comercio, donde se regula el perfeccionamiento del consentimiento en nuestra legislación. Así establece específicamente la forma en la que debe ser manifestada la voluntad, estableciendo que podrá ser de forma verbal o por escrito<sup>155</sup>. En su artículo 14

---

<sup>153</sup> Ver en Margarita Islas-Saucillo, Heberto Muñoz. (2000). El consentimiento informado. Aspectos bioéticos. Revista Médica del Hospital General de México, 63, 267-273. P. 272. En el mismo sentido, la ley señala la existencia de una presunción de haber recibido la información en caso de haber constancia de la firma del paciente en el documento en su artículo 14, diciendo en su inciso tercero que “Se presume que la persona ha recibido la información pertinente para la manifestación de su consentimiento, cuando hay constancia de su firma en el documento explicativo del procedimiento o tratamiento al cual deba someterse”.

<sup>154</sup> Inciso primero Artículo 2º Reglamento Ley 20.584 (Decreto 31).- La información señalada en el artículo anterior, debe entregarse por regla general en forma verbal y se proporcionará en términos claros para la capacidad de comprensión del paciente considerando su edad y el entendimiento que demuestre de las materias técnicas involucradas.

<sup>155</sup> Así como la ley regula la manifestación de la voluntad, también entrega la posibilidad al paciente de rechazar un tratamiento bajo ciertas circunstancias. El paciente, luego de ser informado de la eventual

inciso cuarto, la ley señala que “por regla general, este proceso se efectuará en forma verbal, pero deberá constar por escrito en el caso de intervenciones quirúrgicas, procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasivos y, en general, para la aplicación de procedimientos que conlleven un riesgo relevante y conocido para la salud del afectado. En estos casos, tanto la información misma, como el hecho de su entrega, la aceptación o el rechazo deberán constar por escrito en la ficha clínica del paciente y referirse, al menos, a los contenidos indicados en el inciso primero del artículo 10. Se presume que la persona ha recibido la información pertinente para la manifestación de su consentimiento, cuando hay constancia de su firma en el documento explicativo del procedimiento o tratamiento al cual deba someterse”

Ahora bien, dicha presunción puede ser contraproducente, pues la ley de consentimiento informado se encuentra fuertemente marcada por una inclinación a favor del paciente, y esta presunción puede ser utilizada como una válvula de escape que no lo favorece. La firma en la ficha clínica del paciente, en casos de procedimientos complejos que requieran necesariamente la rúbrica de éste para poder proceder, añadidos a una situación de indefensión del paciente que no le permita comprender del todo la información recibida, podrían dejar al enfermo sin la protección de esta ley. De todas formas, y por la forma en la que aparece redactada, ésta es una presunción simplemente legal, y no de derecho, lo que implica que admite prueba en contrario. Lo cierto es que, si bien esta presunción permite ser desacreditada, la prueba exigida es sumamente compleja, y una carga difícilmente salvable por parte del paciente.

---

realización de un tratamiento, podrá negarse a él, salvo que el rechazo tenga como objetivo la aceleración artificial de la muerte, la eutanasia o el auxilio al suicidio (Inciso tercero artículo 14 Ley 20.584: “En ningún caso el rechazo a tratamientos podrá tener como objetivo la aceleración artificial de la muerte, la realización de prácticas eutanásicas o el auxilio al suicidio). El rechazo a un tratamiento puede darse en casos de estados de salud terminal del paciente. La ley lo concede en el artículo 16, diciendo en su inciso primero que “[l]a persona que fuere informada de que su estado de salud es terminal, tiene derecho a otorgar o denegar su voluntad para someterse a cualquier tratamiento que tenga como efecto prolongar artificialmente su vida, sin perjuicio de mantener las medidas de soporte ordinario”. Asimismo, el reglamento que regula la aplicación de la ley 20.584 ahonda en este caso, al disponer en el inciso primero de su artículo 13 que “[q]uienes sean informados que su estado de salud es terminal, podrán rechazar todo tratamiento que tenga por objeto la prolongación de su vida en forma artificial, esto es, que dilate o extienda un proceso de muerte clínicamente evidente, sin perjuicio de que se mantengan las medidas de soporte ordinario. Ello, siempre que tal rechazo no implique la aceleración o anticipación artificial de su muerte. De todo ello se dejará constancia en la ficha clínica”.

Por último, corresponde analizar de forma breve la figura de la “expresión de voluntad anticipada” cuyo resultado final, luego de una larga discusión parlamentaria<sup>156</sup> fue el actual artículo 16 sobre la Ley de derechos y deberes de los pacientes, el cual establece que “la persona que fuere informada de que su estado de salud es terminal, tiene derecho a otorgar o denegar su voluntad para someterse a cualquier tratamiento que tenga como efecto prolongar artificialmente su vida, sin perjuicio de mantener las medidas de soporte ordinario”. No obstante el debate parlamentario al respecto, y las mejoras a la redacción original del artículo, esta figura puede resultar altamente desfavorable para el paciente, pues habiendo autorización previa para que se le realice todo tipo de tratamiento tendiente a prolongar artificialmente su vida, los riesgos de abuso son altos, toda vez que no requiere volver a ser consultado durante la implementación del tratamiento, o respecto de los procedimientos posteriores.

### **2.2.3. El incumplimiento a la obligación de informar**

La ley reglamenta el cumplimiento y aplicación de sus preceptos en el Título IV. En él, se señala en artículo 37 que, más allá del derecho de cada persona de hacer los reclamos pertinentes que se establezcan en la ley, se podrá reclamar el cumplimiento de los derechos que la ley confiere directamente ante el prestador del servicio, quien deberá hacerse cargo del reclamo y disponer de personal especializado que haga frente a los mismos. Asimismo, el prestador está obligado a tomar las medidas necesarias para

---

<sup>156</sup> En el proyecto inicial, se esgrimía como un sistema mediante el cual aquella persona que se encuentre en un estado de salud terminal, y que al mismo tiempo, no sea posible tener respuesta alguna de su representante legal, pueda manifestar de forma anticipada “su voluntad por escrito ante un ministro de fe o, al momento de la internación, ante el Director del establecimiento o en quien éste delegue tal función y el profesional de la salud responsable de su ingreso, para aceptar cualquier procedimiento o tratamiento vinculado a su atención de salud”. El proyecto inicial lo contemplaba dentro de su artículo 18, del siguiente modo:

Artículo 18.- La persona podrá manifestar anticipadamente su voluntad de someterse a cualquier procedimiento o tratamiento vinculado a su atención de salud. Dicha manifestación de voluntad deberá expresarse por escrito ante un ministro de fe o, al momento de la internación, ante el Director del establecimiento o en quien éste delegue tal función y el profesional de la salud responsable de su ingreso. Para que dicha manifestación de voluntad produzca efecto, la persona debe cumplir con dos condiciones. Por una parte, debe tener un estado de salud terminal. Por la otra, debe encontrarse con incapacidad de manifestar su voluntad, no siendo posible obtenerla de su representante legal, por no existir o por no ser habido.

En los diversos trámites constitucionales se abordaron las inquietudes respecto de esta propuesta y en más de una oportunidad surgieron dudas respecto de su aplicación. Así en el Primer Informe de la Comisión de Salud se refirieron a esta iniciativa diciendo que “[e]n cuanto a las condiciones que debe cumplir la manifestación de voluntad anticipada para producir efectos, se expresaron dudas en relación con el hecho de que se requiera que la persona se encuentre con incapacidad para manifestar su voluntad, por cuanto en estas condiciones no podría efectuar una declaración válida.

hacerse cargo de las irregularidades que pudiera detectar de oficio, sin requerir reclamo previo. Sin perjuicio de esto, se podrá solicitar una mediación, en los términos señalados en la ley N° 19.966.

Señala a su vez el artículo 38, que en caso de incumplimiento de las obligaciones establecidas por la ley de derechos y deberes de los pacientes, los prestadores públicos deberán tomar las medidas necesarias para que, a través de los procedimientos administrativos correspondientes, se haga efectiva la responsabilidad administrativa de los funcionarios.

## Capítulo III: Sanciones ante el incumplimiento de la obligación de informar

### 3.1.- Preliminar

En el derecho chileno y sus diversos ámbitos, existen diferentes sanciones frente al quebrantamiento de la obligación de informar. A modo ejemplar, es posible mencionar sanciones de carácter administrativo, como multas a beneficio fiscal establecidas para aquellos entes que debían informar con fidelidad y no lo hicieron –como, por ejemplo, aquellas establecidas en la ley 19.496-, sanciones en el área de la libre competencia - como las relativas a la nueva ley 20.945, que perfecciona el Sistema de Defensa de la Libre Competencia<sup>157</sup>-, sanciones civiles como las que se analizarán en este capítulo, entre otras.

En el desarrollo de este capítulo se examinarán en profundidad las sanciones de índole civil, como la procedencia de la nulidad y sus diversas causales, estudiando la posibilidad e implicancias de aplicar la nulidad relativa por vicios del consentimiento o, la nulidad absoluta, como resultado de objeto ilícito o causa ilícita. Se analizará también la procedencia de la responsabilidad civil, donde se indagará en el rol de la buena fe como principio del derecho, incluyendo la posibilidad de imputar responsabilidad a un sujeto por el incumplimiento de un deber precontractual de informar. Asimismo, se estudiará la posibilidad de demandar la responsabilidad contractual o la extracontractual. Se considerará la opción de solicitar la resolución del contrato, en caso que este se hubiera perfeccionado.

Se abordarán, además, expresas sanciones que existen frente a la inobservancia de una obligación de informar en el ámbito del derecho privado, como aquellas que se hallan

---

<sup>157</sup> La Ley 20.945, que Perfecciona el Sistema de Defensa de la Libre Competencia, contempla sanciones a beneficio fiscal para el caso de no entrega de información. Por ejemplo, el nuevo sistema de control de fusiones y operaciones de concentración contempla un proceso de notificación previa a la Fiscalía Nacional Económica (en adelante, “la FNE”), respecto de operaciones que superen un umbral impuesto por el ente persecutor en materia de competencia. Dicha obligación se contempla en el artículo 48 del decreto con fuerza de ley N° 1, de 2004, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción (también conocido como el Decreto Ley 211). Asimismo, el nuevo artículo 4° bis del DL 211, establece un deber de informar a la Fiscalía Nacional Económica, toda vez que se acredite la adquisición, por parte de una empresa o de alguna entidad integrante de su grupo empresarial, de participación, directa o indirecta, en más del 10% del capital de una empresa competidora, considerando tanto sus participaciones propias como aquellas administradas por cuenta de terceros. Ante el incumplimiento de cualquiera de dichas obligaciones el infractor estará expuesto a la aplicación de las sanciones señaladas en el artículo 26 del DL 211 por parte del Tribunal de la Libre Competencia. Las sanciones impuestas podrían ir desde la modificación de los actos o contratos; la disolución de las personas jurídicas que hubieren intervenido en los actos; la imposición de multas a beneficio fiscal, entre otras.

en la ley 19.496 o LPC, y en la ley 20.584, obligaciones típicas que fueron tratadas con anterioridad en segmentos de este trabajo.

Luego del estudio de todas estas alternativas, concluiremos que no existirá una respuesta unívoca, sino que puede aplicarse una u otra vía, dependiendo de cada caso en concreto.

## **3.2.- Ineficacia**

### **3.2.1.- Anulabilidad por vicios del consentimiento**

La infracción de la obligación de informar otorga al afectado la posibilidad de solicitar la anulabilidad del contrato, cuando un vicio del consentimiento se ha configurado. En este caso, es posible contemplar dos supuestos distintos: la posibilidad de que uno de los contratantes sufra un error, o haya sido víctima del dolo de la parte contraria o de un tercero en función de la obtención de su consentimiento<sup>158</sup>. El Código Civil contempla ambos vicios en el artículo 1451, y otorga, en las regulaciones relativas a la nulidad, la posibilidad de demandar la rescisión del contrato mediante la acción de nulidad relativa consagrada para cualquiera de estas dos causales<sup>159</sup>.

Para que un error en materia de hecho vicie el consentimiento, debe necesariamente ser determinante; esto es, debe haber sido el motivo principal para que una parte celebrara el acto o contrato en cuestión. La procedencia del error radica en el vínculo que genera con la causa del contrato. La causa, según el Código Civil, resulta el motivo principal que induce al acto o contrato, y en este caso viene determinada en cierta forma por las cualidades esenciales de una cosa. De este modo, la Corte Suprema ha tendido a la objetivación de estas calidades, señalando que serán calidades esenciales aquellas que para cualquier persona supondrían el motivo principal para celebrar el acto sobre una determinada cosa. Un ejemplo ilustrativo de esto sería el caso de la compra de un comedor, en el que se espera que tanto la mesa como las sillas sirvan para lo que naturalmente se utiliza un comedor en un hogar, es decir, como un lugar en el que los habitantes de una vivienda almuerzan, cenan, desayunan, etc. Si el vendedor omite

---

<sup>158</sup> El Código Civil permite demandar la rescisión del acto, siempre que el dolo provenga de la parte contraria, si se tratara de un acto jurídico bilateral. De lo contrario, si el dolo proviene de un tercero, no se podrá demandar la rescisión, pero será procedente perseguir la responsabilidad civil de quien ha fraguado el dolo, o perseguir la indemnización en quien se ha beneficiado de éste, hasta el monto de tal beneficio.

<sup>159</sup> Esto se desprende de que, al ser la nulidad una sanción de derecho estricto en cuyas causales reguladas para la nulidad absoluta, no se encuentran contemplados los vicios recién mencionados, la única sanción posible es la de la nulidad relativa, según lo indicado por el artículo 1682 del Código Civil.



mencionar que las sillas no sirven para sentarse, sino sólo para adornar, se entiende que existe aquí un error en una calidad esencial sobre el objeto del contrato, puesto que puede esperarse de forma generalizada que una persona que compra un comedor está pensando en un uso similar al antes mencionado.

Por otra parte, la doctrina ha agregado que además debe ser un error excusable puesto que la negligencia propia, como ya se ha concluido en este trabajo, no debe ser suplida por una exigencia mayor respecto a la diligencia de la contraria. Tal y como se ha anticipado en el capítulo primero, la obligación de informar está regida en primera medida, por el principio de la autoinformación, esto es, de que cada parte debe actuar de forma diligente al momento de procurarse a sí misma la información necesaria para la negociación de un contrato, siempre y en caso de contar con medios suficientes para proporcionarse dicha información. Mediante el despliegue de un estándar de diligencia normal, la carga de proporcionar la información varía gracias a la aplicación del principio de la buena fe contractual, naciendo entonces la obligación de informar para aquella parte que cuente con la información, quien deberá encargarse de proporcionársela a la parte más desprotegida de la relación.

En concordancia con lo desarrollado hasta acá, y considerando los diversos tipos de error de hecho contemplados por el legislador nacional, creemos que mediante la inobservancia de la obligación de informar, podría configurarse una hipótesis de error sustancial, regulado por el artículo 1454 de nuestro Código y que se basa en la sustancia del objeto sobre el que versa el acto o contrato, o sobre una calidad esencial del mismo. Específicamente nos concentraremos en esta segunda hipótesis, puesto que es justamente la omisión de cierta información o la entrega de información incorrecta o inexacta relativa a la calidad esencial de la cosa, la que posiblemente configurará un error suficiente para demandar la nulidad relativa en este caso<sup>160</sup>.

Sin perjuicio de lo anterior, nada obsta a que la omisión de información configure un error accidental. Sin embargo, en dicho caso, este error sólo viciará el consentimiento en la medida en que sea determinante e inexcusable, y verse sobre una característica que haya sido el motivo principal para que uno de los contratantes celebre el acto jurídico. Adicionalmente, se requerirá que quien manejaba la información, conozca de la importancia que dicha característica accidental suponía para la contraparte, es decir, que

---

<sup>160</sup> Por lo demás, se ha señalado en doctrina que esta segunda hipótesis, al ser más amplia, podría contener en ella misma a la primera, relativa a la sustancia de la cual está hecha la cosa.

haya sido decisivo en la formación del consentimiento. Cifrándonos al criterio del legislador, no puede configurarse un error de estas características, si la contraparte que incumplidora, no estaba en conocimiento de lo relevante que era la información omitida o erróneamente entregada, para la víctima del error.

Es posible ilustrar esto utilizando el mismo caso que se ha expuesto con anterioridad: cabe la posibilidad de que la persona que desea comprar el comedor quiera adquirirlo porque su anterior dueño fue un personaje famoso como un poeta recientemente fallecido del cual es admirador, y cuyos bienes están siendo subastados por sus herederos. En este caso, el motivo principal por el que la persona desea adquirir el conjunto de muebles no radica en el uso “normal” que se le da a un conjunto de este tipo, sino que radica exclusivamente en el hecho de que el propietario anterior fue un personaje admirado por él. Si este motivo es conocido por quien vende el conjunto de bienes, y resulta que en realidad el poeta no era el dueño de los muebles que se están subastando, podría configurarse un error accidental, respecto a un anhelo subjetivo que la contraparte busca en el objeto del contrato.

