

Acerca de la obligación de informar en el ámbito contractual. Referencia al derecho francés

Eduardo Alejandro Sarmiento Márquez

Para Allegra

*le silence des lois (...) laisse prendre a la mauvaise
foi un libre et funeste essor.*

BIGOT-PREAMANEU

SUMARIO: I. Introducción. II. De la obligación de informar en los contratos. III. Ratio juris de esta obligación. IV. Prestaciones que comprende la obligación de informar. V. Elementos constitutivos de esta obligación. VI. Distinción entre diversas obligaciones de informar. VII. Se trata de una obligación precontractual o contractual. VIII. Su consagración en las leyes. IX. Su reconocimiento por la jurisprudencia. X. Contratantes acreedor y deudor de esta obligación. XI. Sus límites. XIII. Cláusulas para exonerarse de esta obligación. XIV. Pruebas de su existencia y de su cumplimiento. XV. Sanción por su incumplimiento. XVI. La obligación de informar en el proyecto de reforma del derecho de contratos.

I. INTRODUCCIÓN

Como resulta acostumbrado que en los aniversarios nos veamos llamados a reflexionar acerca de logros y pendientes, ahora que la publicación del Código Civil para el Distrito Federal en materia común, y para todo el país en lo federal, cuenta ya ocho décadas y que pronto se dirá lo mismo de su vigencia, tenemos una nueva ocasión para mirar si su articulado satisface adecuadamente las necesidades de sus destinatarios.

Es conocido que nuestro código no ha recibido reformas en lo concerniente a los casos en que el contratante emite su voluntad sin haber recibido previamente información suficiente y adecuada para lograr los fines que se propone al contratar.

Debido a que una parte considerable de nuestra normativa civil en materia contractual encuentra su antecedente en legislaciones centenarias, tiene una capacidad limitada para resolver situaciones propias de una sociedad de consumo, altamente tecnificada y de intercambios masivos.

Es por lo anterior, y con ánimo de contribuir a la actualización de nuestra legislación, que en esta ocasión haré breve referencia a los desarrollos doctrinal, jurisprudencial y legislativo ocurridos en Francia, destinados a solucionar problemas originados por asimetría en la información disponible para los contratantes.

II. DE LA OBLIGACIÓN DE INFORMAR EN LOS CONTRATOS

En 1945 aparece en la *Revue Trimestrielle de Droit Civil* el trabajo de Ju glart titulado “*L’obligation de renseignements dans les contrats*”, considerado el primer trabajo francés en que se estudia esta obligación de manera específica.¹

La imposición de una obligación de informar no fundada en ley o en un contrato, fue juzgada contraria a las posturas imperantes en esa época; sin embargo, en la actualidad se aprecia en las leyes y en la jurisprudencia un acrecentamiento de las obligaciones relativas al comportamiento de los contratantes, que los somete a tres exigencias elementales: plegarse a los imperativos de las buenas costumbres, de la buena fe y de la búsqueda de un buen fin.²

Actuar de buena fe implica un comportamiento cooperativo que demanda acciones que estén al servicio de un interés contractual común y una de sus consecuencias es, según advierte Demogue, la obligación para cada uno de advertir al otro durante la contratación, los hechos que este tenga interés en conocer para la ejecución del contrato.³

Por su parte, Fabre-Magnan expresa: “apriori, la obligación de información es una de las facetas de la cuestión del silencio en el Derecho, que consiste en saber si el silencio puede ser fuente de un daño y de una obligación de reparación subsecuente, en otros términos, fuente de responsabilidad civil”.⁴

III. RATIO JURIS DE LA OBLIGACIÓN DE INFORMAR

El consentimiento debe presentar un cierto grado de calidad y ser el producto de una determinación libre. Domat señala ya que “los contratos se forman por el consentimiento y deben ser celebrados con conocimiento y

¹ Para referirse a esta obligación, la doctrina y jurisprudencia francesas utilizan las expresiones *information* o *renseignement*. En este trabajo será llamada, indistintamente, obligación de información o de informar.

² Vid. FAGES, Bertrand, *Le comportement du contractant*, Aix-en-Provence, Presses Universitaires d’Aix-Marseille, Faculté de Droit et de Science Politique, 1997, pp. 265, 293 y 301.

³ DEMOGUE, René, *Traité des obligations en général*, t. VI, Paris, Rousseau, 1923, No. 29.

