

Ninguna parte de esta publicación, incluido el diseño de la cubierta, puede ser reproducida, almacenada o transmitida en manera alguna ni por ningún medio, ya sea eléctrico, químico, mecánico, óptico, de grabación o de fotocopia, sin permiso previo del editor.

ENRIQUE BARROS BOURIE

TRATADO DE RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL

© ENRIQUE BARROS BOURIE

© EDITORIAL JURÍDICA DE CHILE
Carmen 8, 4° piso, Santiago

Registro de Propiedad Intelectual
Inscripción N° 159.001, año 2006
Santiago - Chile

Se terminó de imprimir esta primera edición
en el mes de noviembre de 2006

IMPRESORES: Productora Gráfica Andros Ltda.

IMPRESO EN CHILE / PRINTED IN CHILE

ISBN 956-10-1731-8



ción laboral (artículo 159 N° 2), no son imaginables hipótesis de interferencia en derechos contractuales del empleador si un tercero negocia con el trabajador la incorporación a su empresa.

796. Efectos del ilícito en el contrato celebrado por el demandado. El ilícito cometido en la celebración del segundo contrato puede ser de gravedad suficiente para dar lugar a una acción de nulidad absoluta, por resultar este segundo contrato contrario a las buenas costumbres comerciales (artículos 1461 y 1467). En tal caso, la acción de nulidad tiene por objeto impedir que el segundo contrato haga imposible el cumplimiento del primero, de modo que su finalidad práctica es precisamente obtener una satisfacción en naturaleza del interés del demandante. En casos de urgencia, el demandante podrá solicitar las medidas cautelares dirigidas a ese objetivo.⁵⁶

797. Cúmulo de acciones. Los ilícitos de interferencia en contrato ajeno dan lugar a una concurrencia cumulativa de responsabilidades (*infra* N° 838), porque existe acción contra el contratante incumplidor, con fundamento en el derecho de contratos, y contra el tercero que ha intervenido ilícitamente en ese incumplimiento, con fundamento en la responsabilidad extracontractual. Como es obvio, no se trata de obligaciones simplemente conjuntas, sino de acciones que tienen causas diferentes (un incumplimiento contractual y un ilícito extracontractual), de modo que se puede demandar el total al contratante incumplidor y al tercero que intervino ilícitamente en la relación contractual. En circunstancias, sin embargo, que no se pueden acumular las pretensiones indemnizatorias que cubren el mismo daño, el pago efectuado por uno de los deudores extingue la obligación. Es un caso típico de obligaciones *in solidum*, que presentan analogías con las solidarias (*supra* N° 278 b). A su vez, el daño reclamado es de carácter puramente patrimonial, porque no afecta un bien corporal en particular, sino el interés patrimonial que representa el contrato (*supra* § 23 g).

§ 66. RESPONSABILIDAD POR ILÍCITOS PRECONTRACTUALES

a. Introducción

798. Ámbito de la responsabilidad precontractual: deberes de cuidado y buena fe en la negociación contractual. a) La doctrina tradicional del contrato pone atención en el consentimiento, porque asume que las partes son responsables de decisiones que adoptan dentro de su ámbito de autonomía privada. Por eso, lo que ocurre en el período precontractual es relevante principalmente desde la perspectiva de los vicios del consen-

⁵⁶ Sobre el efecto invalidante del segundo contrato de la inducción al incumplimiento contractual, Medicus 1997 267, Viney 1995 384, Epstein 1999 582 y 589.

timiento, que dan lugar a la rescisión del contrato precisamente porque no existe genuina intención de obligarse.

Con fundamento en algunas fuentes romanas,⁵⁷ Von Jhering desarrolló en el siglo XIX una doctrina de la *culpa in contrahendo*, en cuya virtud las partes de una negociación tienen deberes recíprocos que nacen en razón de las tratativas contractuales.⁵⁸ En el derecho contemporáneo, la protección de la seguridad y de la confianza, especialmente en contratos masivos y entre expertos y quienes no lo son, ha provocado una expansión de los tópicos que comprende la protección de las partes en la fase previa al consentimiento contractual.⁵⁹

Estos deberes precontractuales entre quienes participan de las tratativas preliminares pueden ser ordenados en diversos grupos:

- *Deberes de protección o seguridad*, referidos a la integridad corporal y a la propiedad de la contraparte, como ocurre con el control de riesgos de accidentes que puedan sufrir visitantes de un local comercial.

- *Deberes de lealtad*, que exigen llevar adelante las negociaciones de buena fe, esto es, con el propósito efectivo de celebrar un contrato; y que también suponen deberes de cuidado al terminar la negociación, cuando se ha creado en la contraparte la confianza de que se celebrará el contrato.

- *Deberes de información*, que suele tener una parte respecto de la otra, (por ejemplo, respecto de la cosa o servicio objeto del contrato o de la terminación de la negociación), y que ahora se han expandido en beneficio del público, de consumidores e inversionistas.

- *Deberes para evitar la ineficacia del acto*, porque la nulidad que es atribuible a dolo o negligencia de una de las partes da lugar a responsabilidad.

b) El *deber de negociar de buena fe* exige someter el juego puramente estratégico, caracterizado porque cada parte procura su propio interés, a los límites de los deberes mínimos de lealtad que se pueden esperar de un contratante honesto. Sin embargo, no es posible definir esos deberes con precisión, porque la buena fe es un estándar abierto, que sólo puede ser aplicado atendiendo a las circunstancias;⁶⁰ en tal sentido, desde el punto de vista lógico, presenta fuertes analogías con la culpa (*supra* N° 46). Por eso, su concreción depende de la particular relación que surge entre las partes a partir de la oferta o de las primeras tratativas contractuales.⁶¹ La consecuencia de la inevitable indeterminación del estándar es la amenaza

⁵⁷ Por ejemplo, Digesto 14.1.1; 2.14.7.5 y siguientes; 30.84.5.

⁵⁸ Von Jhering 1861 1.

⁵⁹ En los párrafos siguientes se sigue especialmente el importante artículo de H. Stoll sobre los supuestos y funciones de la responsabilidad precontractual (Stoll 1978 *passim*), además de las obras generales que aparecen citadas; en la literatura nacional, la memoria de prueba de H. Rosende introduce algunas de las preguntas esenciales en la materia (Rosende 1979).

⁶⁰ Cohen en Beatson/Friedmann 1995 52.

⁶¹ Sobre la buena fe precontractual en una perspectiva comparada, Zimmermann/Whittaker 2000 7, 236, 253 y 281; Beatson/Friedmann 1995 25 y 99; para el derecho chileno, López 1998 398.



de inseguridad jurídica que recae sobre los participantes, a quienes el derecho debe garantizarles la potestad de poner término a la negociación cuando y como deseen. Por eso, el punto de partida en materia de negociaciones preliminares es que pertenece a la naturaleza de la autonomía privada que cada parte cautele sus propios intereses, de modo que la negociación se tenga por esencialmente precaria mientras esté inconclusa.

c) En definitiva, porque es necesario hacerse cargo del *conflicto entre libertad y confianza*, la buena fe se limita a exigir el respeto más elemental de la contraparte. Aun en sistemas jurídicos que reconocen explícitamente deberes precontractuales, que protegen la confianza creada en la contraparte en la negociación, se asume que ello no puede ser un camino para que nazcan obligaciones sin consentimiento;⁶² ni tampoco para introducir riesgos imprevisibles por el hecho de iniciar negociaciones. Por eso, muy especialmente en el ámbito precontractual, el deber de cuidado se expresa más claramente en la forma negativa de la mala fe, que incluye tanto el engaño o inducción voluntaria a error de la contraparte, como la completa desconsideración de la confianza creada.

799. Protección precontractual del público en general. a) Aunque técnicamente no se trata de una responsabilidad precontractual en sentido estricto, pertenecen a un ámbito análogo los *deberes de información al público* que tienen los proveedores de productos o servicios de oferta masiva a los consumidores y los emisores de valores de oferta pública. La diferencia radica en que el ilícito no es cometido necesariamente por quien participa en la negociación o en el contrato; ése es típicamente el caso de los deberes de información de las sociedades emisoras de valores respecto de los terceros adquirentes o enajenantes de esos valores (*infra* N° 816).

Tras estos deberes legales de información subyace un principio de derecho privado, en cuya virtud el lego que negocia con un experto debe ser igualado, al menos en lo esencial, en la información de que dispone el especialista (*infra* N° 815). A esa lógica normativa que subyace tras la negociación contractual entre partes responden las regulaciones de información en mercados caracterizados por la oferta masiva a un número indeterminado de contrapartes (consumidores). Es el trasfondo, por ejemplo, de la regla que ordena a toda sociedad emisora de valores de oferta pública informar al público de aquello que un hombre juicioso considera esencial en sus decisiones de negocios (Ley de valores, artículo 9°). No debe extrañar, entonces, que estos deberes tengan un claro fundamento de derecho privado, aunque, atendida la naturaleza masiva e innominada de los mercados, hayan pasado a ser objeto de regulaciones legales y administrativas.

b) Al mismo grupo de situaciones pertenece la *responsabilidad de los expertos que ofrecen informes sobre un negocio o sobre una empresa*, los que han sido preparados bajo una relación contractual con una persona diferente

⁶² Kötzt/Flessner 1992 96.

a la que sufre el perjuicio (el tasador que entrega al vendedor un informe con una valoración equivocada de una propiedad, lo que induce a error al tercero que compra; el auditor que efectúa una certificación errónea respecto de los estados financieros de una sociedad, por encargo de ésta, afectando negativamente una decisión de negocios de un tercero). Surge en estos casos la pregunta por la responsabilidad extracontractual que el experto puede tener respecto del tercero, quien es ajeno al contrato que motivó el informe.

La materia es delicada, pues supone expandir los efectos de un deber contractual de cuidado hacia quienes son técnicamente ajenos a esa relación obligatoria. Por otra parte, sin embargo, estos informes suelen ser preparados en plena conciencia de que serán utilizados por terceros en sus decisiones de negocios. La diferencia con la responsabilidad precontractual reside en que no se refieren a la relación entre contrapartes de una negociación, sino a deberes generales de cuidado que se tienen respecto de terceros extraños al contrato (*infra* N° 824).⁶³

c) En circunstancias que la responsabilidad precontractual en sentido estricto sólo comprende las relaciones entre quienes participan en la negociación, las secciones siguientes estarán primeramente referidas a los deberes de cuidado que surgen entre las partes de las tratativas contractuales (como, por ejemplo, respecto del cliente que visita un establecimiento de comercio, del destinatario de una oferta, o de la contraparte de una negociación orientada a la venta de acciones que representan el control de una empresa).

Sin embargo, en la medida que la protección del consentimiento, en un sentido más amplio, también comprende la *conducta de terceros ajenos a la negociación contractual*, se hará referencia a los deberes generales de información y a la responsabilidad que se puede tener respecto de terceros por información falsa que induce a éstos a contratar (*infra* N°s 816 y 824).

b. Naturaleza y alcance de la responsabilidad precontractual

800. Naturaleza jurídica de la responsabilidad precontractual. a) La autonomía privada se expresa en la regla del artículo 1545, en cuya virtud el contrato legalmente celebrado es ley para los contratantes. Mientras no haya consentimiento, no nacen *obligaciones contractuales* entre las partes, pues éstas tienen por antecedente necesario la voluntad de obligarse (artículo 1445). Sin embargo, ya durante la negociación del contrato surgen para las partes *deberes de cuidado*. Si las partes regulan sus negociaciones mediante *acuerdos en principio* u otras convenciones preliminares, los debe-

⁶³ En verdad, se trata de responsabilidad respecto de personas que son doblemente extrañas: lo son respecto del contrato en cuya virtud el informe fue emitido y también respecto del contrato en que aquéllas intervienen.



res recíprocos devienen en obligaciones contractuales, en los términos de esos acuerdos.⁶⁴ A falta de esos contratos preparatorios, cuya interpretación y efectos pertenecen al derecho de los contratos, los deberes de cuidado que las partes deben emplear en la negociación están impuestos por el derecho, y no por la convención, de modo que la *responsabilidad precontractual es extracontractual*.⁶⁵

b) A pesar de su naturaleza extracontractual, la responsabilidad por incumplimiento de deberes de cuidado durante la negociación o conclusión de un contrato presenta analogías contractuales, en atención a la relación negocial que surge con ocasión de las tratativas contractuales. La oferta de contratar y la negociación contractual dan lugar a deberes de cooperación y lealtad. En otras palabras, no se trata de deberes de cuidado que se tienen respecto de extraños absolutos, sino de quienes han sido invitados a contratar o con quienes se negocia actualmente un contrato.

Por eso, aunque en la etapa precontractual no existe consentimiento perfeccionado, ni hay deber jurídico de concluir positivamente la negociación, existe un *contacto negocial que impone deberes de protección, de lealtad y de diligencia* para evitar daños a la otra parte.

c) Los deberes positivos de cuidado están esencialmente referidos a la acción compleja que es negociar un contrato y su infracción pertenece, por lo general, a la categoría de las omisiones en la acción (*supra* N° 69).

801. Bienes jurídicos en juego en la responsabilidad precontractual. a) Un conflicto de bienes resulta evidente en la determinación de los deberes de cuidado que se imponen en el período precontractual. Por un lado, aún no hay *promesa*, de modo que tampoco puede haber contrato; por otro, existe un grado variable de *confianza* que debe ser honrada por quien la ha creado. Extender en exceso el principio de que no hay responsabilidad sin consentimiento, puede dejar sin reparación daños que resultan del abuso o de no tomar en consideración el interés de la contraparte; por el contrario, extender en exceso los deberes precontractuales supone intro-

⁶⁴ El más perfecto de los contratos preparatorios es la promesa de celebrar un contrato, porque, cumplidos los requisitos del artículo 1545, da acción para exigir la celebración del contrato prometido; otros contratos preliminares suelen tener efectos más limitados, como establecer deberes recíprocos de exclusividad en la negociación o de confidencialidad, convenir un procedimiento para la negociación, atribuir a una de las partes la carga de las expensas de la negociación si ésta se frustrare o formalizar acuerdos intermedios entre las partes.