En el análisis del artículo 1454 del Código<sup>161</sup>, el legislador parece ser bastante claro al momento de considerar un error sobre una calidad esencial o sobre las calidades accidentales, por ende, la configuración del error será determinada directamente por la importancia de la información omitida. En este sentido, ya sea mediante la culpa o el dolo de la parte omisora o actora, será procedente también, configurar un error, puesto que si bien el dolo constituye un vicio de la voluntad diferente, en la práctica jurisprudencial se ha permitido la anulación de un contrato por la causal del error, inclusive habiendo dolo por la otra parte, criterio que se fundamenta exclusivamente en las ventajas probatorias que tiene la causal del error por sobre la del dolo. Así lo ha entendido el profesor Jorge López Santa María, al sostener que “la riqueza normativa de la buena fe en los tratos preliminares radica en la necesidad de concluir que, aun sin dolo, toda vez que se violan

---

<sup>161</sup> Art. 1454 del Código Civil. El error de hecho vicia asimismo el consentimiento cuando la sustancia o calidad esencial del objeto sobre que versa el acto o contrato, es diversa de lo que se cree; como si por alguna de las partes se supone que el objeto es una barra de plata, y realmente es una masa de algún otro metal semejante.

El error acerca de otra cualquiera calidad de la cosa no vicia el consentimiento de los que contratan, sino cuando esa calidad es el principal motivo de una de ellas para contratar, y este motivo ha sido conocido de la otra parte.

negligentemente los deberes de información, ha de remediarse lo hecho a través de una indemnización por *culpa in contrahendo*<sup>162</sup>.

Ya sea que el hecho sea culpable o doloso, es preciso distinguir, además, que el vicio puede originarse tanto por un hecho positivo como por uno negativo, es decir, ya sea mediante una acción o mediante una omisión. Ejemplo del primer caso, en el que se desarrolla una conducta positiva, sería el caso en el que se ofrece un producto financiero como un crédito de consumo, en el que el funcionario de la entidad erra en la tasa de interés que gravará el mutuo, cometiendo un error aritmético respecto al monto total de la deuda que asumirá el cliente. Ejemplo del segundo caso, supondría que el funcionario de la entidad no diera a conocer el cobro de ciertas comisiones especiales y/o tasas de interés respecto a la contratación de un determinado servicio de ahorro, o la imposibilidad que existiere para el cliente de poder hacer uso de sus fondos libremente en un determinado lapso de tiempo sin tener que pagar comisiones extras por el rescate realizado. Como puede apreciarse, el error en el primer caso se genera a raíz de la entrega de una información inexacta, y en el segundo, debido a la omisión de ciertas características relevantes para que el cliente pueda decidir por contratar el servicio ofrecido u optar por uno diferente.

Así, quedará a criterio de la parte que ha sufrido el vicio, la posibilidad de demandar la nulidad por la causal de error (ya sea por una acción o una omisión) u optar por la causal del dolo. Esto dependerá de la potencialidad probatoria que detente en el juicio, puesto que al existir dolo, se entiende que la víctima también sufre un error que es motivado por la maquinación fraudulenta que desarrolla la contraparte. De todas formas, el hecho de escoger causales diversas para demandar la rescisión del acto, implica que existirán consecuencias jurídicas cabalmente diferentes. Tal sería el caso de que el funcionario que ofrece el producto al cliente hubiese ocultado o adulterado de forma consciente e intencionada los niveles de riesgo real que existen en la inversión sobre el producto ofrecido, con el objetivo de obtener el consentimiento del cliente haciendo parecer que la inversión es más segura de lo que realmente supone ser.

La configuración de un error como causal de nulidad relativa conllevará exclusivamente a la rescisión del contrato, y por ende, la extinción de las obligaciones que de él hayan emanado siempre y cuando éstas se encuentren pendientes, pues de esta

---

<sup>162</sup> López Santa María, J. (1986). Los contratos (Parte General), Editorial Jurídica de Chile. Santiago., p. 295.

forma la nulidad actuará como un modo de extinguir las obligaciones, o bien dará lugar a la necesidad de que las partes que ya hayan cumplido sus obligaciones en forma total o parcial, realicen prestaciones mutuas, en pos de la contraria, permitiéndoles volver al estado anterior al que se encontraban al momento de contratar, como lo señala el artículo 1687 del Código Civil, en virtud de la cual se ha determinado el efecto retroactivo que produce la nulidad judicialmente declarada entre las partes.

Como se anticipó, cuando el error es motivado por un actuar fraudulento observado por la contraparte, dependiendo de la potencialidad probatoria que tenga el afectado, éste podrá optar por solicitar la rescisión del acto, a través del ejercicio de la acción de nulidad relativa por un vicio distinto, vale decir, el dolo. En este caso, la acción de nulidad relativa sólo podrá fundarse en el dolo cuando se cumplan los requisitos copulativos señalados por el artículo 1458 de Código Civil, es decir, en aquellos casos en los que el dolo sea obra de la contraparte y sea determinante, es decir, que haya sido el motivo principal por el que las partes han logrado el acuerdo, apareciendo de manifiesto que sin él no se habría llegado a contratar. De todas formas, la opción de probar el dolo en juicio es ventajosa por sobre la del error, puesto que además de permitir la rescisión del acto, el dolo también es sancionado con la responsabilidad civil, es decir, permite solicitar la indemnización de perjuicios frente a su acaecimiento. Como lo señala el Código, en los casos en que los requisitos no concurren de forma copulativa, la víctima del dolo estará facultada para optar por perseguir la indemnización en quien lo haya fraguado por la totalidad del perjuicio producido, o para perseguir dicha indemnización en contra de quien se ha beneficiado por este, por el monto del beneficio reportado. Como vemos, la ventaja del dolo por sobre el error, radica justamente en la posibilidad de solicitar la reparación de los perjuicios ocasionados por el vicio en cuestión. De todas formas, el accionar de la víctima no se agota en este punto, puesto que de concurrir los requisitos copulativos para la rescisión del acto o contrato, existe aún la posibilidad de perseguir la responsabilidad civil, esta vez, con un carácter netamente extracontractual por las razones que pasaremos a explicar.

Primero, el dolo supone una conducta indeseada que se manifiesta en la etapa precontractual de la negociación. Específicamente, al momento de llevarse a cabo las tratativas preliminares, la parte dolosa realiza maquinaciones y engaños destinados a obtener la voluntad de la contraria, necesaria para el cierre del negocio. Por ejemplo, en un proceso de adquisición de una empresa sobre otra, es típico que se soliciten libros de

contabilidad, con el objetivo de representarse un panorama generalizado del patrimonio de cada empresa, para lograr la confianza suficiente en la contraparte, sustentada por un patrimonio sólido que pueda hacer frente al cumplimiento de las obligaciones que se van a contraer. Si frente a la solicitud de información contable, una de las empresas adultera dicha información con el objeto de ocultar su situación financiera malograda, obtendrá así el consentimiento de la contraria, la cual, engañada, cerrará finalmente el trato.

Esta situación puede dar lugar a tres posibles sanciones: resolución por incumplimiento contractual, indemnización de perjuicios, y nulidad relativa. En este caso es procedente demandar la nulidad del acto o contrato basado en un vicio del consentimiento. La nulidad, como lo sabemos, produce entre las partes un efecto retroactivo consagrado en el artículo 1687 del Código Civil, el cual establece que una vez que es declarada, las partes tendrán derecho a ser restituidas al estado en el que se encontraban antes de la celebración del acto. Así, y en virtud del efecto retroactivo que se le atribuye a la nulidad, una vez que esta es declarada, se entiende que éste no ha existido jamás. Es en este punto donde nuestras afirmaciones convergen con lo señalado en el subtítulo 3.3.2 de este capítulo, puesto que además del hecho de que el vicio se ha originado en la etapa precontractual, es decir, antes de la celebración del contrato, el efecto de la nulidad conlleva al hecho de que este no ha existido jamás. Esto, por cierto, materializará una hipótesis de responsabilidad precontractual, pudiendo ser clasificada dentro de la responsabilidad extracontractual cuyo origen tiene cabida en un delito civil, es decir, de un hecho ilícito, no convencional, cometido con dolo, que ha generado perjuicios a una persona. En este punto entonces, encontramos que un mismo hecho doloso puede jugar un doble papel, puesto que dará lugar a la rescisión mediante la acción de nulidad relativa por un vicio del consentimiento, y generará un ilícito civil sancionable con la responsabilidad. Como lo ha señalado Vladimir Monsalve en su tesis doctoral *La Ruptura injustificada de los tratos preliminares*, “La declaración de nulidad del contrato o el hecho de que el mismo no haya podido ser perfeccionado no invalida todos los efectos emergentes del pacto sino únicamente aquellos que se refieren a la ejecución de las obligaciones contractuales. El contrato nulo o no perfeccionado sigue produciendo otras obligaciones no vinculadas, con la ejecución del acto, como lo es, la restitución de las

cosas entregadas a las partes, devolución de la señal o arras y el pago de indemnizaciones que correspondan, etc.”<sup>163</sup>.

En este caso, el pago de las indemnizaciones correspondientes procede del dolo utilizado en la etapa de las negociaciones preliminares, lo que genera la obligación de reparar los daños sufridos por la víctima del dolo a consecuencia de la ejecución del acto nulo, incluso si el acto se entiende no haber existido jamás. El vínculo que hemos destacado entre la declaración de la nulidad y la aplicación trascendental del principio de la Buena / Mala Fe contractual, en una de sus especies como lo es el dolo no es para nada nuevo. El legislador nacional ha establecido la posibilidad de anular un vínculo contractual vicioso, y sancionar adicionalmente al contratante de mala fe, en adición con la anulabilidad del acto. Tales son los casos mencionados por el artículo 1468<sup>164</sup> y 1683<sup>165</sup>, ambos del Código Civil.

A mayor abundamiento, y en concordancia con lo explicado anteriormente, Monsalve considera que, en casos como el mencionado, existiría nulidad en la venta debido a una inexistencia de objeto, lo que en definitiva implica que, en caso de una compraventa, el vendedor deberá garantizar los intereses de la contraparte por su falta en el período precontractual. Esto haría posible que el comprador, que actuó de buena fe, se encuentre facultado para interponer una acción por daños y perjuicios, debido a la nulidad del contrato<sup>166</sup>

Una situación diferente se presenta a propósito del error, en la que la acción indemnizatoria puede emanar de un cuasidelito civil, cuando la falta de información proviene de la negligencia de una parte, en las tratativas preliminares. El factor de imputabilidad en este caso es la culpa. En el caso de que el vicio sea el dolo, la acción

---

<sup>163</sup> Monsalve Caballero, V. (2008). La ruptura injustificada de los tratos preliminares. p. 25.

<sup>164</sup> El artículo 1468 del Código Civil contempla una sanción para el contratante que conocía los vicios específicos de objeto y causa ilícita al momento de la celebración del acto o contrato. El legislador castiga a la parte que ha incurrido en este acto malicioso, impidiéndole ejercer la acción de repetición para la obtención de lo que ha dado o pagado en virtud del negocio celebrado, estableciendo una clara sanción, señalando en este que “No podrá repetirse lo que se haya dado o pagado por un objeto o causa ilícita a sabiendas”.

<sup>165</sup> En el caso del artículo 1683, el legislador castiga a la persona que conocía o debía conocer del vicio que invalidaba el acto o contrato, cuando se tratare de un vicio que diera origen a la declaración de la nulidad absoluta, impidiéndole el ejercicio de tal acción. En consecuencia, se le priva de la legitimación activa para solicitar la nulidad absoluta del acto en cuestión, sanciones que, tratándose de los vicios mencionados con anterioridad, pudieran dar lugar incluso a ambas sanciones de forma conjunta.

<sup>166</sup> “A partir de esta normatividad, IHERING consolida que en los casos concretos por él estudiados, existe una nulidad en la venta, por la inexistencia del objeto, y por tanto el vendedor debe garantizar los intereses de su contraparte por su falta directa. El comprador confiado e ignorante del vicio, y por tanto seguro en la legalidad de la compra tiene derecho a impetrar una acción por daños y perjuicios ya que el contrato es nulo.” (Monsalve Caballero, V. (2008). La ruptura injustificada de los tratos preliminares. p. 24. )

indemnizatoria queda configurada a raíz del segundo factor de imputabilidad, es decir, el dolo en cuestión, el cual jugará un rol preponderante como vicio del consentimiento, y como factor de imputabilidad de la responsabilidad civil.

Tal como lo señala Monsalve, siguiendo a Ihering, “El fundamento de esta obligación sería la responsabilidad (*verschuldung*). El vendedor no puede alegar que ignoraba que el bien estaba fuera del comercio. Para el caso Ihering considera a la parte que realiza la venta, culpable, porque el que se prepara para celebrar un contrato debe asegurarse preventivamente, que se verifican todos los requisitos exigidos para su validez”.<sup>167</sup> En ese sentido, si bien Ihering considera que la responsabilidad tiene una naturaleza contractual, otorga la posibilidad de configurar un principio general: “El deber de resarcimiento que recae sobre la venta de una *res extra commercium* se fundamenta en la culpa nacida antes de la conclusión del contrato, siempre que exista una culpa *in contrahendo* surgirá aquel deber”.<sup>168</sup> Por ende, y aunque en esa línea argumentativa nos apartemos de lo sostenido por Ihering, pero atendido el principio de la reparación integral del daño consagrado por el Código Civil en el artículo 2329, creemos en la posibilidad de entablar en conjunto, la demanda de nulidad y la acción de indemnización de perjuicios por responsabilidad extracontractual.

Ahora bien, conviene precisar las ventajas que tiene la declaración de nulidad y su correspondiente indemnización. La nulidad, como es sabido, dará a las partes el derecho a ser restituidas al estado anterior al que se encontraban antes de la celebración del acto o contrato, tal y como lo menciona el artículo 1687 del Código Civil. Por otra parte, en otras sanciones como la resolución, el efecto entre las partes es similar pero no idéntico, puesto que las prestaciones mutuas reguladas en específico para la resolución contienen atenuaciones que no se manifiestan en el efecto de la nulidad declarada entre las partes. Así, y a modo ejemplar, los deterioros que ha sufrido la cosa que debe ser restituida al acreedor en virtud del cumplimiento de una condición resolutoria no deberán ser indemnizados por el deudor, salvo que estos hayan provenido de su propia culpa o dolo, tal y como lo ha señalado el legislador en el artículo 1486 del Código Civil.

Respecto a los efectos que genera la nulidad hacia los terceros que pudieran estar en posesión de la cosa, la nulidad presenta una ventaja importante en atención a la

---

<sup>167</sup> Ihering, R. (1893). De la culpa in contrahendo ou des dommages–interdi dans le conventions nulls ou restées imparfaites. Ouvres choisis de R. von Ihering, 2. p. 33. Visto en Monsalve Caballero, V. (2008). La ruptura injustificada de los tratos preliminares. p. 23.

<sup>168</sup> *Ibid.* p 24.

resolución antes mencionada, puesto que la nulidad no distingue respecto a la buena o mala fe en la que se encuentra el tercero. Esto permite el ejercicio de la acción reivindicatoria independiente del estado psicológico de quien se encuentre en ese momento en posesión de la cosa, ampliando la ventaja por sobre la resolución, cuyo efecto respecto de terceros y al ejercicio de la acción real, depende de los artículos 1490 y 1491 del Código Civil. Para ello debe acreditarse la mala fe del tercero en el caso del primero, o constar la condición en el título respectivo, en el caso del segundo.

Además, puede mencionarse que la nulidad es una sanción de ineficacia de carácter general, cuyo ámbito de aplicación no se encuentra supeditado a la existencia de un elemento determinado del acto jurídico (como una condición resolutoria), ni a determinados tipos de contratos. Los vicios del consentimiento pueden aplicarse en cualquier tipo de acto jurídico, generando un vicio sancionable mediante la rescisión, a través de la acción de nulidad relativa, cuyo ejercicio aplica a cualquier acto jurídico del derecho patrimonial. Más aún, incluso frente a la indeterminación de un deber de informar, ya sea como una obligación típica o atípica en la que ha sido imposible construir tal obligación precontractual, podrá configurarse de todas formas una causal de nulidad, gracias a la aplicación generalizada del error y/o el dolo como presupuestos para la formación del consentimiento libre.

