



Veraguas



Colón



**Panamá
Oeste**

La violación del deber de información en el marco de la responsabilidad precontractual

Dr. Richard Jonathan Lemus Gil

Abogado – Oficina de Asesoría legal

Ministerio de Economía y Finanzas

Correo electrónico: rlemus@mef.gob.pa

La violación del deber de información en el marco de la responsabilidad precontractual

Recibido: Agosto 2021

Aprobado: Noviembre 2021

Resumen

En el presente trabajo se hace un estudio sobre la violación del deber de información en las tratativas o actos preliminares necesarios para la conformación del acuerdo de voluntades; la confluencia de deberes en las relaciones precontractuales constituyen los elementos conductores de la formalización del contrato; y todos ellos parten de un deber básico, el deber de información cuya inobservancia por acción u omisión plantea una problemática en nuestra legislación tras la inexistencia de su tipicidad concreta, en el contexto de la responsabilidad precontractual. A tales efectos, la presunción de conocimiento se proyecta como el eje central de la interpretación de la asistencia informativa sobre datos necesarios que necesariamente inciden la formación del consentimiento de los negociantes; de tal suerte, se explicará la trascendencia del deber de información y los efectos jurídicos que se derivan de su violación intencional, tanto por acción como por omisión; por lo que su estudio se enmarca en el espacio del principio de la buena fe, base de la responsabilidad precontractual, que surge de la debida gestión de las tratativas preliminares..

Abstract

In the present work a study is made on the violation of the duty of information in the negotiations or preliminary acts necessary for the conformation of the agreement of wills; the confluence of duties in pre-contractual relations constitute the driving elements of the formalization of the contract; and all of them start from a basic duty, the duty of information whose non-observance by action or omission raises a problem in our legislation after the absence of its specific typicity in the context of pre-contractual responsibility. To this end, the presumption of knowledge is projected as the central axis of the interpretation of information assistance on necessary data that necessarily affect the formation of the consent of the traders; in this way, the significance of the duty to provide information and the legal effects derived from its intentional violation, both by action and by omission, will be explained; therefore, its study is framed in the context of the principle of good faith, the basis of pre-contractual responsibility, which arises from the proper management of preliminary negotiations.

Palabras Claves

Principio de la buena fe; deber de información; dolo; violación; acción; omisión.

Keywords

Principle of good faith; duty of information; fraud; violation; action; omission.

Introducción

En el Derecho Continental Europeo, se origina la confluencia de deberes basados en la debida diligencia como el deber de información, que implica que las partes están llamadas a brindar e intercambiar información específica, básica para la discusión de los términos y condiciones del contrato, en consecuencia, si una de las partes se abstiene en las tratativas de revelar información relevante o de proporcionar datos insuficientes, artificiales e inexistentes para lograr el consentimiento de la otra parte, ello supone una contravención del deber de información y por lo tanto, una ruptura del principio de autonomía de la voluntad. Dado que el deber de información, es el deber contractual más importante en la gestión de los tratos previos destinados a la formulación del contrato, los efectos que se derivan de su desatención influyen trastocan la construcción del consentimiento de contratar, en el presente trabajo se evalúa el alcance del deber de informar, los límites de su aplicación, sus consecuencias, examinando su función dentro de la operatividad de los otros deberes precontractuales en el ámbito del principio de la buena fe.

I. Origen del doctrinal del precontrato.

La responsabilidad precontractual, es aquella que surge de la ruptura de las negociaciones o tratativas preliminares o de la violación de deberes específicos, que se conforman con posterioridad a la formulación de la oferta. Esta clase de responsabilidad también se le conoce como responsabilidad en la culpa *in contraendo*, sustentada por el jurista alemán Rudolf Von Ihering en el año

1860, se enmarca en la falta de la debida diligencia (*due diligence*) o la pretermisión de las diligencias adecuadas, para lograr la materialización íntegra del contrato (como se citó en Rubín, 2016).