⁶⁵ Siguiendo la calificación de R. Von Jhering (Von Jhering 1861), en algunos sistemas jurídicos la responsabilidad precontractual ha sido calificada como contractual; es el caso, por ejemplo, del derecho alemán, que entiende que al iniciarse una negociación contractual se produce una relación personal cuyo origen es un *contacto social típico*, aunque aun no haya consentimiento (Larenz 1987 121); para la discusión en el derecho francés, Ghestin 1993 295, Viney 1995 357, con referencia a que la jurisprudencia opta por la calificación delictual, a menos que haya un contrato preliminar; un vistazo general a las diferentes posibles calificaciones en L. Díez-Picazo 1993 I 274 y en Celedón/Silberman 2004 52.

ducir riesgos de responsabilidad en una fase caracterizada por la ausencia de voluntad de obligarse.

No debe extrañar, en consecuencia, que la materia sea objeto de sutiles distinciones en la doctrina y jurisprudencia contemporáneas, atendiendo a las posiciones relativas de las partes y a la intensidad que hayan tenido las negociaciones contractuales. En este libro sólo pueden ser analizados los criterios generales para atribuir responsabilidad precontractual, teniendo en vista el conflicto que suele existir entre el *principio de que sin voluntad no hay obligación*, que se expresa en el valor obligatorio de la promesa, y el *principio de la confianza*, que acentúa los deberes de colaboración que surgen para las partes antes de que consientan en un contrato.

b) La distancia existente entre el contrato convenido y el que se encuentra en estado de negociación se muestra en que durante este último período cada parte asume que la otra está cuidando sus propios intereses. En el *common law* esta idea se expresa en el principio *caveat emptor*, en cuya virtud corresponde al comprador comprobar lo que está adquiriendo.⁶⁶ También la tradición del derecho civil ha sido históricamente reticente a exigir especiales deberes de cuidado en la fase de negociación, porque se ha asumido que la mejor garantía de un acuerdo justo es precisamente que cada cual persiga su propio interés. Por eso, tradicionalmente el derecho privado sólo ha reconocido acciones por el *dolo* cometido durante las negociaciones; sea que se exprese positivamente, en declaraciones falsas u otros actos de ocultamiento de la verdad, o negativamente, por reticencia, al omitir información acerca de vicios de la cosa sobre la cual recae el consentimiento.

c) Sin embargo, la regla ha sido atenuada en el derecho privado de esta época, que ha tendido a establecer *deberes de colaboración basados en el principio de la buena fe durante la negociación del contrato*. No se trata de transformar la negociación en una obligación de contratar (lo que sólo ocurre en el caso del contrato forzoso, ordenado por la ley), ni de limitar el ámbito de lo que legítimamente puede ser objeto de la convención (como ocurre con las reglas de orden público), sino de procurar el *cuidado, veracidad y lealtad que se tiene derecho a esperar de la otra parte en un proceso de negociación*, que, por definición, puede o no conducir al consentimiento.⁶⁷ De este modo, surgen durante el período de tratativas contractuales *deberes de seguridad*, que tienen por fin evitar accidentes a la persona o bienes de la contraparte; *deberes de veracidad e información*, que evitan el error y favorecen la decisión informada; y, en general, *deberes de lealtad y de discreción*, que tienen por antecedente un contexto preciso de protección de la confianza que una parte tiene derecho a poner en la otra, con independencia de que llegue a conformarse una relación contractual.

⁶⁶ De hecho, el *common law* no conoció acción por garantías implícitas del vendedor, en el derecho inglés esta situación perduró hasta la *Misrepresentation Act* de 1967 (Fleming 1985 58); la evolución doctrinal y jurisprudencial había comenzado mucho antes en Estados Unidos (Prosser/Keeton *et al.* 1984 737).

⁶⁷ L. Díez-Picazo 1993 I 271.

Por cierto que estos deberes son tanto más fuertes cuanto menos intensa sea la fase de negociación del contrato. En contratos de larga discusión, cada parte puede cautelar su interés mediante acuerdos intermedios (como, por ejemplo, acuerdos de negociación exclusiva o de confidencialidad); o puede negociar cláusulas precisas por las que la contraparte garantiza ciertos hechos que están bajo su control (como ocurre con las declaraciones que el vendedor de una empresa realiza acerca del estado de los bienes que son objeto del contrato o de las contingencias laborales, ambientales o de otras naturalezas). Distinto es el caso de los contratos estandarizados o masificados, especialmente donde existen posiciones asimétricas de información, que no pueden ser razonablemente remontadas por quien se encuentra en desventaja. Por eso, los deberes precontractuales no pueden ser definidos en abstracto. Así, esos deberes tienden a ser más intensos respecto de quien adquiere una pequeña participación accionaria en comparación con aquel que negocia la adquisición del control de una empresa importante y que está en mejor posición para exigir información circunstanciada y garantías acerca de los aspectos más diversos del negocio.⁶⁸

802. Período que comprende la responsabilidad precontractual. La responsabilidad precontractual puede tener por antecedente ilícitos cometidos durante la negociación de un contrato, al momento de convenirlo o con ocasión de la ruptura de negociaciones.

Los ilícitos cometidos *durante la negociación o al momento de contratar* pueden tener por efecto que se celebre un contrato que el demandante no habría celebrado o habría convenido en términos diferentes. A la inversa, si una parte negocia de mala fe con el propósito de impedir que la otra celebre un contrato (por ejemplo, con un competidor), es responsable aunque ningún contrato se haya celebrado. Y si el vendedor engaña al comprador para obtener su consentimiento, la responsabilidad derivada del dolo es precontractual, porque no resulta del incumplimiento de un contrato, sino de maniobras orientadas a obtener el consentimiento (sin perjuicio de la acción rescisoria que pudiere proceder).

Los ilícitos cometidos *luego de terminadas las negociaciones* se relacionan con los deberes de lealtad para con la parte que ha confiado erróneamente en que el contrato se ha perfeccionado. A esta fase también pertenecen los deberes de cuidado que impone el Código de Comercio al oferente que se retracta antes que la oferta sea aceptada (artículo 100) o luego de una aceptación extemporánea (artículo 98 III).

803. Perjuicios indemnizables por ilícitos precontractuales. a) Una negociación contractual frustrada puede lesionar diversos intereses de las partes. Ante todo, la negociación supone *costos*, porque exige asignar horas de trabajo del propio personal, contratar abogados, auditores y otros especia-

⁶⁸ Cane 1996 459.

listas, efectuar viajes y, en general, realizar las más diversas acciones conducentes a tomar una decisión de negocios. Enseguida, puede ocurrir que una de las partes, en la *confianza* de que la negociación resultará exitosa, adopte decisiones de inversión, deje un trabajo o deseché otras oportunidades de negocio. Finalmente, que el contrato no se llegue a celebrar supone usualmente que alguna de las partes vea afectado su interés en el negocio que se frustra.

En otras palabras, en una negociación contractual están comprometidos intereses que tienen distintos sustentos: los costos que naturalmente supone la negociación, los gastos y demás perjuicios que se siguen de haber confiado una parte en que el contrato en definitiva se perfeccionaría y el interés económico representado por el contrato que se negocia.

b) Para discriminar los perjuicios indemnizables en razón de infracciones de deberes precontractuales es necesario atender al fin de las normas de cuidado que el derecho impone a las partes de una negociación (*supra* § 29): el ilícito precontractual no consiste en haberse resistido a celebrar el contrato, sino haber negociado de mala fe o con grave desaprensión respecto de los intereses de la otra parte, sea con ocasión de la de la ruptura de negociaciones o de la celebración del contrato (como ocurre en caso de dolo por acción o reticencia). En consecuencia, el perjuicio está dado por los efectos que se siguen de haber puesto la confianza en la diligencia y buena fe de la contraparte, de modo que la pretensión indemnizatoria tiene por finalidad que el demandado ponga al actor en la situación en que se encontraría si esos específicos ilícitos no se hubiesen realizado.

Por eso, la regla general será que el interés protegido no es el beneficio que el contrato habría reportado al demandante si hubiese llegado a celebrarse o si hubiese sido válido (esto es, la frustración 'del propósito contractual'),⁶⁹ sino los daños que se siguen del ilícito, como son los costos de negociación y los que se derivan de la confianza creada en la contraparte y contrariada de mala fe por el demandado. Así, por ejemplo, si se ha negociado de mala fe una asociación, el demandado deberá indemnizar los gastos incurridos en la negociación, la pérdida de oportunidades ciertas de negocios y la diferencia de precio de adquisición de un bien en razón de haber confiado en la seriedad de la negociación, pero no los

⁶⁹ La doctrina alemana distingue en la materia el *interés positivo*, que tiene la parte en que el contrato se perfeccione y que no resulta indemnizable, y el *interés negativo*, que se relaciona con los daños que soporta en razón de haber sido afectado en la confianza; en general, la responsabilidad precontractual sólo protege el interés negativo (Larenz 1987 480). La muy lúcida descripción de Fuller/Perdue 1936 10 de los tipos de intereses que pueden traducirse en daños contractuales (intereses restitutorios, de confianza y en la prestación de la contraparte) es muy ilustrativa a este respecto: por lo general, la responsabilidad precontractual sólo comprende los daños que se siguen de haberse defraudado la confianza.

beneficios que se habrían seguido para la contraparte si el contrato se hubiese convenido válidamente.⁷⁰

c. Responsabilidad por ruptura de negociaciones

804. Principio: la ruptura de negociaciones no da lugar a responsabilidad. Aunque de naturaleza extracontractual, la responsabilidad por ilícitos cometidos durante la negociación de un contrato está dominada esencialmente por los principios que rigen el derecho de los contratos. De ello se sigue, ante todo, que mientras no haya consentimiento, *no hay deber de convenir un contrato*, porque el principio de la libertad negativa, que autoriza para contratar o para no hacerlo, es dominante en la doctrina jurídica del contrato.⁷¹ Por eso, la regla general es que cada parte puede poner término unilateralmente a la negociación, sin que el ejercicio de esa potestad esté sometido a justificación alguna. En consecuencia, la responsabilidad por ruptura de las negociaciones no tiene jamás por antecedente el mero hecho de que el contrato no llegue a celebrarse (a menos que exista un contrato de promesa de celebrar un contrato), sino las hipótesis en que una parte ha abusado de la confianza de su contraparte, infligiéndole daño.⁷²

805. La mala fe y la grave desconsideración como supuestos básicos de responsabilidad. a) Se ha visto que el deber de negociar de buena fe exige limitar durante la fase de negociación el juego puramente estratégico, en que cada parte procura su propio interés, honrando ciertos deberes mini-

⁷⁰ Excepcionalmente la responsabilidad puede alcanzar el interés positivo, que se expresa en el lucro cesante correspondiente al contrato, cuando el ilícito precontractual ha impedido la formación del consentimiento, en circunstancias que el demandante ya había expresado su voluntad negocial. Así, en el derecho comparado se conocen casos líderes en el sentido de que debe ser indemnizado el lucro que habría obtenido del contrato quien es injustamente excluido de participar en una propuesta pública en circunstancias que de lo contrario, atendidos los términos de su oferta, necesariamente habría obtenido el contrato; en este sentido Kötz/Flessner 1992 37, con referencia a fallos del tribunal supremo alemán (BGH, 23.9.1982, NJW 1983 442), del tribunal supremo holandés (18.6.1982, Ned. Jur. 1983 723) y de la Corte inglesa de apelación (*Blackpool Aero Club v. Blackpool Borough Council*, 1990, 3 All ER 25 CA).

⁷¹ En cuanto a los límites de los deberes precontractuales, puede referirse el caso de una sucesión, que luego de formular una oferta de venta de un inmueble y de renovarla verbalmente sin obtener la aceptación formal de la destinataria, se negó a suscribir la matriz de escritura que había sido finalmente firmada por la compradora después de varios días; la Corte de Santiago estimó que los demandados (la sucesión), al negarse a celebrar el contrato de compraventa proyectado, no ejecutaron un hecho ilícito culpable, estimando que la negativa podía entenderse como el ejercicio del derecho a no perseverar en las gestiones tendientes a celebrar el contrato (Corte de Santiago, 25.8.1948, RDJ, t. XLVI, sec. 2ª, 48).

⁷² Un informado estudio de la ruptura de negociaciones como fuente de responsabilidad civil en el derecho chileno y comparado en Celedón/Silberman 2004 *passim*.

mos de lealtad que se pueden esperar de un contratante honesto y leal. Con todo, el derecho privado asume que durante la negociación del contrato cada parte cuida razonablemente de su interés y que los deberes sólo se adquieren en virtud de la promesa contractual (*supra* N° 798).