### **3.2.2.- Nulidad absoluta por infracción de una norma jurídica**

#### **3.2.2.1.- Incumplimiento de una obligación típica**

##### **A) Ley 19.496. Protección a los derechos de los consumidores**

Como ya se han analizado los preceptos que generan obligaciones para la parte fuerte de la relación de consumo, se hará referencia a la sanción que el incumplimiento de dichas normas, y por ende de las obligaciones (típicas y atípicas, objetivas o subjetivas).

Se ha señalado que la infracción a las obligaciones impuestas por la LPC podrá perseguirse al accionar mediante una denuncia infraccional que puede llevar a la imposición de una multa de hasta 50 UTM, en virtud de lo establecido por el artículo 24 LPC. La prescripción de la acción que persigue la responsabilidad contravencional de esta ley se encuentra regulada en el artículo 26 LPC. Dicha norma señala que el consumidor tendrá el plazo de seis meses para interponer la denuncia, plazo que deberá ser



computado desde el hecho que haya configurado una infracción a la obligación respectiva.

Como la acción que persigue la responsabilidad infraccional o contravencional de un proveedor es una acción especial de corto tiempo, es posible seguir al Código Civil en su artículo 2424 sobre el hecho de que las acciones especiales se suspenden e interrumpen de acuerdo a lo que sus regulaciones especiales establecen. Así, el legislador en esta materia ha señalado en el artículo 26 LPC la posibilidad de suspender el plazo de la prescripción mediante la interposición de un reclamo ante el Servicio de atención al cliente del proveedor, el mediador o el SERNAC, plazo que continuará su curso una vez se haya dado cumplimiento a la tramitación del reclamo mencionado.

La condena a la parte incumplidora prescribirá en el plazo de un año, desde que la sentencia que se pronuncia sobre dicha sanción se encuentre firme y ejecutoriada. Surge aquí una situación interesante, entendiendo que la sentencia que se pronuncia sobre una condena de carácter infraccional, se centra en una sanción objetiva frente al hecho ilícito que infringe una disposición contenida en la LPC. No obstante, no queda claro si el daño producido al consumidor logra ser reparado de forma efectiva y adecuada. Por este motivo, nuestra doctrina y jurisprudencia han aceptado que, junto con la denuncia o querrela infraccional, sea interpuesta una acción ordinaria de indemnización de perjuicios, acreditándose los daños sufridos, a causa de la contravención, como se analizará a continuación. Se tiende a pensar que la responsabilidad infraccional responde a un estándar de responsabilidad estricta, puesto que sólo exige la prueba de la infracción, el nexo causal, y el daño producido, lo que se extrae del artículo 50 de la LPC en su inciso final, el cual establece que:

“Para los efectos de determinar las indemnizaciones o reparaciones que procedan, de conformidad a las normas señaladas en el párrafo 2º de este Título, será necesario acreditar el daño y el vínculo contractual que liga al infractor y a los consumidores afectados”<sup>169</sup>.

De esta forma, para que sea configurada la responsabilidad infraccional, la LPC establece estándares objetivos de cuidado, y diversas obligaciones típicas que deben ser cumplidas por los proveedores, puesto que de no ser así, se vulneraría un deber de

---

<sup>169</sup> Ley 19.496, artículo 50.

cuidado o una obligación establecida por la norma, incurriendo entonces en responsabilidad infraccional<sup>170</sup>.

Las sanciones aplicables al proveedor que infringe la ley 19.496 son variadas, y responden a diferentes naturalezas. El artículo 20 establece que, frente a la infracción cometida por un proveedor, el consumidor tendrá derecho a solicitar la reparación gratuita del bien, la reposición de éste, o la devolución de lo pagado, sin perjuicio de la indemnización que sea procedente por los daños ocasionados. Por su parte, el artículo 50 señala en su inciso segundo, que “El incumplimiento de las normas contenidas en la presente ley dará lugar a las acciones destinadas a sancionar al proveedor que incurra en infracción, anular las cláusulas abusivas incorporadas en los contratos de adhesión, obtener la prestación de la obligación incumplida, hacer cesar el acto que afecte el ejercicio de los derechos de los consumidores, a obtener la debida indemnización de perjuicios o la reparación que corresponda”<sup>171</sup>.

Ahora bien, el artículo 50 A, del mismo cuerpo legal, señala en su inciso primero, que será el juez de policía local el que deberá conocer de las acciones emanadas de la LPC, salvo algunas excepciones. Sin embargo, concluir que la norma mencionada establece una hipótesis de competencia privativa parece ser apresurado. Debe entenderse que la competencia privativa del juez de policía local debe extenderse, en específico, a todas las sanciones de carácter infraccional contempladas por la LPC, incluyendo la responsabilidad infraccional o contravencional del proveedor, la que debe perseguirse en virtud del procedimiento establecido en la ley 19.496, al igual que las demás sanciones cuya naturaleza jurídica sea de índole infraccional, como las demás señaladas en el artículo 20 de la ley 19.496, y siempre que se trate de una relación de consumo, en la que aparezcan las partes tengan las calidades de proveedor y consumidor respectivamente.

Por su parte, la indemnización de perjuicios es una sanción de carácter civil, no una infracción, que en este caso, busca perseguir la responsabilidad civil contractual de la parte demandada, toda vez que entre el proveedor y el consumidor se ha celebrado un

---

<sup>170</sup> Una posición diferente señala que la responsabilidad emanada de la LPC se concreta a raíz de presunciones de culpa por el hecho propio, en amplia aplicación del principio *res ipsa loquitur* contenido en la hipótesis de responsabilidad extracontractual por el hecho propio contemplado en el artículo 2329 del Código Civil. Por este motivo, se mantiene hoy un límite difuso con la responsabilidad estricta, debido a la dificultad de exonerarse de la responsabilidad mediante la prueba de la diligencia, por los altos estándares exigidos al proveedor. De esta forma, la jurisprudencia tiende a exigir que el proveedor pruebe el caso fortuito, y destruya la conexión causal entre el hecho y el daño, pudiendo sólo entonces configurarse una causal de exención de responsabilidad.

<sup>171</sup> Ley 19.496, artículo 50.

contrato, que si bien se encuentra enmarcado dentro de una relación de consumo, sigue siendo una relación contractual. Lo que debemos entender es que, debido a su naturaleza contractual, debe regirse por las normas y principios contenidos en el Código Civil, y en las normas generales de competencia, con ciertas salvedades, al igual que las demás acciones civiles que puedan emanar de una contravención del proveedor, como por ejemplo, la nulidad. El hecho de que el artículo 50 A de la LPC permita el ejercicio conjunto de la acción civil, respecto a la querrela infraccional, no implica que desconozca la diferencia en cuanto a su naturaleza. El hecho de interponer la acción civil ante el juez de policía local es una mera posibilidad, una opción del consumidor que efectivamente busca que se declare la responsabilidad infraccional del proveedor. Sin embargo, pensar que se trata de una hipótesis de competencia privativa implicaría aseverar que, el consumidor que no desea perseguir la responsabilidad infraccional del proveedor se encuentra imposibilitado de accionar, lo que atentaría en forma directa contra el principio de la reparación integral del daño, consagrado en el artículo 2329 del Código Civil, cuyo origen se enmarca dentro de las garantías constitucionales, específicamente en los artículos 19 n°1 en tanto se protege la integridad física y psíquica de la persona; 19 n°3 en tanto protege la igualdad en el ejercicio de los derechos (en este caso, en la posibilidad de ejercer una acción civil de indemnización de perjuicios sin necesidad de ejercer la querrela infraccional); y en relación con el artículo 19 n°24 y la protección que la constitución entrega al patrimonio de toda persona, a través del derecho de propiedad. A mayor abundamiento, se atentaría incluso, contra el artículo 3 letra e) de la misma ley 19.496, toda vez que no permitiría al consumidor ejercer en forma autónoma la acción de indemnización de perjuicios, por lo que podría impedir que éste ejerciera el derecho a ser reparado e indemnizado de forma adecuada y oportuna. Por ello, las normas de la LPC no obstan a que las acciones civiles se interpongan directamente, ante el tribunal que por ley es competente para ello, es decir, un juez de letras en lo civil, mediante un procedimiento ordinario de lato conocimiento, puesto que la indemnización de perjuicios no tiene un carácter infraccional, si no que se trata de una acción que persigue la responsabilidad civil, ya sea contractual, generada frente a la vulneración de la fuerza obligatoria de los contratos, consagrada en el artículo 1545 del Código Civil; o extracontractual, en virtud de lo señalado por el artículo 2314 del mismo cuerpo legal. Igual situación ocurre, por ejemplo, respecto de la acción que busca la nulidad de un contrato de adhesión, o de las cláusulas abusivas que en éste se contengan, consagrada en los artículos 16 y 50 de la ley 19.496.

Nos encontraríamos frente a una similar situación de indefensión del afectado, en el caso de que el plazo de prescripción contenido en el artículo 26 de la LPC estuviera cumplido, extinguiendo la acción para perseguir la responsabilidad infraccional. Llegaríamos al absurdo de que, en este caso, el consumidor habría perdido sus acciones civiles junto con aquellas de naturaleza contravencional, en la medida en la que no podría ejercerlas en forma conjunta con la querrela infraccional, lo que a vivas luces configura un absurdo jurídico, que tendría como resultado la indefensión del afectado. Si la víctima de la infracción no desea perseguir la responsabilidad infraccional, o si su acción se encuentra prescrita de acuerdo a lo señalado por el artículo 26 de la ley 19.496, nada obsta a que ejerza sus acciones civiles, conforme a las normas del derecho común. Afirmar lo contrario conllevaría a concluir que la calidad de consumidor es más bien, un gravamen o una carga, que un beneficio, y que la protección de la Ley de Protección a los derechos de los Consumidores es más bien una restricción que una ventaja.

Así mismo lo entienden autores como Jorge Baraona González, quien señala que “dado que el ámbito de lo protegido en la Ley 19.496 es diferente a los contratos civiles y comerciales, es obvio que las fuentes que gatillan el incumplimiento difieren (...). Por ello resulta difícil hablar en este caso de responsabilidad contractual. Lo anterior no obsta, naturalmente, a que también pueda exigirse la responsabilidad que deriva del derecho común”<sup>172</sup>.

El profesor Hernán Corral Talciani también se refiere a esta diferenciación, toda vez que señala que *“Parece evidente que en esta situación, junto con la sanción por la infracción, procederá una acción de responsabilidad civil para reclamar la reparación del daño o menoscabo causado”*<sup>173</sup>.

La Corte Suprema por su parte, sigue esta misma interpretación, entendiendo que las diversas acciones mencionadas en la ley 19.496 no responden a la misma naturaleza jurídica, existiendo aquellas que son de índole infraccional, y aquellas que pertenecen a las sanciones civiles, como la indemnización de prejuicios o las acciones de nulidad, cuya regulación se encuentra en el Código Civil. Así, en el emblemático fallo contra

---

<sup>172</sup> Baraona González, J. (2014). La regulación contenida en la ley 19.496 sobre protección de los derechos de los consumidores y las reglas del código civil y comercial sobre contratos: un marco comparativo. *Revista chilena de derecho*, 41(2), 381-408., p. 397.

<sup>173</sup> Corral Talciani, H. (2006). La responsabilidad por incumplimiento y por productos peligrosos en la ley de protección de los derechos de los consumidores. *Baraona, Jorge-Lagos, Osvaldo Cuadernos de extensión Jurídica, XII: La protección de los derechos de los consumidores en Chile. Aspectos sustantivos y procesales luego de la reforma contenida en la Ley*, (19.955), p. 103.

CENCOSUD de 24 de abril de 2013, Rol N° 12355-2011, señala en su considerando 11° “Que la excepción de prescripción opuesta por la demandada está basada en el artículo 26 de la Ley de Protección al Consumidor, norma que únicamente se refiere a la responsabilidad contravencional [...]. Por lo mismo, aunque se pudiera entender prescrita la responsabilidad contravencional que corresponda, para los efectos de condenar al pago de una multa [...] de ninguna manera este hecho obligaría a estimar prescrita la acción destinada a que se declare nula la respectiva cláusula, pues se trata de acciones distintas”<sup>174</sup>. Así las cosas, no corresponde señalar que el artículo 26 de la ley 19.496 se refiera a todas las acciones mencionadas en dicho cuerpo normativo, sino únicamente a las que derivan de la responsabilidad infraccional.

Luego, en el considerando 12°, la Corte Suprema señala que “no pueden considerarse como estrictamente contravencionales las acciones que tienen como presupuesto el incumplimiento del contrato mismo, como las acciones de nulidad de restitución, de cesación, de reparación o de indemnización”<sup>175</sup>.

En este sentido se pronuncia también la Corte de Apelaciones de Concepción, en sentencia de 5 de noviembre de 2009, rol N° 231-09, señalando que “al respecto, es necesario tener presente que el aludido artículo 26 establece un plazo pero sólo para el ejercicio de las acciones contravencionales, no para acciones civiles, contado desde que se haya incurrido en la infracción respectiva”<sup>176</sup>.

Siguiendo este criterio, se llega a la conclusión lógica de que al tratarse de acciones que tienen naturaleza jurídica distinta, las normas que las regulan son, a su vez, distintas. Si la acción que persigue la responsabilidad contravencional prescribe, no por eso prescribirá la acción civil. A su vez, si la primera no se ejerce, no por ello se renuncia a la segunda, aunque se pierda la facultad de hacerla valer ante el juez de policía local, puesto que no podrá interponerse una querrela infraccional. El hecho de poder presentar ambas en forma conjunta, siguiendo el procedimiento de la ley 19.496, no quiere decir que esto suponga una obligación, o que presentar una querrela infraccional sea requisito para presentar una demanda civil. Por otra parte, si no hay legitimación activa para perseguir la responsabilidad infraccional, es decir, no detentar la calidad de consumidor, eso de ninguna manera supone la pérdida de la legitimación activa para interponer las

---

<sup>174</sup> Corte Suprema, 24 de abril de 2013, Rol N° 12355-2011, considerando 11°.

<sup>175</sup> Ibid, considerando 12°.

<sup>176</sup> C. Apelaciones de Concepción, 5 de noviembre de 2009, Rol N° 231-09, considerando 4°.

acciones del derecho común. Como se puede concluir, las acciones que tienen como presupuesto el incumplimiento de un contrato, o las reglas sobre formación del consentimiento o sobre los elementos del acto mismo, como la indemnización de perjuicios, nulidad relativa o nulidad absoluta, se rigen por las reglas del Derecho Civil, y por lo mismo, pueden ser interpuestas por cualquier acreedor perjudicado, frente al incumplimiento del demandado en sus obligaciones o en la observancia de las demás normas pertinentes.

### **B) Ley 20.584. Derechos y deberes de los pacientes.**

La ley dedica su Título IV, compuesto de dos artículos, al cumplimiento de la ley, pero no a sus sanciones. En este Título se expresa que, más allá del derecho de cada persona de hacer los reclamos pertinentes que se señalen en la ley, se podrá reclamar el cumplimiento de los derechos que la ley confiere, directamente ante el prestador del servicio, quien deberá hacerse cargo del reclamo y disponer de personal especializado que haga frente a ellos. Asimismo, el prestador está obligado a tomar las medidas necesarias para el caso, y hacerse cargo de las irregularidades que se detecten. Sin perjuicio de esto, se podrá solicitar una mediación, en los términos señalados en la ley N° 19.966.

Señala a su vez el artículo 38, que en caso de incumplimiento de las obligaciones establecidas por la ley de derechos y deberes de los pacientes, los prestadores públicos deberán tomar las medidas necesarias para que, a través de los procedimientos administrativos correspondientes, se haga efectiva la responsabilidad administrativa de los funcionarios.

En definitiva, el deber de informar en el caso de la ley de derechos y deberes de los pacientes, si bien establece deberes típicos, no establece sanciones específicas para el incumplimiento de éstos, sino que se remite al régimen general de atribución de responsabilidad.

#### **3.2.2.2.- Incumplimiento de una obligación atípica.**

Tal como y como lo ha señalado el conocido jurista romano, Domicio Ulpiano, un hombre justo es aquel que se abstiene de realizar conductas prohibidas por la ley, evitando así consecuencias lesivas para otros. En este sentido, el legislador nacional ha

recogido los preceptos básicos del autor<sup>177</sup> con el objetivo de instar a los miembros de una sociedad a mantener un comportamiento leal y recto respecto a los pares, esgrimiendo como pilar fundamental de la vida en comunidad, el actuar de buena fe que debe regir la conducta de dicha colectividad. Un hombre justo que emula el comportamiento del buen padre de familia actúa limitando su actuar en virtud de los preceptos legales y los derechos de sus pares. La licitud es definida por la Real Academia Española como la “concordancia que existe con la ley o la moral”, concepto que es recogido por el legislador nacional al abordar, entre los requisitos de validez de los contratos, la necesidad de tanto un objeto como la causa lícita.