⁴ FABRE-MAGNAN, Muriel, *De l’obligation d’information dans les contrats. Essai d’une théorie*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudencia. 1992, Bibliothèque de Droit Privé, Tome 221, p. 2.

libertad y si carecen de uno u otro de estos caracteres, como cuando son hechos por error o por fuerza, son nulos".⁵

El Código Civil de los franceses, llamado de Napoleón a partir de 1807,⁶ inició su vigencia en el seno de una sociedad rural, artesanal y burguesa. La realidad económica de 1804 es la del pequeño comercio, pero pronto llegan la revolución industrial, la máquina a vapor, las grandes industrias extractivas y las vías férreas; las sociedades por acciones se multiplican y las grandes transacciones internacionales ya recaen sobre productos industriales. Con el desarrollo de las empresas, la aparición de monopolios y el advenimiento de la producción y la distribución en masa, da inicio una ruptura entre el patrón y el obrero, entre el vendedor y el consumidor. Mientras los negocios se hacen más complejos por la elaboración de montajes financieros sofisticados, asistimos, inversamente, a una estandarización de los contratos. Ante la inequidad económica que se gesta, se generan nuevas corrientes de pensamiento y surgen gremios de trabajadores y de consumidores. Poco a poco, los poderes públicos se movilizan y multiplican su intervención en busca del restablecimiento de un equilibrio.⁷

En la época actual, la complejidad de las técnicas y de los mercados, hacen necesario que las partes del contrato cuenten con información especializada que les permita conformar su voluntad y consentimiento, de manera que al contratar alcancen sus objetivos y fines,⁸ ya que con frecuencia uno de los contratantes es un profesional informado, que puede estar tentado a obtener, a través de su silencio, una ventaja derivada de la ignorancia de su contraparte.⁹

Este contexto permitió a Calais-Auloy, señalar que:

[...] el Código Civil no ignora el abuso que puede ser cometido por un contratante contra el otro, pero solo aporta remedios individuales y curativos: el contratante tiene la posibilidad teórica de actuar buscando la nulidad o el pago de indemnización hasta después que ha sufrido daño o perjuicio. Esta vía generalmente no es utilizada por los consumidores, pues el costo y lentitud de la acción

⁵ Cfr. CHAZAL, Jean-Pascal, *Les nouveaux devoirs des contractants: est-on alle trop loin?*, p. 54. Disponible en: <http://master.sciences-po.fr/droit/sites/master.sciences-o.fr.droit/files/users/au/de.epstein/Les%20devoirs%20contractuels.pdf>

⁶ Vid. NIORT, Jean-François, *Homo civilis, Contribution à l'histoire du Code Civil Français*, t. 1, vol. XXV, Aix-en-Provence, Presses Universitaires d'Aix-Marseille. Faculté de Droit et de Science Politique, 2004, p. 29, nota 2, p. 47, nota 96, p. 138 ss., p. 229 ss.

⁷ Vid. MONTERO, Étienne et Marie Demoulin, *La formation du contrat depuis le code civil de 1804: un régime en mouvement sous une lettre figée*, p. 1. Disponible en: <http://www.crid.be/pdf/public/4563.pdf>

⁸ *Ibidem*, p. 49, donde con acierto señalan que la aparición de nuevos modos de contratación hace necesaria la creación de reglas específicas en materia de contratos a distancia (con consumidores) en general, y de contratos concluidos por vía electrónica, en particular.

⁹ Vid. GHESTIN, Jacques, *Traité de Droit Civil, La formation du contrat*. Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudencia, 1993, pp. 534 y ss.

judicial están fuera de proporción con el interés individual en juego [...] El derecho del consumo adiciona pues, a los remedios del Código Civil, las medidas preventivas y colectivas, cuyo objeto es impedir, en lo posible, el abuso del poder económico, y así proteger al conjunto de los consumidores que habrían podido ser víctimas de estos abusos.¹⁰

En Francia, como en todos los países industrializados, el legislador interviene para proteger al consumidor,¹¹ debido a la imposibilidad de aplicar algunas reglas tradicionales de su código civil para solucionar los problemas presentes en la contratación de consumo.¹²

Fue así que se elaboraron normas para proteger al consumidor, obligando al proveedor profesional a incluir información diversa en los contratos de adhesión o acerca de la utilización del producto o del servicio. A la obligación negativa del profesional (no engañar) se acompaña una obligación positiva (informar).

De esta manera se fue llegando al convencimiento de que cada parte estará obligada a informar (a la que tenga menor información y no sea profesional o experto en el objeto relativo al contrato) todo elemento susceptible de facilitar la ejecución de su prestación.¹³

La obligación de informar se impondría, entonces, en razón: 1º del conocimiento del proveedor, y 2º de la ignorancia del adquirente, y tiene por objeto evitar que el primero aproveche abusivamente la incompetencia del segundo.¹⁴

Según Jourdain, la ratio de la obligación es

[...] un desequilibrio de los conocimientos entre los contratantes generalmente presumido a partir de una desigualdad de las competencias, tal como ellas se encuentran típicamente en las relaciones entre profesionales¹⁵ y consumidores. La complejidad técnica creciente de los productos y de los servicios y la especia-

¹⁰ CALAIS-AULOUY, Jean, "L'Influence du Droit de la Consommation sur le Droit Civil des Contrats", *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, París, No. 2, abril-jun, 1994, p. 240.