Por eso, el reconocimiento de deberes precontractuales que limitan más allá del fraude la potestad de poner término a las negociaciones, plantea fuertes reservas en la doctrina y jurisprudencia comparadas. El *common law* es particularmente reacio a reconocer un deber positivo de llevar adelante las negociaciones de buena fe, precisamente porque es tenido por inconsistente con el derecho de cada parte de poner término (o de amenazar con poner término) a las tratativas en cualquier momento.⁷³ En la tradición del derecho civil, la protección de la confianza ha llevado a definir ciertas hipótesis de responsabilidad cuando una de las partes ha creado o alimentado en la otra la confianza de que el contrato con seguridad se llegará a perfeccionar.⁷⁴

b) En verdad, se suelen confundir los planos al momento de juzgar la procedencia de la responsabilidad por ruptura intempestiva de negociaciones. En estos casos, el objeto de la acción no es restringir la libertad de celebrar o no el contrato, sino la reparación de los daños que se siguen de haber abusado de la confianza creada o alimentada en la contraparte (como es el caso de la regla del artículo 99 del Código de Comercio). Por eso, el perjuicio relevante no es el interés positivo en que el contrato llegue a producir efectos, sino el negativo consistente en los daños que se siguen de haber confiado en la certeza de que el contrato se celebraría (*supra* N° 803).⁷⁵ Incluso en el *common law*, particularmente reticente a reconocer deberes recíprocos durante la negociación contractual, se reconocen acciones de responsabilidad en estos casos, cuyo alcance es precisamente reparar los efectos de la confianza deshonrada.⁷⁶ En definitiva, de la cir-

⁷³ Cohen en Beatson/Friedmann 1995 28, Kötz/Flessner 1992 40, Celedón/Silberman 2004 29; en general, sobre la reticencia del *common law* a establecer deberes contractuales implícitos, basados en la buena fe, Zimmermann/Whittaker 2000 39.

⁷⁴ Viney 1995 357, L. Díez-Picazo 1993 I 278; Medicus 2002 61, con referencia al § 311 II 1 del BGB; esta norma, introducida con ocasión de la reforma al derecho de obligaciones de 2002, expresa, recogiendo una evolución jurisprudencial anterior, que la iniciación de negociaciones contractuales da lugar a una relación obligatoria que genera deberes de respeto y consideración de los derechos, bienes jurídicos e intereses de la otra parte.

⁷⁵ Véase, en este sentido, Corte de Concepción, 5.6.1996, rol N° 374-1993, con com. de R. Domínguez B., R. Domínguez Á. y C. Domínguez, en Rev. Concepción 199, 1996, 179; y Corte de Concepción, rol N° 1.530-1996, con com. de los mismos autores, en Rev. Concepción 204, 1998, 187.

⁷⁶ El caso líder en Estados Unidos es *Hoffman v. Red Owl Stores*, Supreme Court of Wisconsin, 1965, 26 Wis. 2d 683, 133 NW 2d 267 (tomado de Barnett 1999 800), donde una cadena de supermercados fue condenada a reparar los perjuicios de confianza sufridos por su contraparte, quien en la seguridad de que le sería concedida una franquicia, y con conocimiento y asistencia del demandado, realizó diversas operaciones, incluyendo la venta de su local comercial, e incurrió en diversos gastos para hacer frente a su nueva posición, que no llegó a concretarse en atención a las siempre crecientes exigencias del demandado.



cunstanza que el contrato sólo se perfeccione una vez que el consentimiento esté expresado con las formalidades que procedan, no se sigue, a contrario sensu, que durante su negociación no pueda incurrirse en ilícitos que dan lugar a responsabilidad extracontractual.⁷⁷

806. Negociación fraudulenta. El caso más extremo de ilicitud es la negociación fraudulenta, que se lleva a cabo sin el propósito de celebrar contrato alguno. En este caso, la ruptura resulta ser el resultado de una intención de no contratar, que se mantiene oculta durante la negociación. El fin más evidente es impedir que la contraparte aproveche la oportunidad de contratar con un tercero, obteniendo de ese modo una ventaja competitiva, sea respecto del tercero o de la contraparte.

La mayor dificultad de este ilícito es de naturaleza probatoria. En un conocido caso inglés, en que se demandaba que los gestores de un supuesto proyecto de inversión sólo intentaban recaudar dinero para pagar antiguas deudas, el juez expresó con escepticismo irónico que "el estado de ánimo de un sujeto es algo así como el estado de su digestión".⁷⁸ Usualmente, la única manera de llegar a la intención fraudulenta es por medio de presunciones construidas a partir de evidencia circunstancial. Pero si se logra probar de este modo (o por cualquier otro medio probatorio) que la negociación no era seria, sino que perseguía un objetivo distinto al consentimiento, resulta inequívoco que se ha incurrido en un ilícito civil que da lugar a responsabilidad.

807. Grave desconsideración de la confianza creada en la celebración del contrato. a) Aunque se acepte el principio de que la potestad de las partes de interrumpir las negociaciones no está sujeta a limitaciones, la mayoría de los sistemas jurídicos establecen algunas calificaciones que van más allá de las hipótesis de conducta fraudulenta. En esencia, se trata de conductas abusivas, que muestran una grave desconsideración con los intereses de la contraparte, aunque no exista una intención aviesa.⁷⁹

b) Para que pueda plantearse la responsabilidad se requiere, ante todo, que la negociación esté en un estado de avance tal que exista *acuerdo acerca de los aspectos esenciales del contrato* que se discute (artículo 1444). En circunstancias que el bien protegido es la confianza, el ilícito sólo puede producirse cuando la negociación tiene un grado de madurez suficiente, de modo que sólo falte la formalización o la discusión de aspectos puramente instrumentales para que el contrato se perfeccione.

Sin embargo, el solo estado de avance de la negociación no es suficiente para que surjan limitaciones a la potestad de terminar la negociación.

⁷⁷ Especialmente lúcido en esta diferencia, Fried 1981 41.

⁷⁸ Lord Bowen, en *Edlington v. Fitzmaurice*, 29 Ch. D. 459, 483 (1885), citado por Epstein 1999 551. La idea ha sido recogida en el Restatement/Torts II § 530 com. a), que pone énfasis en la necesidad de que las declaraciones del demandado puedan ser razonablemente interpretadas como expresión de su intención de contratar.

⁷⁹ Ghestin 1993 296.

También se requiere que *el demandado haya creado o alimentado en la contraparte la certeza de que la negociación concluirá en un contrato*.⁸⁰ Ello puede ocurrir mediante una declaración explícita en tal sentido, pero también mediante la propuesta de realizar actos que suponen esa certeza, como puede ser la invitación a poner término a la actividad que el demandante entonces realizaba, la petición o autorización para efectuar arreglos en la casa que se pretende arrendar u otras igualmente inequívocas.

Finalmente, aunque se haya creado esa confianza en la contraparte, puede ocurrir que quien interrumpe las negociaciones tenga una buena razón para no cerrar el contrato: puede haber recibido una oferta más conveniente de un tercero, un estudio más detallado de los flujos del negocio puede llevarlo a la conclusión de que el contrato no le es conveniente, una enfermedad puede alterar el interés, las condiciones del mercado pueden haber cambiado entretanto. En tales circunstancias, la ruptura pertenece al curso posible de una negociación inconclusa; que sea admisible poner término a las negociaciones en tales casos muestra con nitidez la distancia entre el contrato ya convenido y el que aún está en período de formación.

Por eso, la creación de confianza en la contraparte no es suficiente para dar lugar a la responsabilidad, porque mientras el consentimiento no está formado conforme a la ley, cada parte debe contar con la posibilidad de que la otra tenga un motivo sobreviniente para desear el contrato. De ahí que la responsabilidad requiere, además de la confianza creada en que la negociación ya muy avanzada terminará exitosamente, que la *ruptura carezca de todo fundamento plausible*⁸¹ o *razón legítima, resultando brutal y unilateral*.⁸² Exis-

⁸⁰ En una importante sentencia de la Corte de Concepción se estimó que era desleal la conducta de una empresa que pone término abruptamente a negociaciones de larga duración para la compra de predios forestales, luego de que se revisaron los títulos y los terrenos, se prepararon e intercambiaron borradores de contratos de promesa y de mandato, se acordaron los elementos esenciales del contrato e incluso se convino en una fecha para la suscripción de una promesa de compraventa, después de todo lo cual, en el día fijado a ese efecto, el vendedor comunicó que había aceptado la oferta de un tercero que ofrecía una suma superior (Corte de Concepción, 5.6.1996, rol N° 374-1993, con com. de R. Domínguez Á., R. Domínguez B. y C. Domínguez, en Rev. Concepción 199, 1996, 179); en la sentencia se asume que lo abusivo de la conducta del demandado radica en no haber informado de las tratativas simultáneas y en haber creado la confianza de que se negociaba un contrato cierto, lo que justificaba los gastos incurridos, que fueron los perjuicios que el demandado fue condenado a reparar. El caso plantea la duda de que el riesgo pudo evitarse mediante un acuerdo de negociación exclusiva; aunque ninguna convención existía en la materia, todo indica que los jueces del fondo, en una sentencia bien fundada, estimaron que el avance y las demás circunstancias de la negociación daban lugar al deber de lealtad de informar de una negociación paralela.

⁸¹ Medicus 2002 61, con referencia a la jurisprudencia alemana.

⁸² Cass. com., 20.3.1972, citado por Kötz/Tessner 1992 39; véase también cass. com., 22.4.1997, con comentario de R. Domínguez Á., R. Domínguez B. y C. Domínguez, en Rev. Concepción 200, 1996, 192 (fallo tomado de RTDC 1997 651), en que se hace asimismo referencia a la idea, insuficiente en mi entender, de que la ruptura brutal y unilateral, sin más requisitos, daría lugar a la reparación de los daños provocados por la confianza de la contraparte en la seriedad de la negociación.



tiendo alguna de esas razones justificatorias, sólo persiste el deber de diligencia de informar a la contraparte de la ruptura, de modo de evitarle mayores costos.⁸³

c) Requisitos tan fuertes tienen su explicación en la excepcionalidad de la responsabilidad por ruptura de las negociaciones. Quien quiere asegurarse un contrato, y actuar confiado en que éste se celebrará, puede convenir un contrato de promesa u otros contratos preliminares, en la medida que se logre acuerdo en los aspectos fundamentales; por el contrario, si no hay acuerdo sobre aspectos que para la otra parte son determinantes, la confianza en que la negociación prosperará debe ser atribuida, en principio, a una equivocada percepción de quien incurre en gastos o realiza otros actos que suponen que el contrato se celebrará.⁸⁴

Por eso, recapitulando, no basta la confianza, sino que se requieren dos requisitos adicionales: ante todo, la confianza debe haber sido provocada o sustentada por la otra parte; y, además, no basta la ruptura, sino que ésta debe carecer de todo fundamento razonable. Por eso, la responsabilidad por ruptura de las negociaciones puede ser entendida de mejor manera a la luz del abuso de una potestad jurídica, que no exige intención de dañar, pero sí una grave desconsideración del interés de la contraparte que es incompatible con la buena fe (*supra* N° 450).⁸⁵ Y esa apreciación necesariamente debe hacerse atendiendo a la duración y avance de la negociación, a la experiencia de las partes en negociaciones y a las demás circunstancias que permiten configurar en concreto ese supuesto de responsabilidad.

d. Responsabilidad a consecuencias de la nulidad del contrato

808. Naturaleza de la responsabilidad que se sigue de la nulidad de un contrato. a) La nulidad de un contrato puede ser atribuible a un hecho negligente o doloso de una de las partes: el error puede deberse a una

⁸³ L. Díez-Picazo 1993 I 279.

⁸⁴ Medicus 2002 61. Lo mismo vale si aún no se otorgan las autorizaciones administrativas o de terceros para que el contrato se celebre; por eso resulta muy discutible que en Corte de Concepción 20.6.1999, rol N° 1.530-1996, se entendiera que es una ruptura ilícita de negociaciones el retiro motivado por el retraso en la modificación de un plano regulador (que, en definitiva, fue luego aprobado), que era necesario para los fines de quien estaba interesado en un arriendo (comentario favorable, en atención a que la sentencia da lugar a responsabilidad por término abusivo de negociaciones, pero sin entrar en los fundamentos más concretos, de R. Domínguez Á., R. Domínguez B. y C. Domínguez, en Rev. Concepción 204, 1998, 187).

⁸⁵ Estos criterios son compartidos por Unidroit/Principios, artículo 2.15, especialmente en comentario 3. Ghestin 1993 296 ve en esta diferencia con el dolo la peculiaridad de este tipo de responsabilidad por ruptura de negociaciones; así también cass. civ. 16.10.1973 (citada por Viney 1995 359).

inadvertencia culpable de quien lo sufre,⁸⁶ como también a la falta de información acerca de la cosa que se adquiere; el dolo, por su parte, da lugar a responsabilidad por perjuicios que se siguen, haya sido o no determinante en el consentimiento y, en consecuencia, conduzca o no a la nulidad del contrato (artículo 1458 II); también la omisión de una formalidad o la información acerca de la imposibilidad de la prestación puede ser atribuible a la negligencia de una de las partes. En definitiva, de la declaración de nulidad se pueden seguir perjuicios atribuibles a la culpa de una de las partes con motivo de la negociación o celebración del contrato.⁸⁷

b) La nulidad tiene por efecto privar de eficacia al contrato, extinguiendo las obligaciones que nacen para las partes. El contrato se reputa no haber existido y los efectos de su anulación operan retroactivamente, de modo que ningún vínculo preexistente entre el autor del daño y el demandante puede ser invocado como fundamento. En consecuencia, la responsabilidad que se sigue de la declaración de nulidad es *extracontractual*.⁸⁸ Más específicamente, es un caso de infracción de deberes de cuidado precontractuales, durante la negociación o con ocasión de la celebración del contrato.

809. Alcance de la indemnización. a) Como ocurre en general con la responsabilidad precontractual, los perjuicios indemnizables a la víctima del dolo o de la negligencia son los sufridos en razón de la confianza en la eficacia del contrato y no los que corresponden al interés contractual que suponía el contrato válido.