La definición de *objeto lícito* no puede encontrarse de forma expresa en el Código Civil, el que, por el contrario, determina casos de objeto ilícito. Sin embargo, el cuerpo normativo define *causa ilícita* como “la prohibida por ley, o contraria a las buenas costumbres o al orden público” en su artículo 1467. En este mismo sentido, la definición de *objeto ilícito* se ha extraído por aplicación analógica, o a raíz de lo señalado por el legislador en el artículo 1461 del mismo cuerpo normativo, donde se refiere al objeto que es “moralmente imposible”, asimilando esta imposibilidad a la ilicitud antes señalada. Ahora bien, para poder determinar la configuración de la causal que dará lugar a la nulidad absoluta del acto, es menester que se analice primero la naturaleza jurídica de la norma clave, que configura la base de la obligación de informar, esto es, el artículo 1546 del Código Civil en cuanto a la consagración de la buena fe objetiva, y por ende, la imposición de someter el actuar personal al parámetro del hombre recto y leal.

El artículo primero del Código Civil señala que existen tres tipos de normas jurídicas<sup>178</sup>, estableciendo que estas pueden clasificarse en normas imperativas, prohibitivas y permisivas. En este sentido, se ha entendido que una norma es prohibitiva cuando no permite, bajo ningún supuesto, la realización de una conducta determinada. Una norma permisiva es aquella que permite a las personas el desarrollo de una conducta determinada. Por último, una norma es imperativa, cuando manda realizar o no realizar un acto, o cuando manda el cumplimiento de ciertos requisitos para la realización de un determinado acto jurídico, teniendo como objetivo tutelar tanto un interés general como uno particular. Esta distinción tendrá vital importancia para efectos de la sanción al acto o

---

<sup>177</sup> Junto a los principios “*Honeste vivere*” (Vivir honestamente, de orden moral y filosófico) y “*Suum ius quique tribuere*” (dar a cada uno lo suyo, de orden jurídico).

<sup>178</sup> Sin perjuicio de las innumerables críticas doctrinarias que se le han suscitado al precepto mencionado, tanto en el fondo, forma y exhaustividad de la clasificación.

conducta que no obedece dicha norma, puesto que si tutelan el interés general, la sanción será la nulidad absoluta, mientras que al vulnerar el interés particular podrán acaecer diversos tipos de sanciones como la nulidad relativa, la inoponibilidad, e inclusive, en algunos casos, la responsabilidad.

Retomando el punto anterior, es importante determinar entonces la naturaleza de la norma del artículo 1546<sup>179</sup> del Código Civil, de cuya simple lectura es posible concluir que el legislador desea imponer una conducta determinada a los individuos, un comportamiento específico que debe ser respetado en la ejecución de los contratos<sup>180</sup>. En este sentido, existirán dos alternativas: el hecho de que la norma tenga un carácter prohibitivo de obrar de mala fe, o que tenga un carácter imperativo de obrar de buena fe.

Ahora bien, además de determinar la naturaleza de la norma que permitirá generar la causal de la nulidad absoluta, es necesario individualizar el acto en particular que, infringiendo la norma, quedará expuesto a ser declarado ineficaz. Si entendemos que la entrega de información que se realiza en las tratativas preliminares es un acto distinto al que se celebra definitivamente en la etapa contractual, sería la misma entrega de información, el acto que estaría sujeto a la ineficacia de la nulidad absoluta. Sin embargo, esta visión sólo permitiría sancionar la entrega defectuosa de información, puesto que si la omisión en la entrega es total, no habría acto sancionable. La conclusión idónea, entonces, dice relación con que el acto infractor de la conducta exigida por la norma del artículo 1546 del Código Civil, es el que nace como fruto de esta entrega imperfecta o, en su caso, de la omisión de la entrega de la información. Así, en palabras de Hernández Paulsen, “debe entenderse que el clausulado contractual pactado sin la información preceptiva es, en sí mismo, el acto contravencional a las reglas sobre información precontractual que debe declararse nulo, total o parcialmente”<sup>181</sup>.

Conforme a lo señalado, y de acuerdo a la naturaleza jurídica de la norma citada, existirán dos opciones:

---

<sup>179</sup> Artículo 1546 del Código Civil: Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley o la costumbre pertenecen a ella.

<sup>180</sup> Sin perjuicio de la palabra *ejecución*, es ampliamente aceptado por la doctrina el hecho de que la buena fe, como ya se ha analizado en este trabajo, es un principio transversal a todo el íter contractual, y que por tanto subyace el actuar de los particulares en las tratativas preliminares, en la celebración y ejecución de los contratos, y en la etapa posterior a su ejecución y cumplimiento.

<sup>181</sup> Hernández Paulsen, G. “La obligación precontractual de la entidad de crédito de informar al cliente en los servicios bancarios y de inversión”, Editorial Marcial Pons, 2014, p. 386.



### **A) El carácter prohibitivo del artículo 1546 del Código Civil – El objeto ilícito**

Tal como se expuso, el precepto es claro al obligar a las personas a proceder conforme a la buena fe, lo que puede desprenderse del tenor literal en tanto la norma utiliza la palabra “debe” para enfatizar en la coacción de su mandato. Ahora bien, como la norma manda de forma absoluta a mantener un determinado comportamiento, sin señalar situaciones o circunstancias que abran la posibilidad de dispensarse del mandato en cuestión, es posible extraer un carácter prohibitivo en la conducta inversa, es decir, en el actuar de mala fe. Si la norma manda en sentido positivo un comportamiento de buena fe, entonces en sentido negativo reprime absolutamente el comportamiento contrario, sin que pueda observarse este comportamiento ilícito bajo ninguna hipótesis. Asumiendo que logramos perfilar el precepto en cuestión como una norma prohibitiva redactada en un sentido positivo, no basta más que conectar una serie de preceptos del mismo cuerpo normativo para poder anular el acto mediante las normas de la nulidad absoluta.

El artículo 10 del mismo cuerpo legal señala que “Los actos que prohíbe la ley son nulos y de ningún valor; salvo en cuanto designe expresamente otro efecto que el de nulidad para el caso de contravención”, siendo este el punto de partida de una triada de artículos que nos permitirán determinar la sanción aplicable, al establecer la nulidad como causal de ineficacia frente a la infracción de una norma prohibitiva.

En definitiva, el actuar de mala fe traducido en el quebrantamiento del deber de información que emana de la conducta exigida por el legislador en el artículo 1546, supone una infracción a una ley prohibitiva, determinando entonces que el acto en el que se infringe el precepto es nulo. Dentro de esta triada, el artículo 1466 inciso final del Código Civil, señala que el objeto ilícito se configura “generalmente en todo contrato prohibido por leyes”. De ello podemos colegir que el contrato en el que se ha infringido la norma prohibitiva del artículo 1546 —es decir, un acto en el que se ha actuado de mala fe—, es un acto prohibido por nuestro ordenamiento jurídico, puesto que no observa la conducta impuesta por el legislador en la ejecución del contrato. Se genera de esta manera un acto cuya celebración está prohibida por el legislador, cuyo objeto es ilícito en palabras del artículo 1466.

Por último, y habiendo determinado el tipo de ineficacia, y la causal que la hace procedente, podemos señalar, en base al artículo 1682 del Código Civil, la sanción exacta de ineficacia que afectará al acto. La nulidad, como bien sabemos, es una sanción de

derecho estricto, lo que se traduce en el hecho de que las causales que la hacen procedente se encuentran expresamente señaladas en la ley. En particular, se ha señalado que la nulidad relativa es la sanción residual, puesto que el legislador especifica las causales de la nulidad absoluta de forma taxativa, estableciendo que el objeto ilícito pertenece a ellas. Un ejemplo relacionado con lo anterior, en el que se vulnera una norma prohibitiva, es el caso regulado expresamente en el artículo 16, letra (g)<sup>182</sup> de la ley 19.496, referida a cláusulas impuestas en contratos de adhesión, en contra de las exigencias de la buena fe. Eso no hace más que complementar el espíritu de las normas del Código Civil, mediante una legislación especial y coherente con los principios generales de la contratación.

Se ha concluido por la doctrina y la jurisprudencia, que la norma prohíbe el uso de cláusulas abusivas incorporadas de mala fe a los contratos de adhesión, ratificando el criterio utilizado por Bello en el Código Civil, mediante la configuración del objeto ilícito frente a la incorporación de condiciones que sean el resultado de un actuar malicioso por parte del proveedor. De esta manera, la ley de protección a los derechos de los consumidores recoge nuevamente la coacción que ofrece el artículo 1546, y por ende, en una interpretación *a contrario sensu*, se desprende la prohibición del actuar inverso, es decir, de mala fe. La ineficacia que es resultado del actuar mencionado, se desprende como consecuencia de la hipótesis de objeto ilícito consagrado en el artículo 1466 del Código Civil, de la misma forma en la que mencionamos con anterioridad, provocando como resultado probable, un vicio sancionable mediante la nulidad absoluta.

Sin perjuicio de lo anterior, la ley puede establecer diversas sanciones además de la nulidad. Como se expuso anteriormente, la anulabilidad por vicios del consentimiento o la responsabilidad civil tanto en su carácter contractual como extracontractual son sanciones establecidas en la ley que también son aplicables a la infracción que nos convoca, tal como se analizará más adelante. Ya se ha mencionado que las sanciones no son necesariamente excluyentes, como en el caso del dolo como vicio del consentimiento, cuya acción de rescisión puede ir acompañada de una acción de indemnización de perjuicios por la configuración de un delito civil. Hernández Paulsen se pronuncia al respecto de estas sanciones, señalando que tienen un carácter genérico. El autor señala

---

<sup>182</sup> En efecto, el artículo 16, letra (g) de la Ley 19.496 expresa que: “No producirán efecto alguno en los contratos de adhesión las cláusulas o estipulaciones que: [...] g) En contra de las exigencias de la buena fe, atendiendo para estos efectos a parámetros objetivos, causen en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones que para las partes se deriven del contrato”.

que “Tampoco el hecho de que el incumplimiento de las normas sobre contratación [...] admita, en aplicación de las reglas generales sobre vicios del consentimiento o incumplimiento de obligaciones, consecuencias de derecho privado como son, v.gr., la anulabilidad y la responsabilidad civil, significa que estas deban entenderse como sanciones “expresamente” contempladas por aquellas reglas en orden a la inaplicación de la nulidad, al tratarse de remedios genéricos no mencionados explícitamente por tales normas”<sup>183</sup>. De esta manera, vemos que existe una gama opcional de acciones para la parte agraviada con el incumplimiento de la obligación de informar, en la cual la elección dependerá del interés, fuerza probatoria, y de la finalidad que busque la víctima mediante la acción.

### **B) El carácter imperativo del artículo 1546 – La causa ilícita**

La segunda aproximación a la nulidad absoluta, viene dada por el carácter imperativo de la norma mencionada. Las normas imperativas son, en palabras de los profesores Alessandri, Somarriva y Vodanovic, aquellas que imponen la obligación de realizar una determinada conducta, o aquellas que exigen el cumplimiento de ciertos requisitos para la celebración de determinados actos jurídicos. Además, las normas imperativas se caracterizan porque “[...] imponen deberes y, correlativamente, otorgan facultades [...]”<sup>184</sup> para que la persona que ha visto mermado el bien jurídico que protege la norma pueda ejercer la tutela jurídica del mismo.

Las normas imperativas no tienen una sanción uniforme, puesto que es necesario distinguir si tutelan el interés particular o el interés general. Por ejemplo, una norma imperativa que tutela el interés particular es el artículo 2314 del Código Civil, en cuanto establece que “El que ha cometido un delito o cuasidelito que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización; sin perjuicio de la pena que le impongan las leyes por el delito o cuasidelito”<sup>185</sup>.

De este precepto parece evidente que el fin tutelado es de índole particular, puesto que busca la reparación de la persona que ha sufrido un daño que le es imputable a otra persona, sin que esto tenga mayores repercusiones dentro de la sociedad, y sin que

---

<sup>183</sup> Hernández Paulsen, G. “La obligación precontractual de la entidad de crédito de informar al cliente en los servicios bancarios y de inversión”, Editorial Marcial Pons, 2014, p. 385

<sup>184</sup> Alessandri, A., Somarriva, M., & Vodanovic, A. (1998). Tratado de derecho civil. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, Chile. p. 25.

<sup>185</sup> Código Civil de la República de Chile, artículo 2314.

puedan tomarse, por ejemplo, acciones de oficio por parte de los tribunales. Así, entre las normas imperativas de requisitos, aquellos requisitos de validez establecidos en atención a la calidad o estado de las partes tutelan así mismo el interés particular, por lo que la sanción aplicable es la nulidad relativa. Por otra parte, aquellas que establecen requisitos en atención al acto o contrato, tutelan el interés general, por lo que la sanción aplicable es la nulidad absoluta.

Un ejemplo de este último tipo de norma es el artículo 1801 inciso segundo<sup>186</sup> del Código Civil, en tanto se exige la solemnidad (legal, ordinaria) de la celebración de determinados contratos de compraventa vía escritura pública. El tipo de bienes supone una tutela más estricta por parte del legislador, por lo que la falta de esta solemnidad dará lugar a la nulidad absoluta.

Como se puede apreciar, el interés tutelado es diverso, sin que la norma pierda la imperatividad que la caracteriza. Las normas imperativas suelen proteger el interés general en la medida en que la naturaleza del vínculo entre la ley y el interés de la sociedad se vea comprometido. Otros ejemplos ilustrativos de la tutela imperativa en cuanto al interés general son las normas relacionadas con la organización económica, en cuanto el legislador entiende necesaria la protección de contratantes que se encuentran en inferioridad de condiciones. Entre estas normas es posible mencionar la regulación de la capacidad o incapacidad de ciertas personas en el marco de la esfera jurídica, y, desde un segundo punto de vista, las normas relativas al actuar de buena fe, como lo sería la norma que nos convoca en cuestión (artículo 1546). En este caso particular, referido a la disposición del artículo 1546, podemos entender que la tutela es de carácter general, puesto que la buena fe conlleva un comportamiento necesario para las relaciones que se dan al interior de una sociedad, y aún si concluyéramos que no existe un objeto ilícito al no existir prohibición del legislador en el actuar de mala fe, podemos determinar la misma sanción, es decir, la nulidad absoluta, a raíz de la causal del artículo 1467, es decir, la causa ilícita. Como ya indicábamos, este sostiene que la causa ilícita es “[...] la prohibida por ley, o contraria a las buenas costumbres o al orden público”, por lo que podemos deducir que la buena fe tiene estricta relación con lo que debe entenderse por buenas costumbres.

---

<sup>186</sup> Artículo 1801 del Código Civil, inciso segundo: “La venta de los bienes raíces, servidumbre y censos, y la de una sucesión hereditaria, no se reputan perfectas ante la ley, mientras no se ha otorgado escritura pública”.

Las buenas costumbres son definidas por los profesores Alessandri, Somarriva y Vodanovic como “las reglas de conducta humana externa que, conformes a la moral, acepta la conciencia general de un país en determinada época”<sup>187</sup>. A mayor abundamiento y en palabras de los mismos autores, “son los comportamientos habituales y comunes de los miembros de una sociedad que se ajustan a la moral imperante en esta”<sup>188</sup>. La relevancia de este concepto, es el hecho de que el actuar de buena fe dice estricta relación con el actuar recto que se ajusta a lo moral, lo que por cierto, puede variar de época en época y de lugar en lugar. El actuar de buena fe o conforme a las buenas costumbres es una variable en el tiempo, lo que permite la evolución del concepto y del parámetro de conducta de acuerdo a las necesidades actuales de la sociedad, permitiéndole laxitud y evolución a la norma. La segunda conexión dice relación con la exteriorización de la conducta. Las buenas costumbres de una persona sólo son apreciables en la medida en la que el individuo se desenvuelva mediante un determinado comportamiento en sociedad. Esto implica que la conducta debe ser exteriorizada, pues serán los actos externos los que deberán valorizarse por el entorno social, quien juzgará si respetan o no el parámetro aceptado. Al igual que la buena fe objetiva, lo que se exige es una exteriorización concreta, una revelación, mediante la intervención material del individuo en la sociedad, y para ello, la creencia interna poco importa.