¹¹ Vid. MALAURIE, Philippe, et al., *Droit Civil, Les obligations*, 2a. ed., Paris, Defrenois, 2005, p. 258.

¹² Vid. *Ibidem*, p. 242, quienes consideran que para proteger al contratante, el legislador civil estableció un sistema individualista de vicios del consentimiento, que tiene un rendimiento social mediocre con respecto a la contratación en masa contemporánea.

¹³ PICOD, Yves, *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*. Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1989, Bibliothèque de Droit Privé, Tome 208, p. 124.

¹⁴ Cfr. Le Tourneau, Philippe, *De l'allégement de l'obligation de renseignement ou de conseil*, Paris, Recueil Dalloz Sirey, 14e., Cahier, 2 avril 1987, Chronique XIX, p. 101.

¹⁵ A partir de la sentencia Mercier de mayo de 1937, la relación médico-paciente es de naturaleza contractual. En este marco, la obligación de informar que pesa sobre el profesional es esencial en la medida en que ella permite al paciente tener claridad antes de dar su consentimiento para recibir una terapia o cirugía, o para elegir entre dos terapias posibles aquella que parezca conllevar menos riesgos. Para asegurar el respeto a esta obligación, es importante que su in ejecución o su ejecución defectuosa sean sancionadas. Vid. MOULIN, Jean-Marc, *Responsabilité*.

lización de las tareas explican el acrecentamiento de las disparidades sociales e imponen en consecuencia su desarrollo. He ahí la razón de que el legislador la consagre puntualmente y la jurisprudencia, con un grado de generalidad superior, poco a poco, la ha desarrollado para incorporarla a numerosos contratos [...]¹⁶

La creación de esta obligación, para Pancrazi-Tian, obedece a la facultad de los tribunales, fundada en los artículos 1134, párrafo 3 y 1135, del Código Civil francés, de colmar lagunas que afectan un elemento accesorio del contrato.¹⁷

Con un matiz propio de los economistas, Dari Mattiaci y Houtchieff sostienen que la sociedad obtiene ventajas del intercambio de bienes y servicios que se logra a través de los contratos, lo que justifica la intervención del legislador en el control de la transmisión de información entre las partes y de las consecuencias de proporcionar información falsa relacionada con la validez del contrato. Con ello, ubican estos autores a nuestro tema en el contexto de la asimetría de la información: para que el mercado funcione correctamente debe abatirse la asimetría en la información y esto se logra a través del sistema jurídico.¹⁸

El desequilibrio en la capacidad de información es no solamente un criterio para la creación judicial de la obligación de informar, sino también para la determinación de la intensidad de su contenido. En este respecto, la motivación de una sentencia emitida por la Corte de Apelación de Limoges es rica en enseñanzas. En la especie, aceptando el principio de una obligación de información del banquero hacia su cliente, la Corte considera que “la prueba de su ausencia no se aportó; las dos partes estaban en un plano de igualdad en relación con la información relativa a la situación financiera del negocio”.¹⁹

En resumen, con la obligación de informar se trata de impedir que las partes proporcionen, incluso de buena fe, información inexacta, y de imponerles la obligación de proporcionarla cuando posean o deban poseer la que su contraparte ignora, a fin de que esta concluya el contrato con pleno conocimiento de causa.²⁰

lite délictuelle du débiteur contractuel - effet retroactif des revirements de jurisprudence Commentaire sous Cass. 1e civ., 9 octobre 2001, Coindoz c/ Christophe 1, pp. 4, 8, 9 y ss.

¹⁶ JOURDAIN, Patrice, *Le devoir de "se" renseigner. (Contribution à l'étude de l'obligation de renseignement)* Recueil Dalloz Sirey, Paris, 23 e., 1983, Cahier Chronique XXV, p. 139.

¹⁷ Cfr. PANCRIZI-TIAN, Marie-Eve, *La protection judiciaire du lien contractuel*, Aix-en-Provence, Presses Universitaires d'Aix-Marseille. Faculté de Droit et de Science Politique, 1996, pp. 56 y ss.

¹⁸ Cfr. DARI-MATTIAKI, Giuseppe et Dimitri HOUTCIEFF, *Vices du consentement et aléa moral a travers la jurisprudence de la réticence dolosive. Sous la direction de Christophe Jamin, Droit et economic des contrats*, Paris. L.G.L.J. Lextenso editions, 2008, p. 45.

¹⁹ Cfr. CHAZAL, Jean-Pascal, *De la puissance économique en droit des obligations*, Thesis, Université Pierre Mendes, Faculte de Droit, U.F.R. Grenoble II, France. P. DCLXXIX y ss.