En otras palabras, la víctima no puede demandar el *lucro cesante* que se sigue del contrato nulo (porque no hay contrato que se pueda invocar como fuente de la responsabilidad), sino sólo el que resulte de no haber aprovechado una oportunidad cierta de negocios por haber confiado en la validez del contrato que resultó ser nulo (*supra* N° 803). Sin embargo, conviene tener presente que existen casos de nulidad en que el perjuicio por lucro cesante no puede ser otro que el beneficio contractual perdido. Así ocurre, por ejemplo, cuando un contrato de seguro es declarado nulo por reticencia dolosa de la compañía; en circunstancias que el fin del asegurado es obtener cobertura del riesgo, carecer de ella por la negligencia o dolo de la compañía es un perjuicio que se sigue del ilícito precontractual.⁸⁹

⁸⁶ Pertenece a la doctrina del contrato definir en qué casos la inexcusabilidad del error priva a quien lo sufre de la acción rescisoria; todo indica, sin embargo, que la nulidad por error en la formación del consentimiento puede prosperar aunque haya habido alguna negligencia de quien lo sufre, en cuyo caso éste se expone a la acción reconvenzional de responsabilidad.

⁸⁷ Alessandri 1943 58, A. Alessandri B. 1949 1127.

⁸⁸ O. Tapia 1941 410, Alessandri 1943 57, A. Alessandri B. 1949 1128, Corral 2003 44; en el mismo sentido Corte de Santiago, 8.9.2000, CJ 243, 76.

⁸⁹ Viney 365; para ello, sin embargo, no es necesario cambiar la calificación de la responsabilidad a contractual, como se discute en el derecho francés, pues el daño (carecer del beneficio perseguido) es directamente atribuible al ilícito precontractual.



El daño emergente indemnizable corresponde a los costos incurridos en las negociaciones y celebraciones del contrato, así como a los gastos realizados en la confianza de que el contrato era válido.

b) La reparación de los perjuicios que se siguen de la nulidad atribuible a dolo o negligencia de la contraparte tiene, como es obvio, un objeto complementario y no acumulativo respecto de las prestaciones mutuas que deben hacerse las partes a efectos de producir la *restitutio in integrum* que provoca la declaración de nulidad (artículo 1687).

e. Responsabilidad por infracción a deberes de seguridad

810. Deberes respecto de la persona y bienes de la contraparte. Durante las tratativas las partes pueden estar sujetas a deberes de cuidado respecto de la persona y propiedad de la contraparte. Si un cliente sufre un accidente en una tienda porque un dependiente le deja caer negligentemente un objeto pesado desde un estante superior o si un interesado en comprar un auto lo choca por su grave imprudencia en un manejo de prueba, hay lugar a la responsabilidad civil de conformidad con las reglas generales.⁹⁰ En la responsabilidad precontractual, el cuidado debido no sólo se deriva del principio general de no dañar a otro, sino de la especial relación que surge entre las partes con motivo de la negociación.⁹¹

f. Responsabilidad por infracción a deberes positivos de información⁹²

811. La información en el derecho de contratos. En un mundo ideal de información completa, que puede ser adquirida sin costo alguno, cada parte toma sus decisiones sobre la base de preferencias que tienen por antecedente todos

⁹⁰ Se ha fallado que incurre en responsabilidad extracontractual el supermercado que se encuentra en posición de garante de la seguridad de sus clientes mientras éstos se desplazan dentro de su local comercial, cuando uno de éstos cae en un hoyo existente al interior del local, tapado con un trozo de cartón, sufriendo lesiones corporales (Corte de Santiago, 4.5.2005, GJ 299, 184); es discutible que en el caso del comercio exista un deber de garantía de la seguridad de los clientes, como expresa la sentencia, porque ello daría lugar a una responsabilidad estricta carente de todo sustento legal; en verdad se trata de un deber de seguridad, que debe cumplirse con diligencia.

⁹¹ En sistemas jurídicos en que la responsabilidad por ilícitos durante las negociaciones es calificada de contractual, en razón de la especial relación que se establece a consecuencias de las tratativas, los deberes de cuidado respecto de la seguridad personal y de la propiedad suelen ser importantes para evadir los límites que la ley establece respecto de la responsabilidad extracontractual (Medicus 2002 59).

⁹² En esta sección quisiera expresar mi reconocimiento a David Núñez, espléndido memorista, quien simultáneamente con la preparación de este texto ha trabajado el tema de los deberes de información en una extensión y profundidad que superan las pretensiones de esta sección (véase Núñez 2006).

los hechos relevantes. En esta hipótesis, bajo el supuesto de que el mercado es competitivo, está asegurado el consentimiento racional y libre y una óptima asignación de recursos. En el mundo real, por el contrario, la información está distribuida asimétricamente, pero de ello no se sigue *per se* que sea ilegítimo que cada parte la utilice en su favor. Por eso, la pregunta esencial reside en saber cuándo una parte debe entregar información a su contraparte; o, lo que es lo mismo, cuándo no es lícito conservarla como propia.⁹³

Por otro lado, las ciencias del comportamiento humano han comenzado a acentuar que el óptimo de información no necesariamente coincide con la cantidad. Puede ocurrir que un exceso de información resulte contraproducente a efectos de la decisión razonable de una persona legítima, que tampoco puede dedicar mucho esfuerzo a descifrarla.⁹⁴ No debe extrañar, en consecuencia, que los deberes de información constituyan un conjunto muy complejo y diferenciado de principios y normas, cuya infracción suele dar lugar a responsabilidad civil.

812. Lugar sistemático de los deberes de información. a) Los deberes de información se plantean con ocasión de la *negociación* o *celebración* de un contrato o con motivo de su *ejecución*. Por regla general, la información determinante para la formación del consentimiento (esto es, aquella que habría motivado a la contraparte a no contratar o a hacerlo en términos diferentes a los convenidos) da lugar a responsabilidad precontractual, porque es objeto de deberes de conducta que son exigibles cuando aún no existe contrato entre las partes;⁹⁵ sin embargo, no debe desatenderse que esos deberes sólo dan lugar a responsabilidad si el contrato llega a celebrarse. Por el contrario, la información que debe prestarse en la fase de ejecución del contrato (como la referida al adecuado funcionamiento de una máquina que ha sido vendida) es inequívocamente objeto de obligaciones contractuales, sea que hayan sido expresamente pactadas o deriven del deber de cumplir el contrato de buena fe (artículo 1546).

b) El incumplimiento de deberes de información puede dar lugar a un vicio del consentimiento, en cuyo caso el demandante suele tener la acción rescisoria y una acción indemnizatoria por los perjuicios derivados de la nulidad (*supra* N° 808).⁹⁶ Pero aunque ello no ocurra, sea porque el

⁹³ Un análisis diferenciado de las desigualdades de información, asumiendo el principio de que son los deberes de información los que deben ser justificados en I. de la Maza en Varas/Turner 2005 160.

⁹⁴ Ello lleva a preguntarse por la relevancia y límites del modelo de racionalidad del *homo oeconomicus* en el derecho civil y comercial, aunque se le acepte como el mejor criterio interpretativo de las relaciones privadas; una excelente síntesis en Eidenmüller 2005 b 216; desde una perspectiva comparada, Kötz/Flessner 1992 81.

⁹⁵ Para un análisis dogmático de los deberes de información anteriores y simultáneos a la celebración del contrato, en parte diferente del esbozado en este párrafo, Fabre-Magnan 1992 228.

⁹⁶ Un análisis de los deberes de información desde la perspectiva conjunta de los vicios del consentimiento y de la responsabilidad civil en I. de la Maza en Varas/Turner 2005.

error no es sustancial, sea porque el dolo no resulta determinante en la decisión de contratar, la acción indemnizatoria tiene por fundamento un deber de cuidado que no deriva del contrato propiamente tal (en tal sentido, la acción indemnizatoria que reconoce el artículo 1861 por vicios redhibitorios es por incumplimiento de deberes precontractuales). La excepción está dada por las garantías contractuales que una parte conviene con la otra, relativas a cuestiones de hecho que esta última garantiza en virtud de una cláusula contractual expresa, las que naturalmente pasan a formar parte de las obligaciones contraídas en razón del contrato.

813. Información apropiable y deberes de información. a) La información suele ser un bien económico, que posee valor para quien se aprovecha de ella en exclusividad. Puede ocurrir que esta información resulte de estudios o inversiones de quien la obtiene. Es el caso, por ejemplo, de quien investiga el potencial uso agrícola de tierras hasta entonces infértiles o invierte en el conocimiento de las preferencias de la gente en los diversos mercados; lo justo y eficiente es que ese esfuerzo sea aprovechado por quien lo realiza, porque admitir la apropiación es una retribución a un esfuerzo que la contraparte no ha efectuado y es un incentivo para obtener información socialmente valiosa. Por eso, no se puede establecer un principio general que obligue a entregar a la otra parte toda la información relevante de la que ésta carece; la pregunta se refiere, por el contrario, a cuál información debe ser compartida con la contraparte (en el caso de negociaciones cara a cara) y con el público en general (tratándose de bienes o servicios de oferta masiva).⁹⁷

⁹⁷ Es interesante a este respecto el *análisis económico de la información*, que intenta dar con criterios para distinguir la información apropiable, a cuyo respecto no hay deber de comunicarla a la otra parte, e información que debe ser compartida con la contraparte. El más influyente ensayo en la materia es Kromman 1978 I, quien discrimina la información que ha significado costo económico proveer y la que ha sido adquirida en razón de la simple relación con la cosa o por azar (que, a diferencia de la anterior, debe ser compartida). La elaboración de un criterio general tiende a ser sustituida por el análisis de grupos de casos en que existe el deber de informar; así, Shavell 2004 332 distingue tres preguntas críticas para dar por establecido un deber de informar: i) si la información es poseída por el comprador o el vendedor (o proveedor), recayendo esencialmente el deber en este último y no en el adquirente (como ocurre con los vicios redhibitorios desde el derecho romano); ii) si la regla que obliga a revelar información reduciría, con efectos indeseables, la información económicamente relevante que se encuentra disponible (como ocurriría si se obligara a difundir información sobre investigaciones geológicas realizadas por el comprador, lo que desincentivaría los estudios para fines agrícolas o mineros); y iii) si la información tiene valor social o meramente individual, lo que explica el extendido deber de información relevante en los agentes de los mercados en que participan consumidores e inversionistas en valores. Un sintético análisis de los deberes de información al momento de contratar a la luz del análisis económico, en I. de la Maza en Varas/Turner 2005 146. Los desarrollos más completos en la tradición del derecho civil, con un estudio de los fundamentos morales y económicos de los deberes de información, en Fabre-Magnan 1992 38 y 49, y, con un análisis detallado de los aportes de la economía de la información e intentando una teoría de la información contractual en el contexto más general de las relaciones entre derecho y economía, en Fleischer 2001 93 y 178.

Un ejemplo clásico fue planteado por Cicerón: "si un hombre honrado hubiere transportado una gran cantidad de trigo de Alejandría a Rodas, durante la escasez y el hambre de los rodios y en una muy grande carestía de víveres; si el mismo sabe que muchos comerciantes partieron de Alejandría con sus naves y las hubiere visto en camino cargadas de trigo dirigiéndose a Rodas, ¿debiera decir esto a los rodios o, callándose, habrá de vender el suyo lo más caro que pueda?".⁹⁸ El propio Cicerón discurre en el diálogo sobre la base de argumentos de justicia y utilidad. La pregunta mantiene actualidad, pues se trata de distinguir la información que la parte experta tiene derecho a utilizar en su favor y la que debe, por el contrario, transmitir a su contraparte. La tendencia del derecho comparado es que una información estratégica, que tiene que ver con las condiciones del mercado y que no ha sido adquirida en ejercicio de una función o cargo que le impida usarla para su propio beneficio, puede ser legítimamente aprovechada en su favor por el comerciante.⁹⁹

b) En definitiva, la responsabilidad por omitir información acerca de un hecho que es importante en la decisión de negocios de la contraparte sólo nace si el demandado tenía un *deber positivo de información*, el cual tendrá que estar especialmente justificado, pues la negociación contractual parte del supuesto de que cada parte cautela su propio interés. En presencia de un deber legal o de buena fe de informar, la omisión de entregar información por la parte que la conocía o debía conocerla puede ser entendida como fraude. Por eso, la responsabilidad por dolo por retención siempre supone que se haya infringido una regla que obligue a informar.¹⁰⁰ Esta regla, como es usual en los deberes de cuidado, puede o no haber sido establecida por la autoridad.

El criterio normativo más empleado es la buena fe, en cuya virtud se asume que la comunicación es condición esencial de cualquier emprendimiento cooperativo, como es el contrato. De ahí que la buena fe, en este contexto, aparece como el marco de expectativas normativas que las partes tienen recíprocamente; esto es, de la información que cada parte debe proporcionar a la otra, atendida su respectiva situación, según las buenas prácticas contractuales.¹⁰¹ En la forma de un deber de información veraz,

⁹⁸ Cicerón *De los deberes* 3 XII.

⁹⁹ Fleischer 2001 577.

¹⁰⁰ Medicus 2002 63.