### **3.2.3.- Ventajas de la nulidad sobre anulabilidad por vicios del consentimiento**

**Legitimación activa.** La primera importancia de distinguir entre las dos sanciones de nulidad radica en la posibilidad de interponer la acción correspondiente. Como explicábamos, la nulidad relativa limita la posibilidad de accionar pues tutela el interés particular de la persona que se ve vulnerada por el vicio o la incapacidad que motivan la anulabilidad del acto. La nulidad absoluta por su parte, tutela el interés general, lo que se materializa en sus causales, las cuales generan una acción que va dirigida a una amplia gama de potenciales afectados. En palabras del legislador nacional en el artículo 1683 del Código Civil, la nulidad relativa no “[...] puede alegarse sino por aquellos en cuyo beneficio la han establecido las leyes o por sus herederos o cesionarios”. La nulidad absoluta, por su parte, es más amplia en su titularidad, pues, como establece el Código Civil en su artículo 1684, “puede alegarse por todo el que tenga interés en ello, excepto el que ha ejecutado el acto o celebrado el contrato, sabiendo o debiendo saber el vicio que

---

<sup>187</sup> Alessandri, A., Somarriva, M., & Vodanovic, A. (1998). Tratado de derecho civil. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, Chile. p. 240.

<sup>188</sup> *Ibíd.*

lo invalidaba; puede asimismo pedirse su declaración por el ministerio público en el interés de la moral o de la ley”.

De esta manera, el legislador entiende que la magnitud del vicio que hace procedente la nulidad absoluta es mayor al que origina la nulidad relativa, por lo que determina que potencialmente existen terceros que pueden verse perjudicados con un acto o contrato, otorgando así la acción a cualquiera que tenga un interés en ello. La doctrina y jurisprudencia están manifiestamente contestes en que aquel ha de ser actual, y a la vez pecuniario. Así lo ha sostenido el profesor Ramón H. Domínguez, quien señala que “ese interés ha de ser de índole patrimonial que no sólo debe ser alegado, sino acreditado por quien pretende la nulidad y ha de existir al tiempo de producirse el vicio correlativo, es decir, que sea coetáneo y no posterior a su verificación”.<sup>189</sup> El autor descarta entonces la posibilidad de accionar de nulidad absoluta a ciertos terceros que no mantienen un interés actual, ejemplificando con un acreedor cuyo derecho se encuentra sujeto a una condición suspensiva, o por ejemplo con aquel acreedor que sólo mantiene una mera expectativa en vez de un derecho adquirido.

**Declaración de oficio.** Otra ventaja que presenta la nulidad sobre la anulabilidad por vicios del consentimiento es la posibilidad que contempla el legislador nacional de que el juez la declare de oficio. El artículo 1683 señala “La nulidad absoluta puede y debe ser declarada por el juez, aun sin petición de parte, cuando aparece de manifiesto en el acto o contrato”.

Esta situación constituye una excepción procesal, puesto que en virtud de la pasividad de los tribunales, y del principio dispositivo que impera en materia procesal civil, son determinadas y específicas actuaciones las que puede realizar de oficio un tribunal (las cuales están regidas siempre por el principio de legalidad o juridicidad). Si bien esta situación es excepcional, el legislador en este caso contempla un mandato para el juez, por lo que no es facultativo, sino obligatorio, el uso de esta atribución en los casos en que el supuesto se cumpla. La doctrina y jurisprudencia han señalado que el vicio es manifiesto en el acto cuando puede desprenderse de su sola lectura, no siendo necesario que se rinda ninguna otra prueba destinada a acreditar la existencia del vicio. Tal sería el caso, por ejemplo, en el que se estuviera demandando la resolución con indemnización

---

<sup>189</sup> Ramón Domínguez. (2002). Nulidad absoluta, necesidad de acreditar el interés patrimonial y actual en su declaración. Momento en el que ha de existir. . Revista de Derecho Universitaria de Concepción, 211, p. 2.

de perjuicios, por el incumplimiento de una compraventa cuyo objeto es el derecho real de uso y habitación, el cual es de carácter personalísimo, lo que supondría la existencia evidente del vicio de objeto ilícito, de acuerdo al artículo 1464 n°2, 1810 y 1466 del Código Civil.

**Indisponibilidad de la acción.** La imposibilidad de confirmar la nulidad absoluta es también una gran ventaja, no sólo porque pueda ser engañado o inducido a confirmarla de forma expresa, ya que esto, si bien es una situación factible, de todas formas es un escenario poco probable. El peligro real radica en la confirmación tácita contemplada por el legislador en el artículo 1695 del Código Civil, que establece que “La ratificación tácita es la ejecución voluntaria de la obligación contratada”.

De esta forma, la iniciación del cumplimiento de las obligaciones emanadas de un contrato cuyo vicio es una causal de nulidad absoluta, no supondrá la renuncia de la acción, quedando a salvo su ejercicio, incluso si ya ha habido ejecución de las obligaciones.

**Prueba de la causal.** En general, la procedencia de la nulidad por la infracción de una norma —ya sea imperativa o prohibitiva como se ha analizado— simplifica la actividad procesal del afectado, puesto que no debe centrar su atención en el debate subjetivo que supone un vicio del consentimiento. En general, cuando hay infracción a la obligación de informar y se alega un vicio como el error o el dolo, la contraria puede defenderse argumentando que el nivel de conocimientos o experticia de quien alega el vicio le permitían conocer la información no proporcionada por la parte “fuerte” de la contratación. Así lo ha sostenido Hernández Paulsen apuntando a que “esta consecuencia se traduce en una mayor protección de aquél [el contratante que no ha tenido acceso a la información que debió ser proporcionada], al poder quedar desligado sin necesidad de tener que rebatir, en su caso, las alegaciones de una Entidad de Crédito consistentes en que su nivel de conocimientos, experiencia o cualificación obstaba a la inexcusabilidad del error”<sup>190</sup>. Por el contrario, cuando se alega un objeto ilícito o una causa ilícita por la infracción a una norma prohibitiva o imperativa correspondientemente, el debate probatorio se simplifica puesto que basta contrastar la conducta del actor con la conducta exigida por el legislador en la norma, sin que las consideraciones subjetivas sobre conocimientos o experiencia afecten la determinación de la infracción.

---

<sup>190</sup> Hernández Paulsen, G. “La obligación precontractual de la entidad de crédito de informar al cliente en los servicios bancarios y de inversión”, Editorial Marcial Pons, 2014, p. 357.

### **3.3.- Responsabilidad Civil**

#### **3.3.1.- Contrato se celebra**

“Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley o la costumbre pertenecen a ella”<sup>191</sup>.

La buena fe puede suponer perfectamente la ampliación de la prestación pactada en una obligación contractual, más allá incluso, de lo que las partes han señalado específicamente o de lo que se entiende incorporado en ella mediante la ley. La función integradora del juez se encuentra en un matiz intermedio entre la labor interpretadora y la determinación del contenido implícito del contrato, pues interpretar éste hacia un marco de ejecución leal y recto implica, muchas veces, asumir que existen diversas obligaciones o ampliar los alcances de éstas, que, aunque no estén vertidas en cláusulas expresas, habrían sido implícitamente asumidas por las partes.

Como lo ha sostenido la mayoría de la doctrina nacional, la función de la buena fe contractual no se agota como herramienta interpretativa a la luz de la función jurisdiccional del tribunal, sino que además, se extiende a la integración de lagunas contractuales, e incluso, a la determinación de ciertos deberes y obligaciones no expresamente pactadas. Si bien el objeto principal de análisis de este trabajo es la obligación de informar, según el profesor Enrique Barros, es posible extraer — supeditadas a la buena fe— una gran cantidad de obligaciones adicionales a la ya mencionada. Dentro de ellas podríamos contar los deberes de protección y seguridad, deberes de lealtad o los deberes tendientes a evitar la ineficacia del acto, cuya infracción será sancionada de manera uniforme con la responsabilidad del contratante que incurre en su inobservancia. De todas formas, el asunto no es pacífico en doctrina puesto que, como hemos mencionado, el Código Civil regula tanto la responsabilidad contractual como la extracontractual, cuyas fuentes y tratamiento son distintos, lo que ha determinado más de alguna discusión relevante entre los autores nacionales.

Se ha aceptado de forma generalizada, en la doctrina y jurisprudencia, que la responsabilidad civil consiste en un juicio normativo del cual surge una obligación de reparar pecuniariamente los daños que ha sufrido una persona, siempre que éstos puedan ser imputados al actor. El Código Civil regula la responsabilidad (civil) a partir de

---

<sup>191</sup> Código Civil de la República de Chile, artículo 1546.



la fuente que la origina, pudiendo clasificarla en responsabilidad contractual y extracontractual. La primera se ha entendido como aquella de carácter especial, cuya fuente es el incumplimiento de las obligaciones que emanan de un contrato celebrado previamente entre las partes. Es decir, la responsabilidad es una sanción que se materializa en una obligación secundaria que se origina por la infracción al interés primario del acreedor, a saber, el cumplimiento de las obligaciones pactadas entre las partes, las cuales son el objeto del contrato. La segunda, constituye una obligación primaria, y se genera a raíz de la inobservancia de un deber general de cuidado que las personas deben manejar en sus encuentros espontáneos con los demás individuos de la sociedad, por lo que responde más bien a un carácter originario, sin que exista una obligación previa. Como puede observarse, la primera diferencia entre ambos estatutos es la fuente que logra generarlas, esto es, si existe o no un vínculo contractual previo cuya vulneración la genera, o si su nacimiento es consecuencia de un deber general mínimo de diligencia exigido en las relaciones interpersonales de la sociedad.

La buena fe, como ya se ha mencionado y analizado en extenso, supone (al menos doctrinariamente) una fuente de las obligaciones fuera de discusión, a pesar de no ser positivamente considerada por los artículos 578, 1437 y 2284 del CC, los cuales se han presentado de forma uniforme como el continente de dichos orígenes. Sin embargo, si quiere adoptarse una mirada positivista, y ceñirse al texto expreso de la ley, podemos comprender la buena fe dentro de la ley como fuente de las obligaciones, puesto que es el mismo artículo 1546 el que la consagra de forma expresa, al menos, en el ámbito contractual.

El análisis literal de la norma antes mencionada es el primer argumento que puede esgrimirse para afirmar que la sanción al incumplimiento de la obligación de informar es la responsabilidad contractual. Esto tiene sustento en el vocablo *ejecución* utilizado por nuestro código. Las etapas contractuales se encuentran debidamente individualizadas, distinguiendo luego de la celebración y perfeccionamiento del contrato, la etapa de ejecución, llamada también etapa de los efectos contractuales. La buena fe es un elemento integrador en materia contractual, es decir, que en virtud de su aplicación puede constatarse jurisprudencialmente la obligación de informar. Esta obligación, al tenor de la norma, deberá ser incorporada al contrato dentro de la etapa regulada específicamente en dicha disposición, es decir, en la etapa de su ejecución, pues atendiendo a que el sentido de la norma parece ser claro, no cabe espacio para una interpretación extensiva de la

norma. Si bien esta interpretación no es acogida por la mayoría de la doctrina nacional, podemos sostener que el artículo está en perfecta sintonía con las disposiciones principales del libro IV del Código Civil, incorporando obligaciones no pactadas expresamente en el contrato, pero siendo aplicables los efectos expresamente recogidos por el artículo 1489 del mismo cuerpo normativo, para efectos de su incumplimiento.

Se ha entendido, además, por quienes fomentan que la responsabilidad precontractual reside en el ámbito de la responsabilidad contractual, que la infracción en esta etapa genera daños respecto a una persona determinada. Esto, pues las relaciones y/o tratativas que las partes han entablado, genera entre ellos un vínculo susceptible de ser roto por la (futura) contraparte, y por ende el daño no puede ser generado a una persona indeterminada, sino sólo a aquella respecto de la cual ya se han entablado las negociaciones preliminares. Este es un factor que diferencia radicalmente a la responsabilidad precontractual de la responsabilidad extracontractual, siendo esta última, una sede en la que la víctima potencial podrá ser cualquier individuo de la sociedad. A *contrario sensu*, sólo podrán ser los futuros contratantes los que pueden incurrir en las conductas generadoras de responsabilidad contractual, no pudiendo considerarse a un tercero como el causante de dicha responsabilidad.

La teoría de la culpa en las negociaciones (*culpa in contrahendo*), desarrollada por Rudolph Von Ihering, en contraposición a la doctrina de la supremacía *voluntarista*<sup>192</sup> liderada por Fiedrich Karl von Savigny, es otro argumento de lo señalado con anterioridad. El autor señala que la responsabilidad precontractual, hace nacer la noción del interés negativo en caso de que las tratativas no arriben en la concreción de la relación. La parte no culpable sufrirá daños por la vulneración de la confianza que ha decidido depositar en el negocio jurídico, en cuanto la ruptura de las negociaciones preliminares se hagan en contravención a la buena fe, extinguiendo las expectativas de la contraria. De todas formas, es adecuado mencionar que, por regla general, en ausencia de esta vulneración particular, nadie estará obligado a contratar, pues las personas se ven amparadas en el principio de la libertad de conclusión, derivado de su propia autonomía. Según el autor, la etapa de las tratativas preliminares forma parte del *íter contractual*, y por ende la responsabilidad que en este caso se genera emana del incumplimiento del contrato,

---

<sup>192</sup> La teoría voluntarista se basa en la primacía absoluta del querer interno de una persona, esto es, en la situación extrema determinada por la manifestación extrovertida, libre, sana, sincera y espontánea de la voluntad de una persona, en la que cumpliéndose estos requisitos, debe primar necesariamente la voluntariedad por sobre la declaración.

descartando entonces su naturaleza extracontractual. Es por esto que el autor entiende que al vulnerarse el interés jurídico envuelto en el negocio, se debe responder tanto por daño emergente como por el lucro cesante.

A diferencia de un incumplimiento contractual común (positivo), el autor introduce en este caso el concepto de interés contractual negativo, consistente en los perjuicios provocados por el hecho de que el contrato no llegue a celebrarse, el cual emana la vulneración de la confianza que se depositó en una negociación, con miras al perfeccionamiento del contrato, y en las oportunidades que el contratante ha dejado escapar producto de la negociación injustificadamente abandonada. Así, la particularidad de esta teoría, radica en un límite indemnizatorio que recae en el lucro cesante<sup>193</sup>, en tanto que sólo será indemnizable de forma parcial, comprendiendo las oportunidades negociales desechadas en desmedro de la oportunidad escogida. Asimismo, la doctrina de Von Ihering concluye que la concreción de un contrato no genera sólo obligaciones en cuanto a la ejecución de este, sino también la obligación de reparar los perjuicios que emanen tanto del interés positivo como del negativo, cuya fuente es justamente la vulneración de una obligación precontractual, como la obligación de informar. Así, la ineficacia de un acto nulo sólo implicaría la imposibilidad y la innecesidad de cumplir con las obligaciones contractuales, mas no acarrea la extinción de todos los efectos del acto, quedando a salvo, la acción para perseguir la responsabilidad de naturaleza contractual originada por la infracción precontractual.

A mayor abundamiento, la situación parece bastante más clara cuando se sustituye la culpa precontractual por el dolo precontractual con el cual configuraríamos la responsabilidad contractual, como lo sería el caso en el que la responsabilidad precontractual se originara en una omisión dolosa de cierta información relevante, como por ejemplo, la información contable del contratante doloso. Tal sería el caso, por ejemplo, en el que se adulteraran los libros de contabilidad en incumplimiento del deber de informar transparentemente a la empresa contraparte, con el único objetivo de que ésta prestara el consentimiento requerido en el acto. Es probable que, en dicho supuesto, llegada la etapa de ejecución de las obligaciones, la empresa que ha incurrido en la conducta fraudulenta no tenga los medios necesarios para ejecutar sus obligaciones, incurriendo así en el incumplimiento esencial que gatille la condición resolutoria del contrato. De esta forma, aparece de manifiesto que el incumplimiento de esta obligación precontractual concluye

---

<sup>193</sup> El autor parece considerar que la “pérdida de una oportunidad” forma parte del lucro cesante.

en la imposibilidad de poder cumplir con las obligaciones contractuales, y por ello, generará además, responsabilidad contractual.

Continuando con la misma línea argumentativa, es posible barajar la responsabilidad contractual como sanción a la falta de entrega de información (en caso de existir de un deber de entregarla), a raíz de la teoría del jurista italiano Gabriel Faggela, contenida en su obra *De los períodos precontractuales y de su verdadera y exacta construcción científica*. El autor divide la etapa precontractual en pequeñas sub etapas, en las que distingue aquellas que se verifican antes de la oferta y aquella que se verifica con posterioridad a la elaboración de esta. La primera etapa está configurada por las tratativas preliminares propiamente tales, y por la preparación y elaboración de la oferta, mientras que la segunda, comprende la exteriorización de la oferta firme y su conocimiento por parte del destinatario.