²⁰ Vid. GHESTIN, Jaques, *op. cit.*, not. 9 p. 577. Mousseron considera que existe un deber de informar los riesgos que conlleva la celebración de un contrato, particularmente en operacio-

IV. PRESTACIONES QUE COMPRENDE LA OBLIGACIÓN DE INFORMAR

Se integra por dos obligaciones: A) una obligación de resultado, que consiste en transmitir una información al acreedor, y B) una obligación de medios, que consiste en utilizar los medios adecuados de transmitir la información de manera que el destinatario la reciba y la comprenda.²¹

No comprende en cambio, la obligación de que el acreedor utilice correctamente la información que ha recibido,²² ni el deber de aconsejar, que es más amplio, pues en este su deudor debe, al menos parcialmente, referirle a su contraparte las consecuencias técnicas y económicas resultantes de la celebración del contrato.

V. ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DE ESTA OBLIGACIÓN

Fabre-Magnan considera necesarios para la existencia de esta obligación, dos elementos, los materiales y los morales.

Elemento material es el que puede provocar una reacción en el acreedor, en el sentido de que si él hubiera conocido la información, habría actuado de manera diferente, es decir, por ejemplo, que habría reusado concluir el contrato.²³

El elemento moral sirve para determinar en cuáles hipótesis existe la obligación de informar y consta a su vez de elementos sicológicos (uno relativo al acreedor de la información y otro al deudor de la misma) y un elemento intencional.²⁴

Por otra parte, las estudia prolíjamente Ghestin bajo el nombre de “condiciones de existencia de la obligación de informar”. En síntesis, para este

nes que implican riesgos técnicos, como los contratos que tienen por objeto el desarrollo de instalaciones informáticas. *Vid. MOUSSERON Jean Marc. et al., L'avant-contrat.* Paris, Editions Francis Lefebvre, 2001, p. 75. Por su parte, VIGNAL sostiene que el profesional se encuentra sujeto a un deber de sinceridad, que estaría relacionado con el de informar. *Vid. VIGNAL, Nancy, La transparence en droit privé des contrats (Approche critique de l'exigence),* Aix-en-Provence Presses Universitaires d'Aix-Marseille, Faculté de Droit et de Sciene Politique, 1998, p. 66. De manera similar: CAUMES, Clémentine, *L'interprétation du contrat au regard des droits fondamentaux*, Thesis, p. 17. *Vid. LEVENEUR, Laurent, Droit des contrats, 10 ans de jurisprudence commentée, 1990-2000, La pratique en 400 decisiones,* Paris, Litec, 2002, p. 572, quien señala que el comprador profano de productos complejos, sofisticados y especializados, tiene derecho a esperar de su contraparte más prestaciones que la simple entrega de los bienes adquiridos.

²¹ FABRE-MAGNAN, Muriel, *op. cit.*, not. 4, p. 409.

²² Al respecto, oportunamente señala Calais-Auloy: “¿Cuántos consumidores saben utilizar la información que les es proporcionada y el tiempo de reflexión que les es concedido? Un cierto número, sin duda [...] Pero, paradójicamente, este género de medidas prácticamente no tiene efecto sobre los consumidores más desfavorecidos.” CALAIS-AULOUY, Jean, *op. cit.*, not. 10, p. 244.

²³ FABRE-MAGNAN, Muriel, *op. cit.*, not. 4, pp. 102, 121, 132, 133 y ss.

autor son las siguientes: la falta de información debe haber determinado el consentimiento; supone que una de las partes conocía no solamente la información sino también la influencia de ella sobre el consentimiento de la otra parte y, por último, la ignorancia del acreedor de la obligación debe ser legítima.²⁵

VI. DISTINCIÓN ENTRE DIVERSAS OBLIGACIONES DE INFORMAR

La obligación de informar de que venimos hablando no debe confundirse con el derecho a la información con el que cuenta el ciudadano ante el Estado, ni con la obligación contractual de informar, que es aquella obligación principal en un contrato, en virtud de la cual una persona se obliga a dar información a otra acerca de determinados hechos, personas o cosas.

VII. SE TRATA DE UNA OBLIGACIÓN PRECONTRACTUAL O CONTRACTUAL

Resulta muy importante determinar, según palabras de Fabre-Magnan, si existe una o varias categorías de obligación de informar (responsabilidad precontractual y responsabilidad contractual), pues de ser así existirá un régimen aplicable para cada una de ellas.²⁶

El problema de la obligación de informar se colocará en el terreno de la integridad del consentimiento; la jurisprudencia y la doctrina debaten acerca de la posibilidad de distinguir con precisión los dominios contractual y extracontractual.²⁷

Quienes conciben la existencia de obligaciones precontractuales y contractuales de informar reconocen un régimen jurídico propio a cada una de ellas: la obligación precontractual de informar será sancionada sobre el fundamento de los vicios del consentimiento o aun de la responsabilidad civil por hecho ilícito, mientras que la obligación contractual de informar seguirá el régimen jurídico de la responsabilidad civil contractual.²⁸

²⁵ Vid. GHESTIN, Jaques, *op. cit.*, not. 9, pp. 614 y ss.