Desde de vista doctrinal, el alcance de la responsabilidad en la culpa *in contraendo* se producirá, siempre y cuando las tratativas o negocios preliminares no realizados tenga como finalidad la producción del contrato, es decir, su alcance y sus efectos son de orden teleológico. Si por el contrario, la generación del acuerdo de voluntades no depende directa o indirectamente de las tratativas o negocios preliminares no realizados, no sobrevendrá responsabilidad en la culpa *in contraendo*.

Hoy día se cuestiona, si la responsabilidad precontractual es de naturaleza contractual o extracontractual. En su concepción, la responsabilidad precontractual fue catalogada, como una modalidad de responsabilidad contractual, no obstante, la corriente moderna se inclina por catalogarla como una responsabilidad de índole extracontractual. El fundamento metafísico de fondo es bastante lógico y practico. Los supuestos de aplicación de la responsabilidad en la culpa *in contraendo*, no emanan del incumplimiento de obligaciones contractuales porque estos supuestos anteceden, son previos y constitutivos con antelación a la suscripción del acuerdo de voluntades pero que de ellos depende que se logre esa finalidad y cumplimiento.

En el plano precontractual, según la doctrina germánica, los deberes que son parte integrante de la debida diligencia, son

aquellos que se derivan de la realización de todas las acciones necesarias para la aprobación exitosa de la relación contractual. Por tanto, la inconsistencia o mala praxis de estas acciones por una de las partes, pueden llevar a la imposibilidad provocada de un acuerdo de voluntades o la generación de aquel con estipulaciones desequilibrantes o con evidentes inequidades o con inequidades subyacentes, que la contraparte ignoraba desde las tratativas.

Ahora bien, algunos autores califican la responsabilidad precontractual aquella que surge como una tipología de la responsabilidad contractual, ante el incumplimiento de contratos previos, nominados precontratos en su caracterización contractualista tradicional. Sobre el particular, la puesta en escena de esta corriente doctrinal restrictiva señala que si no hay un contrato como origen del vínculo obligacional, no cabe la posibilidad de que emerja responsabilidad por acciones u omisiones perniciosas en el concurso de actividades preparatorias para la celebración de un contrato, pues ante la inexistencia de tal vínculo, no hay incumplimiento de obligaciones.

Arroyo (2017) sostiene que:

Este es, pues, el concepto del contrato de promesa tal cual fue concebido por la teoría clásica, y que tiene especial interés para nosotros ya que consideramos que es la que sigue nuestro C.Civil. Ahora bien, en atención a él, podemos definirlo como el convenio por el cual las partes que lo celebran se comprometen, una o ambas, a concurrir ellas mismas a la celebración de un contrato futuro, determinado, que por el momento no quieren o no pueden celebrar, una vez haya transcurrido cierto plazo o cumplido la condición estipulada y los demás requisitos legales. (p. 63)

La corriente doctrinal moderna, sitúa

la responsabilidad precontractual, en la transgresión de deberes, que están basados en valores humanos, tales como la confianza y la honradez. Y se le atribuye la singularidad de “precontractual”, porque la violación de deberes, se comete en el despliegue de conductas que anteceden y se relacionan con la concreción de un acuerdo de voluntades; el precontrato como instrumento de fuente de obligaciones no existe, sino el contrato de promesa.

El artículo 208 del Código de Comercio (1916), dispone que mientras el contrato no se forme la propuesta y la aceptación son revocables, no obstante, si el revocante informase a su contraparte la revocatoria después que ésta de buena fe inició la ejecución, responderá por los daños y perjuicios que sobrevengan de tal comunicación tardía. La citada deposición pone de relieve la responsabilidad precontractual en las relaciones comerciales, si se revocase la propuesta o la aceptación luego que empezaron a ejecutarse, siempre que medie buena fe.