En el caso de las tratativas preliminares, señala el autor que serían la instancia en la que los futuros contratantes se contactan, se aproximan entre sí intercambiando ideas y elaboran los primeros atisbos de las cláusulas y condiciones que pudiera contener el contrato en cuestión, situación que para el autor genera un acuerdo tácito de celebración de un negocio jurídico. Lo interesante de esta teoría, es que podemos apreciar la existencia de dos actos jurídicos, aquel que permite a las partes quedar vinculadas para negociar la oferta del negocio definitivo, y finalmente el acto definitivo en cuestión. Es casi como si las partes tácitamente estuvieran celebrando una promesa de contratar, por lo que la responsabilidad contractual se genera, en este caso, por la vulneración arbitraria del primer acuerdo celebrado entre las partes, es decir, del acto preparatorio que tiene por objetivo concluir con la oferta del contrato definitivo. No obstante lo anterior, esta teoría es endeble, toda vez que no todo contratante participa siempre de un período de acercamiento y discusión inicial, puesto que puede suceder que el contratante se encuentra con una oferta ya realizada, como por ejemplo en el caso de la contratación por adhesión, propia de las relaciones de consumo, como cuando se compran productos que se encuentran en exhibición en una vitrina de un centro comercial. Por otra parte, en el caso de existir esta etapa de acercamiento, no parece sensato entender que la mera aproximación entre las partes deriva en la celebración de un acuerdo tácito para llegar a la oferta del contrato definitivo, puesto que si esto hubieran querido, habrían celebrado directamente un contrato preparatorio.

De este modo, y entendiendo que la buena fe introduce al contrato la obligación de informar, y que forma parte entonces de la etapa contractual por expreso mandato del legislador, su inobservancia (en el contexto de un contrato bilateral) detonará los efectos incorporados por el artículo 1489, es decir, establecerá el hecho futuro e incierto que configurará la condición resolutoria tácita, incorporada como un elemento de la naturaleza en todos los contratos que contengan la bilateralidad antes mencionada.

En definitiva, y de acuerdo al texto legal, los derechos que asistirán al acreedor en este caso serán: la posibilidad de solicitar el cumplimiento forzado, la resolución del contrato, y la indemnización de perjuicios. Como se ha sostenido a lo largo de este trabajo, y tal como fue desarrollado en el primer capítulo, la naturaleza jurídica de la entrega de la información es, a nuestro juicio, una obligación jurídica, entendida mayoritariamente como una obligación de hacer (y no un mero deber). Por lo mismo, y en atención a la integración antes mencionada, su incumplimiento detonará los efectos antes mencionados, permitiendo al acreedor ejercer las acciones aludidas, en la forma establecida en el artículo 1553 del Código Civil, vale decir, compeliendo a la ejecución forzada de la obligación por el deudor mismo, por un tercero a expensas del deudor, o derechamente, persiguiendo la responsabilidad civil emanada del incumplimiento. Ahora bien, parece ilógico pensar que el acreedor decida hacer uso de su “derecho primario”, es decir, solicitar el cumplimiento forzado de la obligación de informar, puesto que dicha acción no podrá, de forma alguna, reparar los daños ocasionados debido al desconocimiento de la información, siendo, por tanto, inútil esta acción para satisfacer el interés primario del acreedor, el cual en definitiva ya no puede ser satisfecho. Lo anterior se explica entendiendo que la información debió ser necesariamente entregada en forma perentoria y oportuna, debido a que la importancia del conocimiento de dicha información recaía en su uso precontractual, es decir, en la etapa anterior al perfeccionamiento del contrato, resultando inútil su conocimiento posterior. Por otra parte, la única forma que tiene el acreedor para enterarse de que el deudor no dio cumplimiento a la obligación de informar en forma oportuna es, que la información haya llegado a su conocimiento con posterioridad a la celebración del contrato, únicamente, mediante el suministro de un tercero, pues como se ha explicado con anterioridad, si el acreedor podía conocer o recabar la información mediante sus propios medios, la obligación de informar no habría nacido para el deudor, puesto que no está obligado a suplir la negligencia de su contraparte. En este punto, carecería de toda lógica que el acreedor forzara al deudor a suministrarle la información, puesto que el momento en el que le era útil ya ha pasado, y además, porque ya ha recibido la información por parte de un tercero. Por lo

anterior, el hecho de que el pago de esta obligación sea oportuno, como elemento comprendido dentro de la especificidad del pago, será vital respecto de esta obligación. El pago realizado en una época posterior al plazo perentorio no puede satisfacer, de forma alguna, el interés primario del acreedor. A mayor abundamiento, y sólo para efectos prácticos en cuanto a la al análisis fáctico del incumplimiento de la obligación de informar, y la inutilidad de cumplir la prestación en una época posterior a la contratación, so pena de ser inútil, y tal como se mencionó en el capítulo I de este trabajo, es posible analizar la prestación contenida desde la perspectiva de las abstenciones, es decir, bajo la óptica de una obligación de no hacer. En este punto, el hecho de tener que suministrar cierta información (obligación de hacer), puede entenderse también como la abstención de no suministrar información equivocada, falsa, inexacta o incompleta. Bajo esta perspectiva, si relacionamos esta situación con la naturaleza jurídica de la prestación de la obligación del deudor, podemos apreciar que, en el hecho, el incumplimiento de la obligación de informar produce los efectos señalados en el artículo 1555 del Código Civil, en relación al incumplimiento de una obligación de no hacer, cuando no es posible deshacer lo hecho, puesto que en definitiva, el efecto de haber omitido la información relevante en el momento específico en que era requerida, no puede deshacerse suministrando la información con posterioridad, debido a la inutilidad que el conocimiento posterior de ésta, supone para el acreedor.

Descartada la primera alternativa del acreedor, y desarrollando la línea argumentativa clásica de los efectos de las obligaciones, en la que la indemnización es accesoria a la resolución del contrato o al cumplimiento forzado<sup>194</sup>, entendemos que será posible entablar la acción resolutoria. Como se señaló, gracias a la integración contractual basada en la buena fe objetiva, el deudor ha incumplido las obligaciones emanadas del contrato, tal como lo recoge expresamente el artículo 1489 del Código Civil, operando la condición resolutoria tácita al “[...] no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado”<sup>195</sup>, cuyo efecto es la resolución contractual y por ende la extinción de las obligaciones, tal y como lo determina el artículo 1567 n°9 del Código Civil. Con todo, y continuando con la interpretación clásica, el acreedor podría no verse reparado en su totalidad mediante el ejercicio de las acciones mencionadas con anterioridad (acción de ejecución forzada y acción resolutoria). Así el

---

<sup>194</sup> Esta línea argumentativa es defendida por algunos autores como Arturo Alessandri Rodríguez, quien señala que “(...) como el artículo 1489 es una medida de equidad destinada a amparar al contratante, lo autoriza para pedir junto con la resolución o el cumplimiento del contrato, la correspondiente indemnización de perjuicios” (Ver en Alessandri Rodríguez, A. (1983). Derecho Civil-Teoría de las Obligaciones. Primera Parte, Bogotá-Colombia: ediciones librería del Profesional. P. 200.)

<sup>195</sup> Código Civil de la República de Chile, artículo 1489 inciso primero

legislador lo faculta para solicitar una indemnización de perjuicios, en forma accesoria a dichas acciones, siempre y cuando se cumplan los presupuestos de la responsabilidad civil contractual, a saber: incumplimiento contractual, factor de imputabilidad (culpa o dolo), daño, nexo causal, mora del deudor y ausencia de una causal de exoneración de responsabilidad.

No obstante lo anterior, y en contraposición con la doctrina clásica, se presenta un criterio doctrinario y jurisprudencial moderno, mediante el cual la Primera Sala de la Corte Suprema<sup>196</sup> se resolvió, en el caso “Zorin S.A con Compañía Siderúrgica Huachipato”<sup>197</sup>, a favor de la procedencia autónoma de la acción indemnizatoria, interponiendo el acreedor, en lo principal de la demanda, la acción indemnizatoria de forma independiente. En palabras de Hugo Cárdenas, este es “el primer caso en el que la Corte Suprema se pronuncia en favor de la autonomía de la acción, enfrentando propia y conscientemente el problema, es decir, resolviendo un caso que involucraba una obligación de dar”<sup>198</sup> <sup>199</sup>.

El objeto de la acción indemnizatoria es la reparación del daño sufrido a raíz del incumplimiento contractual, lo que no implica la necesidad de resolver el contrato. Esta doctrina nace considerando que en determinadas circunstancias, sólo la acción indemnizatoria repara el daño ocurrido al acreedor y, que, el ejercicio de la acción de ejecución forzada o de resolución del contrato le serían perjudiciales. Existen casos en que la solución clásica de resolver el contrato, junto a una indemnización de perjuicios, puede

---

<sup>196</sup> C. Suprema, 31 de octubre de 2012, Rol N° 3325-12.

<sup>197</sup> En Zorin S.A. con Cía. Siderúrgica Huachipato, esta última contactó a Zorin y ofreció venderle 1500 toneladas de rodillos de laminación que ya habían sido dados de baja por la primera. Zorin aceptó la oferta, pagando US\$267.750 a la siderúrgica. Para Zorin, lo fundamental para llevar a cabo la transacción era la composición química de los rodillos y, basado en la información que le entregó Siderúrgica Huachipato sobre esta, revendió estos a la empresa Trioriente Trade Inciso, de Estados Unidos en la suma de \$330.000. Un vez que se enviaron las primeras 58 toneladas, la empresa norteamericana informó a Zorin que los rodillos no correspondían a la composición química informada. Fue en ese momento que Zorin constató que, tanto lo enviado como lo que restaba por enviar, no contenía los niveles de níquel especificados por la siderúrgica, principal motivo para llevar a cabo la compra.

<sup>198</sup> Ahora bien, es necesario precisar que el reconocimiento de la acción indemnizatoria como acción principal (y autónoma), es un debate que se da sólo para las obligaciones de dar, pues respecto de las obligaciones de hacer, es el mismo Código Civil el que “resuelve” el asunto en su artículo 1553, dando la posibilidad de obtener, además de una indemnización moratoria, el cumplimiento forzado de la obligación por parte del deudor, , el cumplimiento forzado de la obligación por parte de un tercero (a expensas del deudor), o la indemnización que compense los perjuicios; derechos que pueden ejercerse de forma autónoma de acuerdo al precepto mencionado. Respecto de las obligaciones de no hacer, el Código reglamente su incumplimiento en el artículo 1555, señalando que, de ser posible, debe deshacerse lo hecho, o de lo contrario, dará lugar a una indemnización de perjuicios (sin perjuicio que en el primer caso también pueda ser procedente una indemnización de perjuicios, si el daño no es reparado sólo con deshacer lo hecho).

<sup>199</sup> Cárdenas, H. (2014). Sobre la autonomía de la Acción indemnizatoria. Reflexiones a propósito del caso “Zorin con Cía. Siderúrgica Huachipato 2012”. *Revista de Derecho, Escuela de Posgrado*, (5), 377-386. (p. 379).

resultar insuficiente para satisfacer el interés del acreedor, que no busca terminar el contrato, pero sí obtener una compensación por su inobservancia.<sup>200</sup>

La doctrina moderna argumenta además, que los principios contenidos en las disposiciones 1553 y 1555 del Código Civil, en los cuales se contempla la posibilidad de demandar autónomamente, debiesen ser de aplicación general, y que el texto expreso del artículo 1489, analizado con anterioridad, no refleja necesariamente la aplicación de las obligaciones de dar, sino un efecto propio de todo contrato bilateral. Con todo, y en atención al análisis que hemos hecho respecto a la prestación que se ve involucrada en la obligación de informar, el incumplimiento contractual de ésta puede ser abordado tanto desde la perspectiva de las obligaciones de dar, de hacer e incluso, de las de no hacer, haciendo aplicables las disposiciones mencionadas, y permitiendo, en base a un desarrollo jurisprudencial y doctrinario, el ejercicio autónomo de la acción indemnizatoria.

Ahora bien, a raíz del criterio de la justicia correctiva<sup>201</sup>, predominante en el marco de la responsabilidad civil, se ha establecido que la responsabilidad persigue, por regla general, un fin reparatorio<sup>202</sup>. La indemnización de perjuicios, ya sea moratoria compensatoria, comprende el daño emergente y el lucro cesante, es decir, los daños materiales<sup>203</sup>, de acuerdo a lo señalado por el artículo 1556 del Código Civil. Considerando que el fin de la indemnización es reparatorio, su objetivo será restablecer el *status quo* existente antes de la

---

<sup>200</sup> Asimismo, como lo recoge Hugo Cárdenas en su estudio de la indemnización autónoma, a propósito del caso Zorin, la doctrina ha recogido diversos argumentos para abogar por el reconocimiento de la acción indemnizatoria como una de tipo principal y autónoma. Entre ellos, podemos enumerar los siguientes: (i) La no especificación del artículo 1489 del Código Civil sobre si la indemnización de los perjuicios de una de tipo autónomo o complementaria, por lo que este vacío legal debiese hacerse una interpretación armónica del Código Civil y el resto de sus disposiciones, observando la regulación en el artículo 1553 y 1555 del mismo cuerpo normativo; (ii) Para ciertos casos, el único remedio posible es la indemnización de perjuicios; (iii) El estudio de la Convención de Viena, junto a los artículos 1553 y 1555 demuestran que existe un derecho de opción para el acreedor disconforme a elegir entre diversos remedios para el caso de incumplimiento de la obligación; (iv) la indemnización tiene base en el incumplimiento contractual y no en el cumplimiento forzoso de este; (v) Si el objetivo de la indemnización es la reparación integral, esta sólo puede ser alcanzada al otorgársele a la indemnización el carácter de autónoma ("Zorin con Cia. Siderúrgica Huachipato 2012". Revista de Derecho, Escuela de Posgrado, (5), pp. 379-380)

<sup>201</sup> Puede entenderse como aquella que busca reponer la igualdad que se ha quebrantado en una situación, saneando una conducta antijurídica. La idea es tratada por Aristóteles, en su obra *Ética a Nicómaco*, en el libro V, capítulo III. (Ver en Aristóteles, A., & María, M. (1970). *Ética a Nicómaco*.)

<sup>202</sup> En contraposición con la finalidad sancionatoria, propia de la justicia retributiva. Se ha señalado que es posible encontrar este matiz en la institución de los "daños punitivos", propios del *common law*, o en la indemnización de perjuicios por daños morales dentro del derecho nacional. Sin perjuicio de lo anterior, la doctrina no es pacífica en este aspecto, puesto que es posible enmarcar la indemnización de perjuicios por daños morales dentro de la justicia correctiva, si consideramos que contempla una satisfacción de reemplazo al interés jurídico vulnerado.

<sup>203</sup> No obstante, a partir de la década de 1960, es posible encontrar jurisprudencia que sostiene que el daño moral también forma parte de la indemnización de perjuicios por un incumplimiento contractual. Sin perjuicio de esto, y como se mencionó, el fin de la indemnización por daños morales es distinto, sancionatorio, y propio de la justicia retributiva, toda vez que pretende castigar y desincentivar una conducta determinada, en virtud del reproche social y jurídico que ella conlleva.



ocasión del daño, que se ha roto debido a una ilegalidad. Ahora bien, en atención con lo establecido por el artículo 1558 del Código Civil, es posible concluir que existe una diferencia importante en relación con el factor de imputabilidad que ha motivado el incumplimiento de la obligación de informar, toda vez que el incumplimiento negligente permitirá al acreedor demandar la indemnización por los perjuicios que se previeron, o debieron preverse al momento de la celebración del contrato. Por otra parte, si la omisión de la información es dolosa, operará un agravante de responsabilidad que dará al acreedor el derecho a demandar, además, los daños imprevistos, siempre y cuando éstos sean una consecuencia directa del incumplimiento.

Determinada la existencia de responsabilidad contractual, y habiendo distinguido las posibilidades de accionar que de ello derivan, debemos analizar los efectos que la declaración de resolución pueden generar, si es que el acreedor decide ejercerla.