²⁶ Cfr. FABRE-MAGNAN, Muriel, *op. cit.*, not 4, p. 219.

²⁷ CHAZAL, Jean-Pascal, *op. cit.*, not. 18, p. DCCX. Le TOURNEAU, Philippe. *Cfr. op. cit.*, not. 14, p. 101, sostiene que si bien razonablemente se distinguen perfectamente las obligaciones precontractuales de las contractuales, las trata en forma global sin hacer distinción, pues señala que en la práctica la diferenciación es muy difícil. También en las pp. 75 y 423 de su *Droit de la Responsabilité*. Dalloz, Paris, 1996, coescrita con Loïc CADIET, reconocen la existencia de ambas formas de obligación, tratándolas, ahí sí, de manera separada. PICOD, *op. cit.*, not. 13, p. 112, reconoce la existencia de esta obligación en ambos momentos, pero únicamente estudia la obligación que se genera una vez celebrado el contrato, en razón de que su trabajo está dedicado a la fase de ejecución contractual.

²⁸ Vid. GHESTIN, Jacques. *op. cit.*, not. 9, p. 580.

Fabre-Magnan considera que la distinción fundamental no debe ser sólo cronológica, sino funcional, según el interés de la información para su destinatario o, en otros términos, según las consecuencias de la inejecución de la obligación de información para su acreedor.²⁹

VIII. SU CONSAGRACIÓN EN LAS LEYES

La consagración de esta obligación en las leyes ilustra claramente cómo se toma en consideración la desigualdad de las partes en las relaciones contractuales y más particularmente en aquellas que se dan entre profesionales y profanos.

La intervención del legislador se manifiesta prescribiendo que una de las partes facilite a la otra diversa información (impone una iniciativa), mientras que en otras, regula la calidad de la información que por iniciativa propia ha facilitado el contratante (publicidad).

Como ejemplos de leyes que han impuesto esta obligación de informar, se pueden señalar las siguientes:

- Ley de 1 de agosto de 1905, relativa a la represión de los fraudes, que forma parte hoy del artículo L 213-1 del Código de consumo.
- Ley del 13 de julio de 1930 relativa al contrato de seguro.
- Ley del 22 de diciembre de 1972 y decreto del 9 de agosto de 1973 sobre la venta a domicilio (hoy artículo L 121-21 del Código de consumo).
- Decreto No. 78-509 del 24 de marzo de 1978, dado para la aplicación de la ley del 10 de enero de 1978, relativa a la información y a la protección de los consumidores de crédito al consumo, que dispone que la oferta previa al préstamo deberá incluir las indicaciones que figuran en los modelos anexos al decreto que correspondan a la operación de crédito propuesta.
- El artículo 5 de la ley de 2 de julio de 1963 prohíbe toda publicidad hecha de mala fe que implique afirmaciones falsas o que induzcan a error, cuando tales afirmaciones recaigan sobre diversos elementos correspondientes a cualidades substanciales del objeto del contrato.
- El artículo 44 de la ley de 27 de diciembre de 1973, llamada ley Rojas, modifica a la anterior y tiene por suficiente que las afirmaciones sean de naturaleza tal que induzcan a error y suprime toda mención de mala fe.

En el ámbito del Derecho del Consumo, se pueden destacar la obligación de informar acerca de las características de los bienes y servicios, artículo L.111-1, del Código de consumo, y sobre el precio y las condiciones de venta, artículo L.113-3 del Código de consumo.

²⁹ Cf. FABRE-MAGNAN, Muriel, *op. cit.*, not. 4, p. 225.
DR © Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

De igual manera, en ciertos casos se obliga al profesional a elaborar por escrito el contrato y a insertar cláusulas destinadas a informar al consumidor sobre las obligaciones de las partes. En otras ocasiones, la ley exige que el consumidor emita de su puño y letra algún texto, para que este tome conocimiento de alguna circunstancia relevante.