¹⁰¹ Es ilustrativo ver algunas directivas del derecho comparado en la materia. En Restatement/Tort II § 551 se dispone: "Quien participa en una operación de negocios tiene el deber de ejercer el razonable cuidado de informar a la otra antes de que el negocio esté concluido acerca de (...) e) hechos básicos para la operación, si sabe que la otra parte arriesga llevarlo a cabo en error respecto de esos hechos, y que ésta, en atención a la relación entre ambas partes, los usos del comercio u otras circunstancias objetivas esperaría razonablemente una información acerca de tales hechos"; en un comentario se aclara que son 'hechos básicos' aquellos referidos a la esencia de la operación y se refieren a aspectos importantes de la sustancia de lo que es negociado o tratado (comentario j). En el derecho inglés, el concepto de contrato está constituido sobre la base del modelo de la discusión de

la buena fe puede ser concebida como un patrón cultural que constituye por sí mismo un bien público.¹⁰² La definición en concreto de ese deber supone considerar los aspectos económicos y las expectativas de confianza que son fundamento general de los deberes de cuidado (*supra* § 10 d), con la reserva antes señalada de que son los deberes de información los que deben estar especialmente justificados; ello explica también que el umbral de la responsabilidad esté dado por la mala fe y no por la mera negligencia.

En los próximos párrafos serán analizadas las principales hipótesis en que la buena fe en la negociación impone precisamente esos deberes.

814. Deberes respecto de información que no tiene costo de adquisición y es esencial para el negocio. Vicios redhibitorios. a) Los más clásicos deberes de información se refieren a las *calidades de la cosa o del servicio*, que son (o pueden presumirse) conocidas por la parte que la posee o presta el servicio y que resultan determinantes en la decisión contractual de la contraparte.¹⁰³ El caso más típico es el de exigencias de buena fe en las negociaciones, que se justifican por la confianza que una parte tiene derecho a esperar de la otra.¹⁰⁴ Desde esta perspectiva, el juego puramente estratégico entre las partes encuentra precisamente su límite en los deberes de

un contrato comercial, donde no hay deberes implícitos, sino explícitos de información, sin perjuicio de los ordenamientos especiales sobre protección de consumidores (Smith 2004 304, Auyah 1979 263). En el derecho alemán, la jurisprudencia asume que no existe, en principio, el deber de dar a conocer la información que resulte relevante para un tercero, a menos que exista una relación especial que obligue a hacerlo por exigencia de la buena fe (Palandt/Heinrichs § 261 9); y se entiende que existe ese deber de acuerdo con los usos normativos, cuando, atendidas las circunstancias y de acuerdo con la opinión dominante en el tráfico contractual, la otra parte tiene derecho a esperar que será informada (*idem* § 242 37). En el derecho francés, los jueces hacen también creciente referencia al principio de buena fe para fundar obligaciones de información, extendiendo la norma del artículo 1135, equivalente al 1546 del Código chileno, a la etapa de formación del contrato (Fabre-Magnan 1992 354). En los Principios de derecho europeo de los contratos se expresa que el dolo por reticencia, cuya finalidad es engañar, se deriva del incumplimiento de "estándares razonables que exigen a una parte informar (*disclose*) un hecho particular, atendidas todas las circunstancias, incluidas las siguientes: a) si la parte era especialmente experta; b) el costo para ella de adquirir la información relevante; c) si la otra parte podía adquirir la información por sí misma; y d) la aparente importancia del hecho para la otra parte" (Principles/Contracts § 4:107). Como sustento comparado pueden consultarse también Unidroit/Principios, artículos 3.8, 3.18; Restatement/Contracts § 161.

¹⁰² Clark 1986 151 y 756.

¹⁰³ Medicus 2002 63; por el contrario, debe entenderse que ningún deber de información pesa sobre la parte que recibe la prestación de una cosa o un servicio, precisamente porque no tiene la ventaja inicial de su conocimiento inmediato de lo que habrá de recibir (un buen análisis sistemático en Fabre-Magnan 1992 157).

¹⁰⁴ Larenz 1987 109.

cooperación precontractual. Pero también existen razones económicas, porque la apropiación de la información por el vendedor o proveedor de un servicio no se debe a inversión alguna para obtenerla, de modo que no hay en juego estímulos para la creación de valor;¹⁰⁵ y, por el contrario, la parte que no tiene acceso directo a esa información debe incurrir en costos desproporcionados para proveérsela por sí misma. Por eso, la información valiosa que una parte simplemente posee porque está bajo su esfera de control, sin que haya agregado valor para obtenerla, suele estar sujeta a requerimientos de divulgación.¹⁰⁶

b) Ésa es la lógica que subyace tras las reglas legales sobre responsabilidad por *vicios redhibitorios*, esto es, aquéllos contemporáneos al contrato que impiden que la cosa sirva para su uso natural, de manera que pueda presumirse que el comprador, de conocerlos, no habría contratado o lo habría hecho a un precio mucho menor (artículo 1858). El propio Código establece expresamente la responsabilidad del vendedor que actuó con dolo, porque conocía los vicios y no los informó, o que actuó con culpa grave, porque no los hizo saber debiendo conocerlos atendida su profesión u oficio (artículo 1861). Pero, al mismo tiempo, la regla toma en consideración la carga que reside sobre el comprador de proteger su propio interés, porque la responsabilidad sólo alcanza a los vicios ocultos, esto es, aquéllos que se caracterizan por "ser tales que el comprador no 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" (artículo 1858 regla 3ª). Además, la regla sobre vicios redhibitorios se extiende al arrendamiento (artículos 1932, 1933 y 1934), al comodato (artículo 2192) y al mutuo (artículo 2203) y todo indica que debe entenderse aplicable a cualquier contrato que suponga la entrega de una cosa a un tercero, que espera servirse de ella (como ocurre con los aportes a una sociedad, por ejemplo).

En otras disposiciones legales también se recoge el principio de que está sujeta a deberes de información la parte que privativamente controla información sobre sí misma o sobre la cosa sobre la cual contrata. En estos casos se muestra que no es el poder económico de una parte lo que determina el deber de información, sino la posición relativa en la negociación (*infra* N° 815) y el control de la información sobre sí mismo o sobre la cosa (como se analiza en este párrafo). Es el caso del asegurado, que debe informar al asegurador los hechos que pudieran retraer a éste de la celebración del contrato o producir una modificación sustancial en sus condiciones (Código de Comercio, artículo 557 N° 1), cuya omisión está incluso sancionada penalmente como estafa (Código Penal, artículo 470 N° 6);¹⁰⁷

¹⁰⁵ Posner 1992 109.

¹⁰⁶ Fleischer 2001 579.

¹⁰⁷ De este modo, por ejemplo, se ha fallado que actúa ilegítimamente quien omite declarar la enfermedad crónica que afecta su columna vertebral con mucha anterioridad a la suscripción de un contrato de salud e incurre en falsedad al afirmar que no ha sido tratado de enfermedad crónica alguna, "infringiendo así gravemente el deber de información a su



y del deber que recae sobre quien recibe dinero en préstamo de informar completa y verazmente acerca de su identidad, actividades o estados de situación o patrimonio (Ley general de bancos, artículo 160). En ambos casos, el contratante debe informar a su contraparte acerca de hechos esenciales relativos a cosas de su propiedad o a su patrimonio, y a cuyo respecto tiene una ventaja de información que la otra parte sólo podría remontar con un esfuerzo que resulta inexigible desde el punto de vista económico y de la confianza que supone la negociación.

c) El principio que se infiere de estas normas puede ser generalizado por analogía: la parte que tiene un estrecho conocimiento de la cosa o actividad objeto del contrato en razón de estar bajo su propia esfera de control, está obligada a informar sobre hechos esenciales para la decisión de la contraparte, a menos que a esta última le resulte exigible, por razones de equidad o de utilidad, que iguale por sus propios medios esta asimetría de información. Desde el punto de vista de la buena fe, la contraparte tiene la expectativa normativa de que será informada de aspectos esenciales de la cosa o del servicio que puede esperarse sean conocidos del vendedor o proveedor; desde un punto de vista económico, el deber de información se justifica porque quienes la poseen son las fuentes menos costosas y a la mano para proveerla. Bajo estas circunstancias, la omisión por quien conocía o debía conocer la información relevante constituye *dolo por reticencia*, que da lugar a la acción de responsabilidad por los daños provocados.

Por el contrario, la parte que no tiene ese conocimiento inmediato de la cosa puede aprovechar la información que ha obtenido y que es desconocida del vendedor; así ocurre, por ejemplo, con quien ha investigado las propiedades agrícolas de un suelo hasta entonces mediocrementemente explotado y negocia su compra guardando legítimamente silencio de esos estudios;¹⁰⁸ en la medi-

contraparte que le imponía el principio de buena fe que impera en la celebración de los negocios jurídicos, y que recoge el art. 557 del Código de Comercio, aplicable en la especie, pues es indudable que la convención que suscribieron las partes constituye un verdadero *seguro de salud*" (Corte de Concepción, 12.11.2001, rol N° 798-2001, confirmada por CS [apelación], 13.2.2002, rol N° 4.582-2001).

¹⁰⁸ Un análisis desde el punto de vista de la buena fe de la diferencia entre la información a cuyo respecto se tiene la expectativa de que sea compartida y la que se espera sea aprovechada como propia en Fried 1981 116; las reglas sobre vicios redhibitorios pueden ser entendidas como casos de aplicación de estos criterios, porque se puede asumir que el vendedor o proveedor tiene una información que proviene de su condición de tenedor de la cosa y no de un particular esfuerzo, de modo que debe compartirla con la contraparte. Una explicación económica de los deberes de información del vendedor o proveedor de servicios, en oposición a los deberes del adquirente, es que este último puede hacer un uso económico valioso de esa información sin que con ello se desaliente la inversión en información socialmente valiosa, mientras lo contrario vale para el comprador (Shavell 2004 333); en el mismo sentido, Fabre-Magnan en Beatson/Friedmann 1995 113 y 119, con referencia a la inconveniencia de expandir la rescisión por error debido a la ignorancia del vendedor

da que el derecho difícilmente puede penetrar en las razones, algo similar vale para quien sin esfuerzo, por azar, toma conocimiento de una calidad de una cosa que le agrega valor y es desconocida por quien la posee.¹⁰⁹

815. Deberes especiales de información en relaciones fiduciarias y con expertos. a) Fuera de las hipótesis generales referidas en el párrafo anterior, los deberes de información también se pueden construir atendiendo a la *naturaleza fiduciaria de la relación* y a la *calidad de experto con que actúa una de las partes*. Lo común de estas hipótesis es que la otra parte tiene la legítima expectativa de obtener una particular colaboración de la parte que tiene el deber.

b) De especial importancia en el derecho moderno son los deberes de información que tienen quienes mantienen *relaciones de naturaleza fiduciaria*, como típicamente ocurre con quienes administran patrimonios ajenos. El caso más característico es el deber que tienen los directores y gerentes de las sociedades anónimas de informar a los accionistas, inversionistas y acreedores de títulos de deuda acerca de los hechos esenciales relativos a la compañía (Ley de sociedades anónimas, artículo 46; Ley de valores, artículo 9°; *supra* N° 632). En verdad, el acceso a la información determina dos deberes de lealtad concurrentes: ante todo, el de informar a los accionistas y al público inversionista en general y, correlativamente, el de no aprovecharse para beneficio personal o de personas relacionadas de información que obtienen en razón de sus cargos y que aún no es de conocimiento público (*infra* N° 827).

Más circunscrito es el deber de información de los profesionales y empresas que tienen una relación de confianza con el principal. Así, por ejemplo, un abogado o un banco tienen el deber de informar razonablemente al cliente sobre los hechos y riesgos esenciales para que sea éste quien adopte las decisiones de importancia respecto de los asuntos encomendados. En estos casos es característico que se puede esperar más que la mera decencia, porque la relación de confianza lleva implícito un requerimiento positivo de cooperación,¹¹⁰ en atención a que no resulta lícito negociar en una actitud puramente estratégica cuando se tienen deberes de fidelidad que surgen de la relación.¹¹¹

(no compartida por el comprador) acerca de atributos de la cosa que son determinantes de su valor; así el experto que efectúa un descubrimiento en un anticuario o el violinista que descubre un Stradivarius tiene derecho a aprovechar para sí sus conocimientos; la autora es crítica, con razón, de la jurisprudencia francesa tradicional (ídem 115).

¹⁰⁹ I. de la Maza en Varas/Turner 2005 155, con referencia a R. Barnett y M. Trebilcock; en la dificultad práctica de discriminar entre información 'productiva' (como típicamente es la tecnológica), cuya obtención y apropiación aumenta el bienestar, e información 'distributiva', que sólo se traduce en ventajas para quien la posee, radica la dificultad del criterio propuesto por Coleman 1992 149 (por mucho que la distinción haga sentido desde el punto de vista de la eficiencia y la justicia).

¹¹⁰ Prosser/Keeton *et al.* 1984 738, Abraham 2002 271.

¹¹¹ Epstein 1999 553.

c) Más generalizados son los deberes de información y consejo que el derecho contemporáneo ha desarrollado para los *expertos* en sus relaciones con los legos. En atención a la asombrosa división del trabajo y del conocimiento, todos debemos participar en múltiples contratos en que las asimetrías de información son insuperables, a menos que al momento de contratar nos hagamos asesorar, a su vez, por expertos.