En primera instancia, se ha señalado que la resolución va acompañada de una suerte de efecto retroactivo, dando derecho a las partes a volver al estado anterior al que se encontraban antes de la declaración de resolución. Esto puede desprenderse del artículo 1487 al señalar que “Cumplida la condición resolutoria, deberá restituirse lo que se hubiere recibido bajo tal condición [...]”. Sin embargo, a pesar de efecto retroactivo que se le atribuye a la resolución, se produce una diferencia respecto a otras sanciones de ineficacia, como la nulidad<sup>204</sup>, puesto que las prestaciones mutuas que deberán hacer las partes se encuentran atenuadas por algunos preceptos del Código Civil, como por ejemplo, los artículos 1486<sup>205</sup> y 1488<sup>206</sup>. A partir de estas normas, es posible concluir que los efectos entre las partes no siempre serán absolutos, puesto que existen circunstancias que pueden modificar las prestaciones recíprocas, en atención a factores como el tiempo en el que la cosa produce sus frutos, el tipo de posesión que se tiene sobre la cosa o la culpa del deudor que en ese momento se encontraba en posesión de ella. Respecto a terceros, la resolución produce la acción reivindicatoria y, por ende, la posibilidad de perseguir la cosa en manos de quien se encuentre, siempre y cuando se cumplan los presupuestos establecidos en los

---

<sup>204</sup> Cuya distinción se tratará en el subtítulo 3.2 de este capítulo

<sup>205</sup> Art 1486 inciso segundo: Si la cosa existe al tiempo de cumplirse la condición, se debe en el estado en que se encuentre, aprovechándose el acreedor de los aumentos o mejoras que haya recibido la cosa, sin estar obligado a dar más por ella, y sufriendo su deterioro o disminución, sin derecho alguno a que se le rebaje el precio; salvo que el deterioro o disminución proceda de culpa del deudor; en cuyo caso el acreedor podrá pedir o que se rescinda el contrato o que se le entregue la cosa, y además de lo uno o lo otro tendrá derecho a indemnización de perjuicios.

<sup>206</sup> Art. 1488. Verificada una condición resolutoria, no se deberán los frutos percibidos en el tiempo intermedio, salvo que la ley, el testador, el donante o los contratantes, según los varios casos, hayan dispuesto lo contrario.

artículos 1490 y 1491 del Código Civil. De esta manera, un contrato resuelto en virtud de la infracción a la obligación de informar dará derecho a perseguir una cosa mueble en manos de terceros de mala fe, y si es un inmueble, otorgará dicha posibilidad en la medida en que la condición resolutoria conste en el título, celebrado por escritura pública e inscrito en el Conservador de Bienes raíces. Así, la condición resolutoria tácita, detonada a propósito de la infracción a la obligación de informar, integrada en el contrato mediante la aplicación del principio de la buena fe objetiva, tendrá consecuencias respecto a las partes directas, y eventualmente, respecto a un tercero que haya adquirido derechos sobre el bien con posterioridad.

En el caso en que lo buscado sea sólo una indemnización por la inobservancia del contrato, no será necesario el estudio respecto de los efectos sobre terceros, pues en este caso, la determinación de la responsabilidad tendrá efectos sólo entre los contratantes.

### **3.3.2.- Si el contrato no se celebra**

#### **A) Responsabilidad precontractual**

La existencia de diversas obligaciones emanadas de la buena fe en las distintas etapas de la contratación es sostenida por autores como Jorge López Santa María, quien esgrimió la posibilidad de encontrar obligaciones pre y post contractuales, entendiendo en el primer caso que, al no existir contrato, no pueden emanar entonces, obligaciones contractuales ni responsabilidad civil contractual a raíz del incumplimiento de ellas. A modo ejemplificador, podemos señalar que cada contratante está obligado a presentar las cosas como realmente son, el deber de advertir que no se está en posición de celebrar un contrato, negociar con intenciones serias de arribar a buen puerto, morigerar los perjuicios y gastos de la contraparte, etc. El autor expresa estas obligaciones precontractuales señalando que “Durante la fase precontractual, que a veces antecede al instante de la conclusión de los contratos la buena fe exige que cada uno de los negociadores presente las cosas conforme a la realidad. La actitud exigida es la de abstenerse de hacer afirmaciones inexactas o falsas, así como igualmente de un silencio o reticencia que pueda conducir a una equivocada representación de los elementos subjetivos u objetivos del contrato que se vislumbra”<sup>207</sup>. En relación con la obligación objeto de este trabajo el autor afirma que “La información de buena fe exige, por ejemplo, respecto a los sujetos, que no se

---

<sup>207</sup> López Santa María, J. (1986). Los contratos (Parte General), Editorial Jurídica de Chile. Santiago., p. 295.

incurra en inexactitudes sobre la solvencia de los negociadores, sobre su salud mental, sobre sus aptitudes laborales o destrezas técnicas o artísticas según los casos”<sup>208</sup>.

De todas formas, la naturaleza de la responsabilidad precontractual no es pacífica entre la doctrina, puesto que hay ciertas características de ésta que son similares a la responsabilidad contractual<sup>209</sup>. En palabras de Enrique Barros, en el primer caso “no se trata de deberes de cuidado que se tienen con respecto de extraños absolutos, sino de quienes han sido invitados a contratar y con quienes se negocia actualmente un contrato”<sup>210</sup>. A pesar de esta similitud con la responsabilidad contractual y disparidad con la responsabilidad extracontractual, el autor sostiene que la inobservancia en el comportamiento leal y recto en la etapa precontractual supone una hipótesis de hecho imputable clasificable en la categoría de la omisión en la acción, siendo perfectamente aplicable la responsabilidad extracontractual una vez que el hecho de negociar (acción) ha sido dominado por la omisión de las prácticas imperadas por la buena fe contractual. De esta forma, una vez configurado el “hecho” que da inicio al juicio normativo destinado a atribuir responsabilidad al actor, debemos analizar, para los efectos de este trabajo, el factor de imputabilidad del hecho.

Aún con la disyuntiva en relación con la naturaleza jurídica de la responsabilidad precontractual, el profesor Jorge López Santa María resume los efectos de la conducta dolosa en las tratativas preliminares, señalando que “(...) la violación de algunos de los deberes susodichos [como presentar las cosas como realmente son, el deber de advertir que no se está en posición de celebrar un contrato, negociar con intenciones serias de arribar a buen puerto, morigerar los perjuicios y gastos de la contraparte] puede configurar dolo en la conclusión del contrato, siendo entonces aplicable el artículo 1458 del Código Civil, ya sea en cuanto permite la anulabilidad o rescisión del contrato o en cuanto autoriza una acción indemnizatoria”<sup>211</sup>, afirmando las posiciones analizadas con anterioridad. Pero la riqueza normativa de la buena fe en los tratos preliminares radica en la necesidad de concluir que, aun sin dolo, toda vez que se violan negligentemente los deberes de información, ha de remediarse lo hecho a través de una indemnización por culpa *in contrahendo*”.

---

<sup>208</sup> Ibid. Pp. 296.

<sup>209</sup> Entre estas podría nombrarse la existencia de una víctima determinada, debido a los efectos relativos del contrato, a diferencia de la responsabilidad extracontractual, en la que cualquier individuo de la sociedad es una potencial víctima de otro, en caso en que se demuestre que existe un acto u omisión imputable a una persona, que ha generado daños a otro individuo cualquiera.

<sup>210</sup> Barros B., E, "Tratado de Responsabilidad extracontractual", Primera edición, Año 2007, p. 1004.

<sup>211</sup> López Santa María, J. (1986). Los contratos (Parte General), Editorial Jurídica de Chile. Santiago., p. 296.

## B) Responsabilidad extracontractual

Gran parte de los autores nacionales sostienen que la naturaleza de la responsabilidad precontractual es extracontractual. Enrique Barros trata el tema en su *Tratado de responsabilidad extracontractual*, donde inicia su análisis argumentando en base al tenor literal del artículo 1545 del Código Civil. Según el precepto, sin mediar consentimiento entre las partes, no nacerá para ellas un contrato que las obligue con la misma fuerza de una ley. De esta manera, Barros considera que en la etapa precontractual, y dentro de esta, en la etapa de negociación o tratativas preliminares, existen obligaciones emanadas de la buena fe objetiva que, si bien pueden ser infringidas, no generan responsabilidad contractual en atención a la inexistencia, o a la existencia posterior y eventual, del vínculo contractual.

El tenor literal parece indicar que, de no existir contratos preparatorios o *acuerdos en principio*, como los denomina el autor, los deberes que deben observar los futuros contratantes emanan propiamente de la ley o del derecho civil general, y no de una convención en particular. La situación cambia radicalmente si las partes celebran contratos preparatorios con el fin de allanar el camino de un contrato posterior. Una situación donde lo anterior se aprecia claramente es en la celebración de un contrato de promesa. Un caso un poco más complejo es el que podemos observar ante la suscripción de un *memorandum of understanding* (en adelante, MoU) o una *letter of intent*, en caso de exista un intención de obligarse, pero las negociaciones se encuentren en una etapa previa.

Estas hipótesis son distintas: el contrato de promesa seguirá la fuerza obligatoria del artículo 1545 del Código Civil, y por ello las obligaciones que deban respetarse en la negociación del contrato definitivo serán regidas por el contenido que ya ha sido aprobado por ambos contratantes. La infracción de este contrato será sancionada, por ende, con la responsabilidad contractual a raíz del incumplimiento del contrato preparatorio. Para el caso de un MoU o una *letter of intent*, su inobservancia se regirá por lo dispuesto por las partes al momento de su celebración y, asimismo, por las reglas generales supletorias de nuestro ordenamiento jurídico.

Sin embargo, de no existir esta circunstancia excepcional en la que existe un vínculo contractual previo, la naturaleza de la infracción es extracontractual<sup>212</sup>. Aumenta la solidez de esta postura al analizar el tenor literal del artículo 1546 del Código Civil, puesto que el

---

<sup>212</sup> Si bien el contrato de promesa obliga, en el evento de cumplirse el plazo o condición contenido en este, a la celebración de un contrato posterior, no ocurre lo mismo con una *letter of intent* o con un MoU, los cuales no obligan a la celebración de un posterior, salvo que así se estipule en su contenido.

término *ejecución* utilizado en la norma parece incurrir en una impropiedad. Un análisis de sintaxis supone que este principio general de la contratación sólo tendría aplicación en la etapa de la ejecución, en la cual se generan los efectos del contrato previamente celebrado (etapa que estaría antecedida por la celebración del contrato). De todas formas, la opinión pacífica en doctrina es opuesta a lo señalado, toda vez que se sostiene que el principio de buena fe objetiva es transversal a todas las etapas de la contratación. Esto quiere decir que el contrato no sólo debe ejecutarse leal y rectamente, sino además proponerse, discutirse, celebrarse e incluso cobijarse de forma posterior a su ejecución y terminación, observando la misma conducta.

Como es sabido, en la responsabilidad civil existen dos factores de imputabilidad del hecho al deudor: la culpa, y el dolo. Para efectos del análisis ya realizado a propósito de la responsabilidad contractual, es absolutamente relevante la determinación del factor de imputabilidad, puesto que el legislador atribuye un reproche generalizado mayor al dolo que a la culpa, tal y como lo señala el artículo 1558 del Código Civil. En el caso de la responsabilidad extracontractual, se ha sostenido tanto por la doctrina clásica (Alessandri) como por la moderna (Barros) que el artículo en cuestión no tiene aplicación, aunque los argumentos que conllevan a la misma conclusión sean divergentes. La primera, basa su argumento en el tenor literal del artículo 2329<sup>213</sup> del mismo cuerpo normativo, que en su aplicación literal argumenta la postura clásica de que la reparación en materia extracontractual será siempre integral, es decir, comprenderá los daños directos, independientes de si éstos son previstos o imprevistos, excluyendo entonces, sólo aquellos daños indirectos, al no haber un nexo de causalidad entre éstos y el hecho culposo o doloso.

Por otra parte, la doctrina moderna encabezada por el profesor Barros, ha sostenido que la disposición relativa al tipo de daño indemnizable frente a un incumplimiento contractual no tiene aplicación en materia de responsabilidad civil extracontractual, debido a que el factor “previsibilidad de los daños” juega un rol preponderante en sede de culpabilidad. De esta forma, si el estándar de diligencia construido por el juez (por regla general) está basado en la observancia que habría sostenido un buen padre de familia, no

---

<sup>213</sup> Artículo 2329 del Código Civil: “Por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona, debe ser reparado por esta. Son especialmente obligados a esta reparación: 1.º El que dispara imprudentemente un arma de fuego; 2.º El que remueve las losas de una acequia o cañería en calle o camino, sin las precauciones necesarias para que no caigan los que por allí transitan de día o de noche; 3.º El que, obligado a la construcción o reparación de un acueducto o puente que atraviesa un camino lo tiene en estado de causar daño a los que transitan por él”.

sería lógico sostener que se puede ser culpable de los daños imprevistos, puesto que el actuar de un hombre razonable no contemplaría las medidas tendientes a la mitigación de estos daños, al no haber habérselos considerado dentro de las variables que manejó (el hombre prudente) al momento de la realización del hecho.

De esta forma, y en contraste con la hipótesis de responsabilidad contractual planteada en el subtítulo anterior, como consecuencia de la infracción de la obligación precontractual de informar, la reparación de los daños quedará restringida a la indemnización por los daños materiales directos y previstos, que puede ser menor que la que otorgada en sede contractual, en el caso de poder probar el dolo como agravante de la responsabilidad, tal como lo señala el artículo 1558 del Código Civil. Esto, si circunscribimos nuestra exposición en la aplicación de la teoría moderna, de amplia acogida en la jurisprudencia nacional actual.

No obstante la desventaja señalada, la jurisprudencia nacional ha adoptado un criterio particular en esta materia, puesto que no ha podido evitar caer en una situación de injusticia jurídica, la que se produce como efecto de la aplicación absoluta de la doctrina moderna de Barros, a saber, que tanto la reparación a la que será condenada una persona que incurre en un ilícito civil contemplará siempre los mismos tipos de daños, pudiendo ser la misma aunque varíe el factor de imputabilidad. En definitiva, el tribunal llegaría al absurdo de condenar a una persona a una determinada indemnización, independiente de si la víctima ha probado la negligencia o el dolo como factor de atribución de responsabilidad. Al basarse netamente en el criterio de la previsibilidad, una persona a la que le ha sido imputado un delito civil, es decir, un hecho ilícito cometido con la intención de dañar a otro, debiese ser condenada por el mismo monto que una persona que ha sido condenada por un hecho cuasi delictual. A modo de solución *ad-hoc*, los tribunales han resuelto utilizar un criterio particular en la determinación cuántica de la indemnización que recibe una persona por concepto de daño moral. De esta forma, y debido a que se ha sostenido que el daño moral sólo debe ser acreditado en cuanto a la lesión del interés extrapatrimonial vulnerado, y no en cuanto a su monto, es el mismo tribunal el que aplicando una figura similar a los “daños punitivos” propios del derecho anglosajón, incrementa el monto de la indemnización por este tipo de daño extrapatrimonial, cuando el ilícito civil ha sido cometido de forma dolosa.

### 3.3.3.- El contrato se anula. Nulidad y Responsabilidad.

Analizada la responsabilidad civil emanada de la infracción a la obligación de informar, resulta pertinente establecer las ventajas que posee esta sanción civil por sobre la sanción de nulidad que pudiera caer sobre el acto en cuestión<sup>214</sup>. Un primer foco de análisis versa sobre el hecho de que los efectos producidos por la nulidad no siempre darán lugar a una reparación completa de los daños sufridos por la víctima, puesto que una reparación indemnizatoria no forma parte de las prestaciones mutuas a las que da lugar la nulidad. De todas formas, la ventaja de la responsabilidad civil no se agota allí, puesto que la existencia de esta sanción (muchas veces, adicional a la nulidad) implica un mecanismo de control de la conducta observable en la etapa precontractual, derivado en una suerte de incentivo a la conducta diligente y leal de los futuros contratantes. Es importante destacar que, de no hacer operable la responsabilidad civil por la infracción de la obligación de informar, los contratantes quedarían en numerosas ocasiones en una situación de indefensión, en la medida en que la prueba de un vicio del consentimiento suele ser compleja en un juicio, sin mencionar que existen casos en los que el vicio, a pesar de existir, no da lugar a la acción de nulidad correspondiente, por lo que el contrato no puede ser rescindido<sup>215</sup>.

Sin perjuicio del análisis de la responsabilidad contractual o extracontractual que pudiera derivar del incumplimiento de la obligación objeto de este trabajo, es importante destacar que, si bien es posible la acción indemnizatoria en ambos casos, la existencia e imposición de esta necesidad tiene un objetivo diverso al fin mayoritariamente reparatorio<sup>216</sup> buscado por la responsabilidad civil. La responsabilidad siempre será una sanción que tendrá lugar una vez que la parte ha incurrido en la conducta sancionable. La obligación de informar por otra parte, apunta al escenario *ex ante*, es decir que, tal como lo hemos presentado a lo largo de este trabajo, lo que se espera lograr es proteger a las

---

<sup>214</sup> La indemnización de perjuicios y la nulidad pueden concurrir de forma conjunta. Esto sucedería en el caso de asumir que la responsabilidad es de carácter extracontractual, considerando que el efecto de la nulidad tiene un carácter retroactivo, por lo que entre las partes se entendería no haber existido el acto jamás. Así, se establecería la responsabilidad civil por un ilícito delictual o cuasi delictual y no por las infracciones contractuales. Si este acto nunca existió, no es correcto hablar de obligaciones contractuales incumplidas.