El desarrollo de eso que puede ser nombrado, sin exagerar, el derecho de los contratos profesionales se traduce en un afinamiento de las diligencias profesionales, un refinamiento que fracciona los deberes generales en innumerables obligaciones particulares, ingeniosas, sutiles, entre las cuales encontramos los deberes de información.³⁰

IX. SU RECONOCIMIENTO POR LA JURISPRUDENCIA

La jurisprudencial francesa tiende a distinguir a los contratantes, según su pertenencia a tal grupo social o profesional a fin de derivar de ello consecuencias en el plano contractual. La calidad de especialista incrementa el número de obligaciones y agrava la responsabilidad. El deber de cooperación será apreciado con mayor severidad cuando la prestación sea peligrosa o su ejecución genere algún riesgo. La combinación de los dos criterios hará nacer una obligación de informar particularmente estricta.³¹

Le Tourneau y Cadet sostienen que la jurisprudencia reconoce esta obligación como un principio general que se aplica con rigor particular a los profesionistas y cuya violación genera la responsabilidad civil del infractor.³²

Por su parte, Ghestin³³ refiere que la jurisprudencia ha reconocido la obligación precontractual de informar en relación con los vicios del consentimiento, determinando que el dolo puede constituirse por el silencio de una parte que disimula a la otra un hecho que, si este hubiese sido conocido por él, le habría hecho no contratar. La reticencia dolosa así consagrada, constituye al menos indirectamente el reconocimiento de una obligación de información, atribuyendo de manera más directa la producción de daños y perjuicios sobre el fundamento del artículo 1382 del código civil, sea a título de reparación complementaria de una nulidad por error o dolo fundado sobre el artículo 1110 del código francés.

³⁰ Cfr. LE TOURNÉAU, Philippe. *Les professionnels ont-ils du cœur?* en Recueil Dalloz Sirey, Chronique V, No. 5, février de 1990, Paris, pp. 21 y ss.

³¹ Vid. GHESTIN, Jaques, *op. cit.*, not. 9, pp. 576 y ss.

³² Cfr. Le Tourneau, Philippe, et Loïc Cadet, *op. cit.*, not. 26, p. 76.

³³ Cfr. Ghestin, Jacques, *op. cit.*, not. 9, pp. 545, 605 y ss., quien cita una sentencia de la tercera Sala Civil de la Corte de Casación, del 7 de mayo de 1974, en la que se reconoce la existencia de una obligación de informar al contratante.

También son numerosas las decisiones que sancionan al contratante que proporcionó información insuficiente a su contraparte acerca de la magnitud y alcance de los derechos y obligaciones nacidos del contrato.³⁴

Por sentencias de junio de 1994 y 1995, la obligación de informar se ha extendido a las entidades financieras que otorgan mutuos, y se establece la obligación de informar a la contraparte acerca de la prestación que este ha de cumplir, de manera que este la valore adecuadamente.³⁵

Debido a que la jurisprudencia enriquece el contenido de los contratos, podemos encontrar, además de la obligación de informar, las obligaciones de seguridad, de consejo, de adaptación, de reclasificación, de cooperación, de renegociación, etcétera.³⁶

X. CONTRATANTES ACREDOR Y DEUDOR DE ESTA OBLIGACIÓN

Es el profano quien está protegido. Se beneficia de una suerte de presunción de ignorancia legítima,³⁷ particularmente cuando está presente un especialista en el cual puede confiar.³⁸

De acuerdo con Ghestin, actualmente es aceptado el principio “hay obligación de informar a aquel que no puede informarse”.³⁹

El contratante deudor será el profesional calificado, quien no puede invocar los mismos derechos cuando él se encuentra frente a otro especialista o a un simple profano. Se asimila al especialista el profano que se hace acompañar de un profesional.⁴⁰

XI. SUS LÍMITES

Existe una corriente doctrinal que propugna por el aligeramiento de esta obligación, y para Le Tourneau tal situación no es el efecto de la casualidad, pues afirma que esta tendencia se observa en el momento preciso en que una amplia corriente de pensamiento preconiza el retorno a un cierto liberalismo económico que no parece una simple moda, sino que es común a la mayor parte de los países occidentales y está destinada a perdurar. Esta corriente se traduce jurídicamente en que el legislador no imponga a los

³⁴ Vid. Vignal, *op. cit.*, not 19, p. 75.

³⁵ *Ibidem*, pp. 80 y 81.

³⁶ Cfr. CHAZAL, Jean-Pascal, *op. cit.*, not. 5, p. 2.

³⁷ Para valorar la ignorancia legítima, Le Tourneau considera que habrá de tenerse en cuenta el nivel social de la parte que alega el incumplimiento, así como el avance y difusión de las tecnologías. Vid. Le Tourneau, Philippe, *Contrats informatiques et électroniques*. Paris, Dalloz, 2006, pp. 20 y ss.

³⁸ Vid. PICOD, Yves, *op. cit.*, not. 13, p. 125.

³⁹ GHESTIN, Jaques, *op. cit.*, not. 9, p. 625.