En esta materia se suelen confundir dos situaciones diferentes: el poder de mercado, que pertenece al derecho de la libre competencia, y la posición relativa que se posee en razón del conocimiento especializado.¹¹² El más poderoso empresario suele encontrarse en la situación de una persona corriente cuando compra un equipo de audio o se somete a una intervención quirúrgica. Y no se puede esperar que el lego iguale la información del experto por razones de racionalidad económica (porque se recurre al especialista precisamente para disminuir los costos de transacción que supone hacerse de la información por su propia cuenta); pero también y por la misma razón, porque cuando se contrata con un profesional que tiene los conocimientos de los cuales se carece, se tiene la expectativa de que éste llenará de buena fe ese vacío. Hay, en consecuencia, razones de justicia y de eficiencia que llevan a concluir que el experto no puede callar acerca de lo que la contraparte espera que le sea informado, de acuerdo con el buen saber y entender de una persona decente y razonable.¹¹³

Por su propia posición, el experto tiene el deber de compartir la información y no puede retenerla para sí a la manera de un activo que le otorga una ventaja estratégica en la negociación. Porque la otra parte tiene derecho a confiar en el experto, el derecho la protege imponiendo a éstos deberes de ilustración e incluso de consejo.¹¹⁴ De hecho, las obligaciones de información que recaen sobre los expertos constituyen uno de los aspectos más dinámicos del derecho de obligaciones.¹¹⁵ Es común a esos deberes quedar sujetos a una regla de razón, esto es, su alcance debe estar

¹¹² Bydlinski 2004 361.

¹¹³ Shavell 2004 332, para las razones económicas; Viney/Jourdain 1998 429, para las de justicia conmutativa; en general, sobre las justificaciones morales y económicas de los deberes de información, el espléndido estudio de Fabre-Magnan 1992 24, 49 y 216.

¹¹⁴ Este aspecto de la confianza es esencial para establecer los límites de los deberes de información de los expertos; por eso, si el experto no actúa en calidad de tal frente a su contraparte, ésta no tiene depositada confianza en que le ilustrará; es el caso de la firma que ha descubierto la particular ventaja vinícola de una tierra y la compra sin informar, en cuyo caso se da la circunstancia adicional de no ser el experto el proveedor del servicio o el vendedor de la cosa.

¹¹⁵ Así, en el derecho francés las recopilaciones jurisprudenciales relativas a la responsabilidad contractual contienen un análisis por separado de los deberes de información de los expertos en las más diversas actividades: médicos, laboratorios farmacéuticos y establecimientos de salud, profesionales de la construcción, garajes, fabricante y vendedores, agencias de publicidad, agencias de viaje, abogados, aseguradores, bancos, auditores, notarios (Mégia Code § 1147 30-64bis); muy semejante es la situación en el derecho alemán (Palandt/Heinrichs §§ 123 7, 261 14, 311 16).

determinado en concreto, bajo el supuesto de que la decisión de contratar es tomada siempre por la contraparte.

En la sección dedicada a la responsabilidad médica se hace un análisis de los deberes de información en ese ámbito de actividad (*supra* § 50 f); lo que allí se expresa puede generalizarse por analogía a otras relaciones con profesionales y con expertos en general (especialmente, *supra* N°s 466, en general para la responsabilidad profesional, y 483, respecto de la responsabilidad médica).

d) El aprovechamiento de información reservada es la más importante fuente de responsabilidad civil de quienes contratan en abuso de sus relaciones fiduciarias con una empresa. Pero también se puede incurrir en abuso de potestades, como típicamente ocurre en las actuaciones en conflicto de interés (*supra* § 56 d).

816. Deberes de información en contratos masivos de consumidores e inversionistas. a) Los deberes legales de información se han extendido a los mercados de bienes y servicios, donde los participantes son masivos, como ocurre con la gran mayoría de los contratos que diariamente celebramos. Las razones para establecer esta protección se relacionan con el aumento de bienestar que produce el funcionamiento fluido e informado de los mercados y con las expectativas de confianza que el público tiene respecto de los oferentes especializados.¹¹⁶ Las normas que establecen deberes generales de información tienen el efecto de transformarla en un bien público. En este contexto, que la información sea un bien público se muestra en que su goce por unos no excluye el de los demás.

Por eso, el concepto crítico para distinguir entre información *apropiable*, que puede ser usada en beneficio propio, y la que constituye un *bien público*, es precisamente el de apropiabilidad, aludiendo analógicamente a la exclusividad como característica esencial de la propiedad. Es usualmente un bien público el que no puede ser objeto eficiente de apropiación, precisamente por la dificultad de asegurar la exclusividad; es lo que se asume con la información, cuyo valor de cambio resulta difícil de conservar una vez que ha sido proporcionada a un tercero;¹¹⁷ a ello se agrega que la información no suele ser adquirida en razón de un esfuerzo de indagación, sino de una relación fiduciaria con la empresa respectiva, lo que hace injustificadas las ventajas de su apropiación (*supra* N° 814). Finalmente, las empresas más exitosas aumentan su valor si eliminan los velos de ignorancia respecto de sus operaciones y estados financieros, porque de ello se sigue mejor acceso a un financiamiento más ventajoso en los mercados de capitales (sea mediante emisiones de acciones de pago o por títulos de crédito de oferta pública). Hay, entonces, distintos grupos de razones que resultan determinantes en el desarrollo de deberes legales de información, a pesar de los costos que significa en algunos casos generarla.

¹¹⁶ Un análisis económico de la información a los consumidores en Posner 1992 354.

¹¹⁷ Clark 1986 757, con referencia a la información a los inversionistas como bien público.

b) De especial importancia en el derecho contemporáneo son los deberes de información que la ley establece en beneficio de consumidores y de los inversionistas en mercados de valores; a ello se agregan los deberes de publicidad y lealtad en materia de condiciones generales de contratación.¹¹⁸ En razón de estos deberes legales, la información sobre los productos ofrecidos o sobre las empresas emisoras de valores deviene en un bien público, caracterizado porque no puede ser objeto de apropiación. Quienes poseen esa información por tener vinculaciones de propiedad, administración o servicio con la sociedad emisora no pueden usarla en su propio beneficio. Las normas persiguen que no haya rivalidad en el control de la información. Su efecto preventivo lo logran imponiendo graves costos a la exclusión de terceros, en la forma de sanciones administrativas y de responsabilidad civil.

El legislador asume que es socialmente más eficiente que la información en mercados masivos sea provista en la forma de un bien público. De este modo, se establece un *stock* común de información que queda a disposición de consumidores e inversionistas. Ello permite también la intervención de expertos o servicios públicos que la procesan (especialmente si descifrar su sentido requiere de particulares habilidades) y prestan servicios públicos y privados de ilustración o asesoría.

Al argumento económico, que atiende al óptimo de información que debe estar universalmente disponible para el correcto funcionamiento de los mercados, se agrega uno propiamente de derecho privado. Así como el vendedor está obligado a develar los vicios ocultos de la cosa, quien pone en circulación bienes o servicios tiene el deber de buena fe de reducir las asimetrías de información de consumidores e inversionistas. Estos tienen al contratar una expectativa normativa, fundada en la confianza, que el proveedor o emisor de valores proporcionará toda la información esencial acerca de los bienes o servicios ofrecidos al público. En definitiva, por razones económicas y de justicia conmutativa, es característico en estos casos que no se pueda atribuir a consumidores e

¹¹⁸ La Ley de consumidores contiene amplios deberes de información que se extienden a las condiciones generales de contratación (como condición de validez) y a los bienes o servicios ofrecidos (artículos 3 letra b, 20, 28, 28 A, 32, 33, 35, 37, 45 y 46). La Ley de valores establece un deber general de información: "La inscripción en el Registro de Valores obliga al emisor a divulgar en forma veraz, suficiente y oportuna toda información esencial respecto de sí mismo, de los valores ofrecidos y de la oferta" (artículo 9 I). La disposición es completada por otras normas que la precisan (artículo 10) y complementan (artículo 12) y extienden esos deberes a personas que están en una posición de tener información respecto de la sociedad emisora de valores (véanse especialmente los artículos 12, 54, 54 A y 203); también regulan deberes de información los artículos 43 letra b, 65, 101, 102, 104 A, 131, 164 y 165; asimismo, la ley establece expresamente la responsabilidad civil por incumplimiento de las normas legales y administrativas, tanto respecto de la sociedad emisora de valores como de las demás personas obligadas (artículo 55); al respecto, véase *supra* N° 632.

inversionistas la carga de obtener por sus medios la información que posee el proveedor o el emisor de valores.¹¹⁹

c) Resulta conveniente tener presentes dos líneas evolutivas del derecho de los contratos masivos, que se relacionan con la naturaleza difusa del interés de los consumidores e inversionistas. Ante todo, los ilícitos están sujetos a acciones civiles y administrativas: al control privado que se hace efectivo mediante acciones de responsabilidad civil y a la fiscalización administrativa, que comprende potestades sancionadoras. De este modo, el ilícito civil suele estar preconstituido como culpa infraccional, si ya ha sido objeto de un procedimiento administrativo que ha culminado con una sanción ejecutoriada (*supra* § 10 d I y N° 765). Enseguida, atendidos los desincentivos para ejercer individualmente acciones judiciales, la ley suele reconocer acciones colectivas, que reúnen en un proceso intereses difusos de muchas personas.¹²⁰

817. Deberes de información en contratos de libre discusión. a) En contraste extremo con los contratos masivos, es conveniente referirse a la lógica diferente que tienen los *contratos de libre discusión*. Aunque excepcionales en número, suelen ser económicamente los más significativos (lo que justifica el costo de negociar). Por cierto que en estos casos se aplican las reglas generales, en cuya virtud la información maliciosamente falsa da lugar a responsabilidad. Por lo general, sin embargo, si el contrato ha sido objeto de una negociación, las partes no están sujetas a deberes implícitos de información. La práctica contractual hace que en estos casos cada parte exija de la otra las declaraciones contractuales formales acerca de los aspectos del negocio que le resultan esenciales. De este modo, la información forma parte del acuerdo contractual mismo, porque cada parte ha negociado con la otra cuál información debe proporcionarle y las garantías de verdad respecto de los hechos que son de dominio de la contraparte y que estima esenciales para dar el consentimiento. Por lo mismo, el

¹¹⁹ Se habla de ineptitud personal de una de las partes o de diferentes posiciones de poder para describir estos casos (Ghestin 1993 625); pareciera que los enfoques más fértiles atienden más bien a los desproporcionados costos de proveer información y al control de la información relevante por la otra parte, lo que justifica que el derecho lo trate como bienes públicos (Clark 1986 756), y, por otro lado, a los deberes de lealtad y cooperación que se puedan construir de acuerdo con el principio de buena fe negocial.

¹²⁰ Así, por ejemplo, Ley de sociedades anónimas, artículo 133 bis, que autoriza a accionistas que representan el 5% del interés social a demandar en nombre y beneficio de la sociedad la indemnización de perjuicios que se sigan de una infracción de la ley, su reglamento, los estatutos o las normas administrativas de la Superintendencia de Valores y Seguros (*supra* N° 641); más directamente ha reconocido una acción colectiva la Ley de consumidores, cuyo objeto es hacer valer las pretensiones resarcitorias e indemnizatorias de quienes han sido individualmente afectados por un ilícito de un proveedor (Título IV); en atención a los intereses dispersos y fraccionados de los inversionistas individuales, una razón análoga existiría para establecer una acción colectiva en favor de accionistas de sociedades anónimas abiertas.

incumplimiento de las declaraciones y garantías da lugar a responsabilidad contractual, en los términos que se hayan convenido o, supletoriamente, según el derecho común.

b) En definitiva, los extremos de los contratos negociados por empresarios con asesoría profesional y los contratos masivos muestran que los deberes de información, como, en general, los que derivan de la buena fe, son tanto más intensos cuanto menores son las posibilidades reales que tienen las partes de cautelar sus propios intereses durante la negociación (de modo que mayor es la confianza que deben poner en la contraparte).¹²¹

818. Deberes de información al concluir la negociación. El Código de Comercio se anticipó a su tiempo al establecer deberes precontractuales que protegen a la parte que de buena fe cree que el contrato se ha celebrado, a pesar de que la aceptación de la oferta ocurrió cuando ésta ya había caducado (artículo 98 III), o cuando el oferente se había legitimamente retractado (artículo 100). Esas normas establecen deberes de lealtad que surgen después del término de la negociación. Así, si el destinatario ha realizado gastos o sufrido otros daños directos a consecuencia de la confianza en que había un contrato eficaz, el oferente le debe indemnizar esos perjuicios. De conformidad con las reglas generales de la responsabilidad precontractual, no está incluido en la reparación el interés positivo que habría reportado el contrato, pues sólo un vínculo contractual perfeccionado le habría otorgado ese derecho. Las reglas referidas son casos de aplicación de los deberes de lealtad que rigen en el período precontractual, de modo que se extienden al deber de avisar la terminación de las negociaciones, aunque no se haya llegado a formular una oferta propiamente tal.

819. Sanción del deber precontractual de proveer información. a) La omisión de información durante la negociación de un contrato puede ser tenida por una *reticencia dolosa* que da lugar a una *acción rescisoria*; en la medida que el error que se sigue del dolo haya sido determinante en el consentimiento (artículo 1458 I). Aunque la omisión sea tenida por meramente negligente, la acción rescisoria procede por error si puede ser calificada de sustancial de conformidad con el artículo 1454.

¹²¹ Por lo mismo, es difícil formular una doctrina demasiado general respecto de los deberes de información que no atienda a la posición relativa de las partes en el contrato y a los deberes recíprocos que de ello se siguen. La doctrina individualista del contrato, que se expresa en la regla *caveat emptor* del *common law*, impone a cada parte el deber de cautelar sus intereses; pero en ese mismo ordenamiento el derecho tiende a ser más diferenciado cuando se trate de contratos con consumidores e inversionistas. El problema, por consiguiente, consiste, por un lado, en definir los límites legítimos de una negociación puramente estratégica (que, en esencia, están dados por el fraude y la mala fe) y, por otro, concebir de una manera diferente contratos que por su naturaleza exigen una mayor confianza recíproca. El error de la doctrina que tiende a generalizar este último concepto de contrato, radica, en mi opinión, en que se nutre de ejemplos unilaterales, referidos precisamente a contratos asociativos o fiduciarios (sobre el punto, Schäfer/Bankowski 2002).

b) La omisión de deberes de información también da lugar a *responsabilidad civil*. La reparación alcanza a los daños que se siguen causalmente de la falta de información (*supra* N° 803); en consecuencia, en caso de rescisión del contrato, no queda comprendido en la indemnización el interés positivo que la parte afectada puede haber tenido en el contrato que esperaba celebrar.