<sup>215</sup> Tal sería el caso, por ejemplo, del dolo incidental en el que según la aplicación estricta de las normas del Código Civil no habría lugar a la rescisión del acto, como también sucedería en el caso de que efectivamente existiera dolo, pero este no hubiese sido fraguado por la contraria, en cuyo caso sólo daría lugar a la acción indemnizatoria, la que, de ejercerse contra la parte contraria, sólo permitiría demandar de forma parcial la reparación, puesto que esta abarcaría simplemente el beneficio que la contraria ha obtenido

<sup>216</sup> Se señala "mayoritariamente" reparatorio debido a que en determinados casos, la responsabilidad civil, a través de su materialidad indemnización de perjuicios puede buscar fines diversos, como por ejemplo, lo sería la compensación que puede obtenerse a través de una sentencia condenatoria que obliga a indemnizar los daños morales sufridos por una persona.

partes del negocio jurídico de forma preventiva, con el objetivo de evitar que se generen efectos civiles con posterioridad, contrarrestando de antemano la asimetría informativa que inquieta a la parte débil de la relación contractual. De esta forma, en palabras del profesor Gabriel Hernández, “las reglas sobre el incumplimiento de las obligaciones no resultan suficientes para proteger a la parte débil de la relación, porque sólo implican la satisfacción *a posteriori* del interés patrimonial en la prestación”<sup>217</sup>. Ello, debido a que el ámbito de aplicación de estas normas aparece una vez que se ha cometido la infracción, siendo insuficientes para el propósito que tiene justamente la obligación precontractual, a saber, la correcta formación del consentimiento contractual, operando de manera más efectiva, previniendo la infracción.

---

<sup>217</sup> Hernández Paulsen, G. “La obligación precontractual de la entidad de crédito de informar al cliente en los servicios bancarios y de inversión”, Editorial Marcial Pons, 2014, p. 49.



## Conclusiones

Si bien no ha sido objeto de este trabajo el dilucidar la totalidad de las interrogantes respecto de los deberes precontractuales de informar, durante el desarrollo de éste hemos podido establecer que es efectiva la existencia de una obligación general de informar en el Derecho Privado. Ya sea que emane de disposiciones específicas determinadas, o través del principio de la buena fe en tanto puede ser considerado como fuente de las obligaciones, hemos determinado la existencia de esta obligación generalmente atípica en la mayoría de los casos, salvo determinadas excepciones, como el hecho de que uno de los contratantes no manejaba la información debido a su propia negligencia. Asimismo, hemos podido determinar que, frecuentemente, será actividad del juez dilucidar tal obligación atípica (por regla general), en aplicación de principio de la buena fe y otras disposiciones varias.

En el Capítulo I se analizó la naturaleza jurídica del deber de informar y la importancia de la distinción entre lo que se entiende por un mero deber, y una obligación. Se ha concluido en este trabajo, que la entrega de la información supone una obligación civil perfecta, en tanto su incumplimiento genera consecuencias patrimoniales y permite al acreedor ejercer determinadas acciones en contra del deudor incumplidor, analizadas en profundidad en el capítulo III. Se ha confirmado, por tanto, la tesis en cuanto la existencia del deber de informar como una obligación precontractual, y no meramente, como un deber jurídico. En dicho contexto, se señaló que el deber de informar es una obligación de objeto múltiple, con obligaciones de hacer y no hacer involucradas. Asimismo, se explicó la diferencia entre deberes de informar típicos y atípicos y las implicancias que de dicha distinción se derivan. Todavía en el Capítulo I, se estudiaron los principios generales de la legislación involucrados, entre ellos, la igualdad entre las partes; la asimetría informativa; la buena fe, y; la libertad contractual, sin los cuales no puede entenderse la existencia del deber de informar. Por último, el desarrollo del Capítulo I también abordó el tratamiento de algunos ordenamientos comparados sobre los deberes precontractuales de información. En dicho contexto, se hizo un análisis a éstos desde sus antecedentes en el derecho romano hasta su regulación en la actualidad, entre los cuales se revisó la legislación del derecho inglés de los contratos y el derecho contractual europeo. Asimismo, se analizó la regulación del deber de informar en el *soft law*, dentro del cual se estudiaron los *Principles of European Contract Law*, los Principios UNIDRIOT y el *Draft Common Frame of*

*Reference*, las que, a nuestro juicio, suponen las fuentes más importantes de regulación del deber de informar en el *soft law*, sin perjuicio de haberse revisado otras.

En el desarrollo del Capítulo II se hizo un estudio tanto de los deberes típicos de informar, como un análisis positivo de la obligación de informar en leyes especiales. Sobre el primero de los puntos, se sostuvo que los deberes típicos de informar son una corrección legislativa emanada del principio de la buena fe en las negociaciones precontractuales. A mayor abundamiento, se enfatizó en que los deberes típicos de informar responden a asimetrías de información que ponen a las partes en circunstancias de desigualdad que hacen compleja una contratación en plenitud de condiciones que faciliten una contratación informada y, en consecuencia, libre. Por su parte, el análisis positivo se centró en dos leyes: i) La ley de protección de los derechos de los consumidores (Ley N° 19.496), y; ii) La ley de derechos y deberes de los pacientes (Ley N° 20.584). El método de análisis de dichos deberes típicos fue el estudio tanto de sus requisitos desagregados en características, contenido, y medios de transmisión de la información, como respecto de las implicancias que pudiese tener el incumplimiento de la obligación de informar.

Por su parte, en el Capítulo III se analizaron las distintas sanciones aplicables para el caso de la inobservancia de una obligación precontractual de informar. En dicho contexto, se analizó la posibilidad de imputar responsabilidad a aquella parte que incumple, y se hizo tanto desde la óptica de la responsabilidad contractual como desde la extracontractual, observando los diversos requisitos para la concreción de cada una de ellas. Asimismo, se estudió la posibilidad de obtener la nulidad del contrato, ya sea una nulidad absoluta o relativa, atendiendo fundamentalmente al interés tutelado en cada uno de los casos. Se analizaron también los diversos tipos de remedios que la ley otorga para el caso de la existencia de los deberes típicos revisados en el Capítulo II. Finalmente, en este último capítulo se concluyó que, en el caso en que el legislador no imponga una sanción específica ante el incumplimiento de un deber típico de informar, no es posible hablar de una sanción única para el incumplimiento de una obligación de informar. En estas ocasiones, la vía de acción en miras a remediar tal incumplimiento, deberá ser determinada por cada parte al momento de evaluar una estrategia jurídica, considerando las ventajas y desventajas de cada una de éstas.

## Bibliografía

### A) Obras consultadas

1. ABELIUK MANASEVICH, R. (1993). Las obligaciones, Tomo I, Editorial jurídica de Chile, Tercera edición, Inscripción N° 85.833.
2. AGUADO, J. L. (1996). El deber de información en la formación de los contratos. Marcial Pons.
3. ARISTÓTELES, A., & María, M. (1970). Ética à nicômaco.
4. ALESSANDRI RODRIGUEZ, A. (2004): De los Contratos. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 223p.
5. ALESSANDRI RODRIGUEZ, A. (1993), De la Responsabilidad extracontractual en el Derecho Civil chileno, Tomo I.
6. ALESSANDRI RODRÍGUEZ, A. (1983). Derecho Civil-Teoría de las Obligaciones. Primera Parte, Bogotá–Colombia: ediciones librería del Profesional.
7. ALESSANDRI, A., SOMARRIVA, M., & VODANOVIC, A. (1998). Tratado de derecho civil. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, Chile.
8. ALOY, A. V. (2013). El "Soft law" europeo en la jurisprudencia española: doce casos. *Ars Iuris Salmanticensis: AIS: revista europea e iberoamericana de pensamiento y análisis de derecho, ciencia política y criminología*, 1(1).
9. BARAONA GONZÁLEZ, J. (2014). La regulación contenida en la ley 19.496 sobre protección de los derechos de los consumidores y las reglas del código civil y comercial sobre contratos: un marco comparativo. *Revista chilena de derecho*, 41(2), 381-408.
10. BARRIENTOS ZAMORANO, M (2012). Culpa in Contrahendo en mutuo hipotecario, *Revista Chilena de Derecho*, Vol 39, N°3 pág.829-847.
11. BARRIENTOS, M. (2008). Daños por tratos preliminares en el Código Civil. *La Semana Jurídica*, 380, 4.
12. BARRIENTOS, M. (2013). Artículo 14. En *La protección de los derechos de los consumidores (1219)*. Santiago, Chile: Thomson Reuters.
13. BARROS B., E, *Tratado de Responsabilidad extracontractual*, Primera edición, Año 2007.
14. BOETSCH GILLET, C. (2011). *La buena fe contractual*". Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 220p.
15. CABANILLAS, A. (1993). *Obligaciones de actividad y de resultado*. Editorial JM Boch, Barcelona.

16. CALLE, E. G. (1994). Los deberes precontractuales de información. La Ley. Grupo Wolters Kluwer.
17. CÁRDENAS, H. (2014). Sobre la autonomía de la Acción indemnizatoria. Reflexiones a propósito del caso "Zorin con Cia. Siderúrgica Huachipato 2012". Revista de Derecho, Escuela de Posgrado, (5), 377-386.
18. CLARO SOLAR, L (1979). Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado. Santiago, Editorial Jurídica, Vol VI
19. CONTARDO G., J.I. (2013). Artículo 1 N°3° E). En La protección de los derechos de los consumidores (1219). Santiago, Chile: Thomson Reuters. Corral Talciani, H. (2006). La responsabilidad por incumplimiento y por productos peligrosos en la ley de protección de los derechos de los consumidores. Baraona, Jorge-Lagos, Osvaldo Cuadernos de extensión Jurídica, XII: La protección de los derechos de los consumidores en Chile. Aspectos sustantivos y procesales luego de la reforma contenida en la Ley, (19.955).
20. DÍEZ-PICAZO, L. (1996). Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Tomo I.
21. DE LA MAZA G., I. (2008). Buena fe, el reverso de la moneda. A propósito del dolo por omisión y el deber precontractual de informar. Revista Chilena de Derecho Privado, (11), 43-72.
22. DE LA MAZA G., I. (2009). Los límites del deber precontractual de información (Doctoral dissertation, Universidad Autónoma de Madrid). pp. 61-62
23. DE LA MAZA G., I. (2010). Tipicidad y atipicidad de los deberes precontractuales de información. Revista de derecho (Valparaíso), (34), 75-99.
24. DE LA MAZA G., I. (2010). El suministro de información como técnica de protección de los consumidores: los deberes precontractuales de información. Revista de derecho (Coquimbo), 17(2).
25. DE LA MAZA G., I. (2013). Artículo 1 N°3. En La protección de los derechos de los consumidores (1219). Santiago, Chile: Thomson Reuters.
26. DE LA MAZA G., I. (2013). Artículo 28. En La protección de los derechos de los consumidores (1219). Santiago, Chile: Thomson Reuters.
27. DOMÍNGUEZ, R. (2002). Nulidad absoluta, necesidad de acreditar el interés patrimonial y actual en su declaración. Momento en el que ha de existir. . Revista de Derecho Universitaria de Concepción, 211.
28. FABRE-MAGNAN, M. (1992). De l'obligation d'information dans les contrats: essai d'une théorie (Vol. 221). Librairie générale de droit et de jurisprudence.
29. FRIED, C. (1996). La obligación contractual. El contrato como promesa. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 220p.
30. FUELLO LANERI, F. (2004). Cumplimiento e incumplimiento de las obligaciones, Editorial jurídica de Chile, Tercera edición, inscripción N° 140.728.

31. FUELLO LANERI, Fernando (1990). Instituciones del derecho civil moderno, Editorial jurídica de Chile, Primera edición., inscripción N° 73.094.
32. GALÁN, J. C. (1999). La responsabilidad médica y el consentimiento informado. Rev Med Uruguay, 15(1).
33. HERNÁNDEZ P., G. (2014). La obligación precontractual de la entidad de crédito de informar al cliente en los servicios bancarios y de inversión. Barcelona: Marcial Pons.
34. IHERING, R. (1893). De la culpa in contrahendo ou des dommages—interdi dans le conventions nulls ou restées imparfaites. Ouvres choisis de R. von Ihering, 2.
35. ISLAS-SAUCILLO, M. & MUÑOZ, H. (2000). El consentimiento informado. Aspectos bioéticos. Revista Médica del Hospital General de México, 63, 267-273.
36. ISLER S, E. (2013). Artículo 30. En La protección de los derechos de los consumidores (1219). Santiago, Chile: Thomson Reuters.
37. ISLER S, E. (2013). Artículo 58. En La protección de los derechos de los consumidores (1219). Santiago, Chile: Thomson Reuters.
38. JOURDAIN, P. (1983). Le devoir de “se” renseigner. *Le devoir de'se'renseigner*.
39. LAGOS V., O. (2013). Artículo 35. En La protección de los derechos de los consumidores (1219). Santiago, Chile: Thomson Reuters.
40. LARROUMET, C. (2003). Droit Civil. Les obligations. Le contrat. Tomo III, 5. ° ed. Economica, Paris.
41. LÓPEZ SANTA MARÍA, J. (1986). Los contratos (Parte General), Editorial Jurídica de Chile. Santiago.
42. LUKES, S. (1975). El individualismo, Barcelona. Península, 18.
43. MORALES MORENO., A. M. (1988). El error en los contratos. Aranzadi, Madrid.
44. MONSALVE CABALLERO, V. (2008). Consideraciones actuales sobre la obligación precontractual de información: Una perspectiva europea. Vniversitas, 12, 52.
45. MONSALVE CABALLERO, V. (2008). La ruptura injustificada de los tratos preliminares. P
46. OYANDER DAVIES, Patricio (2004). Comportamiento contractual de buena fe. ¿Impone la buena fe deberes de conducta?, En revista “Actualidad Jurídica”, n°10, Pp.287 -291.
47. PEÑAILILLO ARÉVALO, D. (1993). La apreciación de la buena fe. Revista de Derecho de la Universidad Católica de la Santísima Concepción, 2(1): 69-78.
48. PEÑAILILLO, D. (2003). Obligaciones: teoría general y clasificaciones; la resolución por incumplimiento. Editorial Jurídica de Chile.

49. PINO EMHART, A. (2014). Una aproximación continental al Derecho inglés de los contratos. *Revista chilena de derecho privado*, (22), 233-253.
50. PIZARRO WILSON, C. (2004). Buena fe. Responsabilidad precontractual. Responsabilidad extracontractual. *Revista Chilena de Derecho Privado* (3): 163-167.
51. POTHIER, R. J. (1839). *Tratado de las obligaciones*. F. Roger.
52. RUBIO, M. P. G. (1991). La responsabilidad precontractual en el Derecho español. *Tecnos*. Pp. 43-58.
53. RUBIO, M. P. G., & Crespo, M. O. (2010). La responsabilidad precontractual en el Derecho contractual europeo. *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, (2), 3.
54. SEGADE, J. A. G. (1980). Notas sobre el derecho de información del consumidor. *Revista jurídica de cataluña*, 79(3).
55. SILVA M., C. (2004). *El Contrato de Prestaciones Médicas desde el Punto de Vista de la Responsabilidad Civil Contractual*, Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Valdivia: Universidad de Valdivia.
56. URREJOLA, S. (2011). El hecho generador del incumplimiento contractual y el artículo 1547 del código civil. *Revista chilena de derecho privado*, (17), 27-69.
57. VIDAL OLIVARES, Á (2011). El Incumplimiento y los remedios del acreedor en la propuesta de modernización del derecho de las obligaciones y contratos español. *Revista Chilena de Derecho Privado*, pp. 243-302.
58. VON BAR, C., Clive, E., & SCHULTE-NÖLKE, H. (2009). *Principles, definitions and model rules of European private law: draft common frame of reference (DCFR)*. Walter de Gruyter.
59. VON TUHR, A. (1998). *Derecho civil: teoría general del derecho civil alemán*. Marcial Pons.
60. Zimmermann, R., & VAQUER ALOY ÜBERSETZUNG, A. (2000). *Estudios de derecho privado europeo*.
61. ZIMMERMAN, R. (2008). *El nuevo Derecho alemán de obligaciones*, trad. E. Arroyo.

## **B) Jurisprudencia Nacional**

1. C. Suprema, 24 de abril de 2013, Rol N° 12355-2011.
2. C. Suprema, 31 de octubre de 2012, Rol N° 3325-12.
3. C. Apelaciones de Concepción, 9 agosto 2010, Rol 199-2010
4. C. Apelaciones de Concepción, 5 de noviembre de 2009, Rol N° 231-09

### **C) Jurisprudencia Extranjera**

1. Yam Seng Pte Limited Edition v Internacional Trade Corpporation Limited (2013)