⁴⁰ Vid. PICOD, Yves, *op. cit.*, not. 13, p. 126.

profesionales o comerciantes, obligaciones que acaben con su espíritu de iniciativa.⁴¹

Dentro de esta corriente de aligeramiento se encuentra Jourdain⁴² quien señala que el deber de informar a otro tiene un límite: la obligación de informar "se" a si mismo, en la medida de lo posible. Sostiene que el deber de cooperación y el espíritu de solidaridad que presiden las relaciones entre las partes, tanto en la formación como en el curso de ejecución del contrato, imponen en efecto que cada uno se informe e informe lealmente al otro sobre el contenido del contrato. El deber de informarse, continúa, es entonces un principio del cual la obligación de informar no representa sino una excepción, además de que aquel que tiene o debe buscar una información, no tiene la obligación de transmitirla a quien la ignora y tiene sin embargo interés en conocerla, sino en el caso de que esta ignorancia sea legítima; la regla según la cual cada uno debe velar por la conservación de sus propios intereses e informarse por sí mismo antes de poder exigir de los demás que nos instruyan, se impone más que nunca frente al desarrollo de las obligaciones de informar.

Este deber de informarse tendría una doble manifestación: el proveedor debe informarse para poder informar correctamente al consumidor acerca del producto; mientras que el consumidor debe informarse para poder transmitir al proveedor de manera correcta sus necesidades y para provocar que este le informe. El proveedor se encontrará descargado parcialmente de su obligación de informar si el adquirente se comporta como si tuviera conocimiento respecto a la materia del contrato.

Esta obligación se encuentra limitada por la existencia de derechos antagónicos o de principios generales de derecho. Así, cierta información no puede ser objeto de una obligación de informar, pues el contratante que la posee tiene el derecho o incluso el deber de no transmitirla.⁴³

La obligación precontractual de información no tiene sentido sino cuando la información era susceptible de ejercer una influencia sobre el consentimiento de la otra parte, de tal suerte que no habría concluido el contrato o lo habría hecho en condiciones más favorables, si ella hubiera tenido conocimiento de la información.⁴⁴

El profano no tiene un derecho a la pasividad, pues tiene obligación de informarse. Así se observa en el ámbito de los contratos informáticos que el deber de informar del profesional se ve balanceado por el deber de colaboración del cliente.

⁴¹ Cfr. LE TOURNEAU, Philippe, *op. cit.*, not. 14, p. 101.

⁴² Cfr. JOURDAIN, Patrice, *op. cit.*, not. 15, pp. 139, 140 y 141.

⁴³ Vid. FABRE-MAGNAN, Muriel, *op. cit.*, not. 4, p. 149.

⁴⁴ Vid. GHESTIN, Jaques, *op. cit.*, not. 9, p. 614.

El error procedente de una negligencia excesiva se hace inexcusable y quien la comete no amerita ser protegido. La jurisprudencia estima sin embargo que no puede haber error inexcusable cuando el error es la consecuencia de dolo o reticencia, aunque admite también la existencia de una obligación de informarse que pesa, con una intensidad variable, sobre todo contratante.⁴⁵

Pérot-Morel sostiene que a pesar del deseo de introducir mayor justicia en el contrato, no se puede obligar a un contratante a proporcionar a la otra parte toda información que este habría tenido interés en conocer.⁴⁶

XII. CLÁUSULAS PARA EXONERARSE DE ESTA OBLIGACIÓN

El profesional no puede exonerarse de la responsabilidad que le resulta por no aportar la información, pero puede limitar o determinar la extensión de esta obligación.⁴⁷

XIII. PRUEBAS DE SU EXISTENCIA Y DE SU CUMPLIMIENTO

Desde luego, cabe distinguir entre la prueba de la existencia de dicha obligación y la prueba que se refiere a su ejecución.

La primera incumbe a quien demanda su existencia, mientras que respecto a la segunda la Corte de Casación ha establecido que el profesional debe probar que ha informado a su cliente. Fundada en el art. 1315, esta decisión se aplica a todos los deudores de una obligación particular de informar.⁴⁸

De acuerdo con una sentencia dictada por la Corte de Apelación en 1951, la carga de probar la inejecución de la obligación de informar incumbe al paciente, quien tiene a su cargo probar que no ha sido informado de los riesgos asociados a la operación realizada.

Sin embargo, ese criterio fue modificado debido a la sentencia del 25 de febrero de 1997, emitida por la 1a. Cámara civil, dictada con motivo de una controversia entre un paciente y su médico; a partir de ese día, quien tiene a su cargo una obligación legal o contractual de informar, debe aportar la prueba de su ejecución o cumplimiento. Por tanto, la carga y el riesgo de la prueba no recaen más en el paciente sino en el médico.

⁴⁵ *Flour, Jacques, et al., Les obligations 1. L'acte juridique.* Douzième édition par Jean Luc Aubert y Érick Savaux, Paris, Sirey, 2006, p. 159.