Para que la responsabilidad recaiga sobre la parte que incurrió en la omisión, se requiere, de acuerdo con las reglas generales, que ésta haya tenido el deber de informar por exigencia de la ley o de la buena fe, que la información le haya sido conocida y que la omisión en darla a conocer haya sido determinante en la mala decisión de negocios del demandante.

g. Responsabilidad por información falsa o errónea ¹²²

820. Hipótesis de información falsa. Una parte puede revelar información durante la negociación, sea a petición de la contraparte, sea cumpliendo un deber de información, o, finalmente, como una mera estrategia de negocios. Cualquiera sea la razón por la cual la información es proporcionada, si ella es falsa, pueden seguirse perjuicios para la contraparte en las negociaciones. La falsedad puede deberse a malicia de la parte que proporciona la información o a un error, que, a su vez, puede o no ser atribuible a su negligencia. En los párrafos siguientes son analizadas por separado las hipótesis de falsedad de la información por malicia y por negligencia.

821. Información maliciosamente falsa. a) La doctrina está de acuerdo en que si la información proporcionada por una parte con ocasión de la negociación de un contrato es maliciosamente falsa e induce a engaño a la otra parte, hay lugar a responsabilidad; por extensión, rige esa regla si el error en la información es atribuible a culpa grave. En consecuencia, es indiferente si el demandado dio la información falsa a propósito o con completa desaprensión respecto de la verdad (como ocurre si informa sobre hechos que desconoce); lo mismo vale si informó erróneamente sobre hechos que debió conocer en razón de su profesión u oficio (artículo 1861). La duda se plantea, entonces, respecto de la falsedad atribuible a negligencia (*infra* N° 823).¹²³

¹²² En esta sección sólo se analizan los ilícitos de falsedad que dan lugar a responsabilidad por haber influido en decisiones de negocio de la víctima; en consecuencia, no se analizan cuestiones de causalidad (al respecto, Núñez 2006 Capítulo I § 3 D); de especial interés resultan en la materia los aspectos relativos al fin de la norma que establece el deber de informar verazmente (*supra* § 29); sobre el daño provocado por informaciones falsas (Núñez 2006 Capítulo I § 3 E).

¹²³ Prosser/Keeton *et al.* 1984 728, Abraham 2002 265, Epstein 1999 546. La entrega de información maliciosamente falsa da lugar a los delitos penales tipificados por el artículo 59 de la Ley de valores.

b) Lo determinante para saber si hay engaño es el punto de vista de la víctima, porque incluso declaraciones verdaderas pueden ser fraudulentas si son expresadas de un modo que induce a error a una persona inexperta.¹²⁴ En la perspectiva del autor, basta para que se entienda dolo, desde el derecho romano, cualquier "malicia, engaño o maquinación para valerse de la ignorancia de otro, engañarlo o defraudarlo".¹²⁵ Así, puede ser dolosa toda acción que tenga esos propósitos, de modo que cualquier medio puede ser instrumento apropiado en la medida que esté intencionalmente orientado a engañar.

Aunque el engaño suele producirse por medio de palabras, también se puede provocar mediante otras acciones, como, por ejemplo, revertir el cuentakilómetros de un automóvil, cubrir superficialmente la evidencia de que una casa de madera está corroída, u ocultando información que afecte los resultados de una empresa que se vende. El engaño también puede tener su fuente en una expresión ambigua, que puede ser entendida de manera inocente, pero que en el contexto de la acción es inductiva a error; o en aseveraciones incompletas (verdades a medias), donde la malicia reside en que lo relevante es lo no declarado.¹²⁶ En definitiva, las argucias son infinitas, de modo que el dolo está caracterizado por el efecto perseguido de abusar de la ignorancia, de engañar o defraudar, como ya se reconocía en el derecho romano.

c) La falsedad de la información se referirá usualmente a hechos. Las *opiniones* no pueden ser falsas, porque expresan juicios de valor (*supra* N° 408). De manera análoga a lo que ocurre en materia de vicios del consentimiento, el límite del dolo está dado por los juicios de valor exagerados con que una parte suele calificar la cosa o servicio que ofrece. Esta exageración es lo que tradicionalmente ha sido llamado dolo bueno, porque forma parte de las expectativas de conducta que tiene la contraparte al negociar; por eso, no constituye engaño, a menos que se apoye en hechos falsos. Sin embargo, en materias comerciales una opinión tiene con frecuencia un contenido descriptivo implícito. Por eso, si se vende una casa y el comprador debe respetar un arriendo, incurre en una información falsa el vendedor que califica de excelentes a los arrendatarios, en circunstancias que, por lo general, no pagan oportunamente la renta.

d) Para que la información maliciosamente falsa dé lugar a responsabilidad no es necesario que resulte de un dolo principal, esto es, aquel que resulta determinante en la decisión de contratar; cualquier dolo que haya determinado a la contraparte a contratar en los términos que lo hizo da lugar a la acción reparatoria de los perjuicios resultantes (artículo 1458 II). Según las reglas generales de la causalidad, debe existir una conexión de ilicitud entre la regla infringida y el daño que esa regla pretende evitar

¹²⁴ Prosser/Keeton *et al.* 1984 737.

¹²⁵ Digesto 4.3.1.2, con cita de Labeón referida por Ulpiano.

¹²⁶ En general, sobre las formas de manifestación del dolo precontractual, Núñez 2006 Capítulo I § 3 B.

(*supra* N° 248), de modo que los perjuicios indemnizables son los causados por la confianza que la contraparte puso en la declaración o en el hecho del demandado, bajo el supuesto de que el curso conductual del demandante haya estado determinado por ese engaño.¹²⁷

822. Maniobras fraudulentas y reticencia dolosa. a) Las maquinaciones dolosas para engañar a la contraparte son ilícitas *per se*. Más difícil de construir es el dolo por reticencia, caracterizado porque una de las partes omite información que habría resultado decisiva para la decisión de negocios de la otra parte. Se trata de una extensión a los deberes de información de la clásica distinción entre la responsabilidad por acciones y omisiones: en la medida que se tiene un deber de comunicar información a la otra parte, y se omite hacerlo, a pesar de que es conocida (o debe ser conocida) por quien tiene el deber de proporcionarla, la omisión da lugar a una reticencia dolosa, que participa de los efectos del dolo, tanto a efectos de la acción rescisoria como de la indemnizatoria (*supra* N° 819).

b) Las reglas sobre reticencia dolosa se aplican especialmente respecto de consumidores e inversionistas en valores de oferta pública, de acuerdo con los principios de publicidad que inspiran esos ordenamientos (*supra* N° 816).

823. Deber de informar y deber de veracidad en la relación entre las partes de una negociación. a) En los párrafos anteriores han sido analizadas diversas situaciones en que se exige informar a la contraparte o al mercado en general (*supra* N° 811 y siguientes). Asumido que la información fraudulentamente falsa da inequívocamente lugar a responsabilidad, sea por daños causados a la contraparte en la negociación o a terceros que confían en ella, cabe revisar en este párrafo las hipótesis más difíciles, en que la información resulta falsa por la mera negligencia del demandado.

b) Si con anterioridad a la celebración de un contrato, una parte entrega información a la otra por deber o simplemente para inducirlo a contratar, debe entenderse implícitamente comprendido un deber de cuidado respecto de la verdad de lo expresado. Sin embargo, de acuerdo con las reglas generales de la responsabilidad por culpa, el error sólo da lugar a responsabilidad cuando pudo ser evitado empleando el debido cuidado; lo contrario significaría atribuir responsabilidad civil estricta por una declaración inocentemente errónea (esto es, entregada con justa causa de error).¹²⁸ En consecuencia, la responsabilidad entre las partes de un contrato por información errónea se rige por los principios de la negligencia (salvo que expresa o contextualmente una parte haya dado a la otra una garantía de veracidad de lo que ha declarado).

Análogamente a lo que ocurre con la responsabilidad por expresiones, quienes deben entregar información en la etapa precontractual tienen un deber de

¹²⁷ Restatement/Torts II 548 A.

¹²⁸ Por completo distinta es la situación en el plano de los vicios del consentimiento, porque el error no requiere de un juicio de reproche sobre la conducta de la contraparte.

veracidad y no de verdad; pero el alcance del deber de cuidado está determinado por la posición de quien yerra y de las circunstancias del error, según las reglas generales de la responsabilidad por negligencia (*supra* § 10 b y N° 406).

c) Hay buenas razones para asumir que el deber de cuidar la veracidad de lo que una parte expresa a la otra en el ámbito de los negocios se plantea de manera diferente en contratos de libre discusión que en contratos masivos. Como se ha visto, durante una larga negociación contractual, especialmente si han participado expertos, es siempre posible que cada parte exija a la otra una garantía de verdad de las declaraciones que formula, de modo que la responsabilidad sólo tiene lugar si se ha incurrido en omisión o falsedad atribuible a dolo o negligencia (*supra* N° 815 y 817).¹²⁹ Por el contrario, en contratos masivos, la verdad de lo declarado por el oferente no puede ser objeto de indagación por la contraparte, ni hay oportunidad de negociar una garantía convencional, de modo que la responsabilidad por la veracidad tenderá a acercarse a una garantía de verdad; en consecuencia, la información falsa dará lugar a una presunción de responsabilidad, a menos que el proveedor pruebe que el error se debió a circunstancias ajenas a su control razonable (*supra* N° 96).

824. Responsabilidad frente a terceros por información negligentemente falsa. a) No sólo pueden resultar falsas las declaraciones que una parte hace a la otra durante la negociación de un contrato. La falsedad también puede provenir de terceros, distintos de quien ha participado directamente en la negociación. Los casos más típicos son el error negligente en las declaraciones que hacen los auditores externos de una compañía, que provocan una mala decisión de negocios en terceros que confían en ellas; o el incurrido por un abogado al informar a su cliente los títulos de una propiedad, y en cuyo informe confía un tercero adquirente para tomar su decisión de compra. No se trata en estos casos de responsabilidad precontractual en sentido estricto, porque la información errónea no proviene de la contraparte, con la cual se tiene un vínculo especial en razón de las tratativas, sino de un tercero ajeno a la negociación, pero que ha preparado un informe que es determinante en la decisión de negocios de una de las partes.

b) La pregunta por la regla correcta de responsabilidad frente a terceros por expresiones de buena fe, pero falsas por negligencia, es fronteriza, porque plantea serios problemas respecto de quienes deben entenderse protegidos por el deber de cuidado. Si el universo de los legítimos activos es muy amplio, pueden verse afectados los flujos de información; si es muy estrecho, se pueden lesionar intereses legítimos de quienes podían esperar que la información era verdadera y que había sido entregada pre-

¹²⁹ Abraham 2002 271; en el derecho inglés se entiende que si una persona hace una declaración falsa resulta responsable, a menos que pruebe que tomó el cuidado razonable para evitar el error (Markesinis/Deakin *et al.* 2003 117, con referencia al caso líder *Hedley Byrne & Co. Ltd. v. Heller & Partners Ltd.*, 1964, AC 465).

cisamente para que les sirviera de antecedente para contratar. Para determinar el alcance de la responsabilidad parece necesario atender a si la información se ha emitido en cumplimiento de un deber de informar establecido a favor de terceros o si ha sido proporcionada para que terceros adopten una decisión ilustrada de contratar (*supra* § 29).

c) Si el error se comete en informes u. opiniones dirigidos al público en general, se puede asumir que el estándar de veracidad debe ser la culpa grave, que rige en general en materia de expresiones. Ello debido a que la información carece de un destinatario determinado y, además, porque imponer una responsabilidad por error supone atribuir riesgos incommensurables a quien emite los informes u. opiniones, pudiéndose afectar negativamente el flujo de información acerca de negocios (*supra* N° 189 b y 406 d).