⁴⁶ Citada por CHAZAL, Jean-Pascal, *op. cit.*, not. 18, p. 407.

⁴⁷ Vid. MALAURIE, Philippe, *et al.*, *op. cit.*, not. 11, p. 390.

⁴⁸ *Idem.*

De manera general, la regla vale para todos los profesionales deudores de una obligación de información.⁴⁹

Se considera que la nueva distribución en la carga de la prueba obedece a que no se quiere hacer pesar sobre el paciente una prueba negativa (la no ejecución de la obligación de informar). Una razón más, podría ser que la ejecución rigurosa de esta obligación de informar permitiría evitar actos médicos arriesgados o peligrosos.⁵⁰

XIV. SANCIÓN POR SU INCUMPLIMIENTO

La sanción ha consistido en nulidad parcial o total del contrato en el que se verifica un incumplimiento en el deber de informar. La sanción se ha fundado con frecuencia en el art 1116, caracterizada por la reticencia dolosa y en ocasiones, en un incumplimiento a la obligación de actuar de buena fe.⁵¹

El régimen jurídico aplicable a la violación de la obligación se determina, según Fabre-Magnan, así: cuando el consentimiento de un contratante ha sido viciado, la sanción debe ser precontractual: si este vicio ha sido determinante existe vicio del consentimiento stricto sensu, es decir de naturaleza tal que permite la anulación del contrato, y si ha sido incidental, puede haber lugar a daños y perjuicios sobre el fundamento de la responsabilidad civil delictual. Por otra parte, cuando una parte ha recibido una ejecución del contrato no satisfactoria, la responsabilidad debe ser contractual. En consecuencia, concluye, el régimen de la responsabilidad civil contractual debe ser exclusivamente reservado a la sanción de una inejecución del contrato y, en la materia que nos interesa, a la sanción de las obligaciones de información que tienen incidencia sobre la ejecución de un contrato.⁵²

XV. LA OBLIGACIÓN DE INFORMAR EN EL PROYECTO DE REFORMA DEL DERECHO DE CONTRATOS

Con objeto de modernizar su código civil, el estado francés, a través de su Ministerio de Justicia, presentó en julio de 2008 un proyecto de reforma al derecho de los contratos, que sería completado por un texto relativo al régimen de las obligaciones en general.

⁴⁹ En relación con la carga de la prueba, se pueden consultar con provecho las anotaciones al código civil francés, publicadas en la edición de Dalloz, correspondientes al art. 1147. *Vid. TISSERAND-MARTIN, Alice, et al., Code Civi, 107a. ed., Paris, Dalloz, 2008, pp. 1253 y ss.*

⁵⁰ *Vid. CAPITANT, Henri, et al., Les grands arrêts de la jurisprudence civile, Tome I, 11 edition, Paris, Dalloz, 2000, pp. 67 y ss.*

⁵¹ *Vid. VIGNAL, Nancy, op. cit., not. 19, p. 7.*

⁵² *Vid. FABRE-MAGNAN, Muriel, op. cit., not. 4, pp. 225 y ss.*

En la presentación de este proyecto, se hace notar el interés del legislador en lograr dos fines: que el texto de la reforma permita al ciudadano encontrar con la sola lectura del código civil, las reglas relativas a una etapa determinada del proceso contractual, y que contribuya a hacer atractivo y competitivo al derecho francés.⁵³

En la sección 1, denominada “El consentimiento”, la obligación precontractual de información, artículo 50, se consagra una obligación precontractual de información, a cargo del contratante que conoce o está en situación de conocer una información cuya importancia es determinante para el consentimiento de su contraparte, cuando este último puede (legítimamente) ignorar esta información o confiar en el contratante poseedor de la información.

De acuerdo con este artículo, es determinante la información que tiene una relación directa y necesaria con el contenido del contrato o la calidad de las partes.

El contratante que se duele del incumplimiento de una obligación de información debe probar que la otra parte conoce o está en situación de conocer esta información.

Todo incumplimiento a esta obligación de información origina la responsabilidad civil delictual de quien la tenía a cargo, sin perjuicio, en caso de vicio del consentimiento, de la nulidad del contrato.⁵⁴

⁵³ Vid. *Projet de réforme du droit des contrats*, juillet 2008, p. 2. Disponible en: www.chairejb.ca/pdf/reforme_all.pdf

⁵⁴ En el proyecto de reforma al derecho de los contratos, presentado en mayo de 2009, la obligación de informar se consagra en el art. 44. Vid. *Projet de réforme du droit des contrats*, mai, 2009, p. 9. Disponible en: droit.wester.ouisse.free.fr/texts/TD_contrats/projet_contrats_mai-2009.pdf