Distinto es el caso de informes que se han preparado por encargo de una persona determinada y que son entregados a terceros, quienes toman decisiones de negocios confiando en su corrección (como puede ser un informe privado de auditoría o un informe jurídico acerca de los títulos de propiedad o acerca de la correcta constitución de una sociedad). Por lo general, el deber de cuidado sujeto a culpa leve se agota en estos casos en la esfera contractual del encargo, a menos que haya sido preparado con el fin preciso de ser entregado a terceros determinados. En este último caso, el informe ha sido elaborado inequívocamente por cuenta e interés del mandante, pero con el fin de influir en la decisión de esos terceros. Por el contrario, si el informe ejerce influencia en decisiones de terceros indeterminados, todo indica que la responsabilidad está sujeta a la condición de que se haya actuado con dolo o culpa grave, porque de lo contrario la responsabilidad excedería los límites previsibles, atendido el origen contractual del encargo (artículo 1558 I).

d) El derecho comparado dista de ser uniforme en la materia. Al respecto, conviene tener especialmente presentes las líneas de desarrollo en el *common law*, por su particular sensibilidad al derecho de los negocios. En el derecho inglés se ha entendido que los auditores sólo son responsables frente a personas determinadas, en cuyo favor el informe ha sido elaborado, pero en ningún caso respecto de un amplio número de receptorés, de los cuales sólo uno o algunos realizan efectivamente operaciones confiando en que no contiene errores.¹³⁰ En el derecho norteamericano la res-

¹³⁰ En *Caparo Industries Plc v. Dickman* (1990) 2 AC 605, se estimó que un informe de auditoría erróneo, que llevó a un accionista a hacer una oferta de compra de acciones de una sociedad cuyo valor efectivo era nulo, no daba lugar a responsabilidad en la medida que no se podía hacer distinción alguna entre un accionista y un tercero interesado en adquirir acciones o bonos emitidos por una sociedad, porque el fin de la norma no es proteger a accionistas individuales en sus decisiones de inversión, sino resguardar el interés colectivo de que la compañía sea debidamente administrada, con la consecuencia de que la acción pertenecería sólo a la sociedad; por el contrario, en *Candler v. Crane Christmas & Co.* (1951) 2 KB 164, se había estimado que si el informe de auditoría fue preparado teniendo en vista un negocio en particular, los auditores pueden resultar responsables frente a una clase definida de inte-

ponsabilidad de los auditores (y, en general, de los profesionales), es algo más extensa, porque se la acepta respecto de quienes, en el curso de su negocio, profesión o empleo, proporcionan información falsa que sirve de guía para la decisión de negocios de terceros, en la medida que éstos hayan confiado en esa información y que el demandado no haya ejercido el cuidado o competencia razonable; la responsabilidad se extiende a quienes tienen a su cargo preparar información ordenada por la ley, caso en el cual la acción indemnizatoria se reconoce en favor de la clase de personas en cuyo beneficio el deber está establecido (como ocurre típicamente con los auditores respecto de inversionistas determinables que previsiblemente confiarán en sus informes); con todo, la jurisprudencia es cuidadosa al momento de determinar la titularidad activa de la acción.¹⁹¹

A falta de norma expresa, no hay razones para concluir algo diferente en el derecho chileno. Así, la Ley de sociedades anónimas establece expresamente la responsabilidad de los auditores respecto de los accionistas, como beneficiarios de la información (artículo 53 II). Más difícil resulta construir una responsabilidad respecto de inversionistas innominados, a

resados, como son los adquirentes que confiaron en la declaración (Van Gerven 1998 260; Markesinis/Deakin *et al.* 2003 118, críticos respecto de la limitación de responsabilidad frente al público; un espléndido desarrollo, con igual orientación crítica, en Cane 1996 176). Más allá de la manera como se juzguen los fundamentos de las decisiones referidas, éstas muestran las dificultades que plantea la responsabilidad por errores atribuibles a mera negligencia en la información, en el doble sentido de la determinación del deber de cuidado exigible y de las personas que la regla de cuidado persigue proteger (*supra* § 29).

¹⁹¹ Restatement/Torts II § 552 establece la responsabilidad de quienes a título oneroso y en el ejercicio de su negocio, profesión o empleo proporcionan información falsa para la guía de otros en sus decisiones de negocios; la responsabilidad alcanza el daño patrimonial que se sigue de la confianza justificada en la información y tiene lugar a condición de que no se haya ejercido el cuidado o competencia en la obtención o comunicación de la información; la responsabilidad se establece a favor del limitado grupo de personas en cuyo beneficio y para cuya orientación el informe ha sido preparado. La regla ha sido entendida por la jurisprudencia en el sentido de que la relación contractual de los auditores con la compañía sólo se extiende en protección de un limitado número de personas que previsiblemente actuarán confiando en el informe (Abraham 2002 272); así, se ha fallado que un informe de auditoría preparado para la memoria anual de una compañía no tiene por finalidad asistir a los accionistas en una operación en particular, de modo que no puede generar responsabilidad por ese concepto (*Nycal Corporation v. KPMG Peat Marwick LLP*, 426 Mass. 491, 1998, 688 NE 2d. 1368, citado por Franklin/Rabin 2001 302). A favor de un ámbito más extenso de responsabilidad, se ha pronunciado la Corte francesa; así *cass. com.*, 17.10.1984 (JCP 1985 II 20458, citado por Van Gerven 1998 287), que casó una sentencia que eximía de responsabilidad frente al suscriptor de un aumento de capital a los auditores que habían incurrido en impropiedades al verificar el estado de ejecución de ciertas operaciones de la empresa auditada; bajo ese precedente, en la ley francesa basta probar daño, culpa y causa; con todo la obligación de los auditores en ese ordenamiento es típicamente de medios, de modo que del solo hecho del error no se infiere incumplimiento contractual, ni ilícito extracontractual (Van Gerven 1998 288 y *supra* N° 463.).

menos que el informe esté naturalmente dirigido a personas indeterminadas, como ocurre con ocasión de la colocación de valores en el público. Atendidos sus fines regulatorios generales, es razonable que se asuma una regla más amplia de responsabilidad de conformidad con la Ley de valores; este ordenamiento establece una responsabilidad solidaria de los auditores con los administradores de sociedades emisoras de valores de oferta pública que infrinjan disposiciones legales o reglamentarias, de modo que los deberes de cuidado correlativos se entienden establecidos en favor de cualquier inversionista (artículo 55 III).

e) También puede asumir responsabilidad quien da información o consejo a alguien que tiene la intención de contratar con un tercero, de quien se solicitan referencias personales o comerciales. Es el caso de la recomendación acerca de la honorabilidad comercial de un cliente que un banco entrega a un tercero interesado en celebrar una operación que envuelve un saldo de precio; o del informe de auditoría que es preparado por encargo de una de las partes de una negociación para ser presentado a la otra. No se trata, en estos casos, de una opinión o información divulgada a un conjunto indeterminado de interesados, sino a terceros determinados con quienes pretende contratar quien pide la opinión.

En estos casos la responsabilidad puede ser construida contractualmente como una especie de contrato en favor de tercero; pero ello usualmente significaría extender la figura del artículo 1449 bajo una ficción de que existe un contrato entre quien provee la opinión o información erróneamente falsa y el tercero que confía en ella. Por eso, todo indica que la responsabilidad debe ser calificada de extracontractual: el auditor que con negligencia informa erradamente el inventario del mandante que negocia la venta de una compañía es responsable extracontractualmente frente al tercero, porque convino en proporcionar una opinión o información precisamente para que el tercero actuara en la confianza de que el informe era correcto. En consecuencia, no se excede el ámbito de riesgo creado por el contrato celebrado con quien hizo el encargo, si es demandado, de indemnizar los perjuicios causados a ese tercero.¹⁹² La responsabilidad puede estar sujeta a limitaciones, en la medida que el daño, además de la negligencia del profesional, es objetivamente atribuible a quien lo sufre, por no haber tomado las precauciones que le resultan personalmente exigibles, según las reglas generales (*supra* § 34).

f) A pesar de que en la tradición del derecho civil, a diferencia del *common law*, por lo general, no se exige que los deberes de cuidado tengan un beneficiario definido, las preguntas acerca de los límites personales de la responsabilidad por informaciones falsas se presentan con similares contornos. Ante todo, la obligación contractual de los auditores y profesionales es de medios, de modo que del mero error no se infiere directamente la culpa o al menos se admite la excusa de diligencia profesional (*supra*

¹⁹² Jones 2002 114, 141, con referencia a la exigencia de que el demandado sepa que un tercero confiará en el informe.

Nº 463);¹³³ de ello se sigue que si se hace valer la responsabilidad extracontractual, ella no puede ser más estricta que la nacida del contrato que el experto tenía con quien le hizo el encargo (*supra* Nº 463).

En seguida, al analizar la relación causal, todo indica que se debe considerar en cada caso el fin de la norma o del contrato en que se conviene en la preparación del informe, a efectos de establecer quiénes están protegidos por el deber de correcta información y tienen el derecho a demandar indemnización de los perjuicios que les acarrea confiar en esos informes que resultan ser falsos por negligencia del demandado (*supra* Nº 248).

825. Dificultad de establecer una regla general de responsabilidad por expresiones meramente negligentes. Fuera de los casos revisados en los párrafos precedentes, de informaciones provistas durante o con ocasión de la negociación de un contrato, debe entenderse que las expresiones falsas en razón de mera negligencia no dan lugar a responsabilidad civil.¹³⁴ Esta conclusión se basa en que los ilícitos de expresión deben ser mirados con particular cuidado, a menos que envuelvan dolo o culpa grave. Las opiniones y expresiones tienden a diseminarse sin control, de modo que el simple hecho de que el demandante haya actuado confiando en una información o en opiniones de un tercero, con el que no tenía una relación especial de ninguna naturaleza, no es suficiente para establecer un deber de cuidado a su respecto.¹³⁵ Así, por lo general, no se entiende en la práctica de las relaciones sociales y de negocios que alguien pueda ser hecho responsable por el solo hecho de dar a otro un consejo basado en hechos falsos, que tenía negligentemente por verdaderos; las expectativas en tal caso coinciden con el interés por facilitar la comunicación, aun a costa de ciertos errores, lo que exige sustraerla de riesgos excesivos.¹³⁶ Dis-

¹³³ Van Gerven 1998 288.

¹³⁴ Ése es el principio general en el *common law* (Prosser/Keeton *et al.* 1984 745, Abraham 2002 271, Epstein 1999 569, Fleming 1985 61, Jones 2002 101); en el derecho alemán, el límite proviene del requisito de antijuridicidad de la responsabilidad por negligencia, que excluye los daños puramente patrimoniales (*supra* § 23 g), a menos que el acto sea atentatorio a las buenas costumbres, lo que excede por definición el ámbito de la mera negligencia (BGB, §§ 823 y 826); en el derecho francés, de un modo concordante con lo expresado en los párrafos precedentes, se alude en estas materias a los deberes precontractuales de información (Viney/Jourdain 1998 412) y, en general, a los deberes especiales de conducta de dar un consejo o una información, como ocurre con un banco, que, además, es tenido por garante de un consejo jurídico (Méga Code § 1383 28).

¹³⁵ Así el caso líder inglés *Hedley Byrne & Co. Ltd. v. Heller & Partners Ltd.* (1964) AC 465, citado por Van Gerven 1998 262.

¹³⁶ En Chile, en un antiguo caso, se falló que no puede haber responsabilidad por la recomendación, sin intención de dañar, que se hace a otro para entrar a un negocio que se cree conveniente, estimándose que la responsabilidad exige en este caso que se haya actuado con dolo, entendido como "una voluntad concreta o demostrada en hechos precisos que sin lugar a dudas establezcan la intención dañada del objeto en algún acto encaminado claramente a perjudicar al demandante" (Corte de Iquique, 8.11.1926, confirmada por la CS [cas. forma y fondo], 5.7.1927 y 26.7.1929, RDJ, t. XXVII, sec. 1ª, 440).

tinto es el caso analizado en el párrafo precedente del informe preparado en virtud de un deber legal o contractual establecido en beneficio de terceros, en cuyo caso la obligación será usualmente de medios también respecto del tercero, y el estándar de cuidado es la culpa leve; por lo demás, ése es el criterio de responsabilidad establecido por la ley de sociedades anónimas respecto de los auditores (artículo 53 II).

h. Responsabilidad por uso y divulgación de información privilegiada

826. Deber de reserva de información privilegiada. Dos principios encontrados rigen en materia de información relativa a emisores de valores de oferta pública, a sus negocios o a los valores que hayan emitido. Ante todo, rige el principio de que debe ser informado al público (por medio de la Superintendencia de Valores y Seguros y de las bolsas de valores) todo hecho esencial que pueda influir en la cotización de esos valores, referido a la empresa o a sus negocios, así como las adquisiciones o enajenaciones de acciones efectuadas por personas que la ley supone interiorizadas de lo que ocurre en la compañía (Ley de valores, artículos 9º, 10 y 12; *supra* Nº 632 y 816). Por otro lado, antes que sea pública, cualquiera información que sea capaz de influir en la cotización de los valores debe ser mantenida en *estricta reserva* por toda persona que acceda a esa información privilegiada en razón de su cargo, posición, actividad o relación (Ley de valores, artículo 164; *supra* Nº 633). En otras palabras, la información relevante para decisiones de negocios sobre valores de oferta pública debe ser informada al público y, cualquiera sea la razón por la que no haya sido divulgada,¹³⁷ debe ser obje-

¹³⁷ En principio, existen tres hipótesis de información privilegiada que no ha sido divulgada al público. Primero, en el caso de la información esencial proporcionada en calidad de reservada (Ley de valores, artículo 10 III); segundo, si se ha infringido el deber de publicidad, caso en el cual existe un concurso de ilícitos infraccionales, que se traduce en un concurso propio de acciones de responsabilidad civil, porque se podrá demandar indemnización con fundamento en haberse ocultado información esencial y en haber infringido el deber de reserva respecto de esa misma información que aún no es pública (*infra* Nº 833); finalmente, hay situaciones en que no existe deber de informar (ni siquiera reservadamente) y en que, sin embargo, se trata de información privilegiada; esta última hipótesis se puede dar cuando existen indicios para los *insiders* de ganancias o pérdidas, que se basan en información que aún no tiene carácter de un hecho esencial (cifras provisionales anteriores a los estados financieros, tendencias del mercado, resultados de experimentos de *marketing* de un producto importante, intercambios preliminares de opiniones acerca de una asociación u otras semejantes); la distancia entre la información capaz de influir en la cotización de valores (artículo 164) e información esencial que un hombre juicioso consideraría importante para sus decisiones de inversión (artículo 90) es conceptualmente imperceptible; sin embargo, desde un punto de vista funcional todo parece indicar que puede haber información que aún no está 'madura' para ser considerada hecho esencial y que, sin embargo, es información privilegiada. Sobre la materia se volverá en el párrafo siguiente.