II. El principio de la buena fe: cumplimiento del deber de información.

Siguiendo al connotado jurista Borda (2014), estos deberes descienden del principio de la buena fe, que parte del fundamento de que las personas deben proceder con fidelidad y apego a la prestancia y recepción de sus actos dentro del universo de las relaciones jurídicas correlacionadas; es decir, el no incurrir el ejercicio del derecho en contra de la buena fe, agravando intereses legítimos como expresiones del valor justicia de las personas; la infracción de un deber acarrea una infracción. Esta infracción, se desarrolla explícitamente a través de dos (2) tipologías conductuales, a saber: (i) la acción, proyectada por la ejecución, el ejercicio, la activación,

desempeño, o impulso externo de la persona; y/o (ii) la omisión que está caracterizada, en sentido contrario de la acción, a la inacción, abstención, inactividad, pasividad de la persona, es el elemento interno de la conducta infractora.

Partiendo de esta perspectiva básica, los precitados deberes universales o deberes fundamentales en el enfoque global, axiológico y deóntico, son razonada y argumentativamente los siguientes: (i) el deber de colaboración; (ii) el deber conservación como buen padre de familia; el deber de lealtad; y (iii) el deber de informar. En el precontrato, el cumplimiento de todos estos deberes juega un papel importante, no obstante, el debido cumplimiento del deber de información, es el más esencial en la consecución de las tratativas, con miras a la obtención de un acuerdo final del cual surge una armónica relación jurídica contractual.

La intencionalidad o el elemento volitivo (dolo) es constitutivo de las precitadas tipologías conductuales, y por consiguiente, es determinante en el factor atribucional de la responsabilidad precontractual ante el indebido ejercicio del deber de información, durante las negociaciones preliminares. Por tanto, partiendo de la conducta omisiva de índole dolosa, se tiene que en el precontrato, se forma desde el momento en que una las partes, en la ejecución de las negociaciones, para lograr un resultado esperado, se reserva, obstaculiza, oculta deliberadamente el acceso a cualquier fuente de información, que sea previsiblemente relevante en la conformación del consentimiento preliminar y decisivo de la otra parte.

En el campo del derecho comparado, el Código Civil (1889), en su artículo 7, numeral 2, claramente introduce el concepto

de la omisión dolosa, de la siguiente forma:

2. La Ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo. Todo acto u omisión que por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso.

Visto lo anterior, la omisión dolosa comprende, en el ámbito precontractual, es una especie de voluntad deliberada de la parte gestora, con el propósito de producir un resultado furtivo, que erosiona el deber de información propiamente tal. Y ante ese resultado perjudicial, emana la obligación de indemnizar y la realización de actos administrativos y jurisdiccionales encaminados a imposibilitar la continuidad de la conducta dolosa y por consiguiente engañosa.

Así las cosas, el dolo es aquella conducta que se manifiesta por el deseo ajeno de lograr que un sujeto haga, realice o deje de hacer algo, que este no haría por su propia voluntad; es decir, la pretensión en el marco de la articulación del dolo es obtener un determinado resultado proceder de otra persona, y para ello quien desea ese resultado realiza sistemáticamente una serie de conductas sean de acciones u omisiones. De esta forma, no existe voluntad propia e independiente del sujeto, pues no realiza la actividad en virtud de su ser, porque está convencido que debe hacerlo o porque la hace en medio de engaños, actos simulados que alteran la verdad del negocio jurídico que está próximo a celebrar.

Si una parte negociadora, no conoce todas las variables que giran alrededor de una determinada negociación o tratativas, en el estricto funcionamiento de la dinámica de la oferta y la aceptación puesto que su contra parte, calló advertidamente datos relevantes que pudiesen disuadir su absoluto consentimiento contractual, estamos en presencia de un dolo omisivo en la negociación precontractual. Y esto es porque, una de las partes de la negociación tramó artificiosamente maniobras, para engañar a la otra parte negociadora, a efectos, de conseguir su consentimiento en la configuración del acto contractual.

Así las cosas, en los Códigos Civiles de Iberoamérica se tipifican el dolo como uno de los vicios del consentimiento y por ende del principio de autonomía de la voluntad de las partes. Ese sentido, el artículo 1120 de nuestro (Código Civil 1916), en concordancia con el artículo 1269 del Código Civil (1889), en la concepción natural del vicio de consentimiento derivado del dolo señala: “Hay dolo cuando, con palabras o maquinaciones insidiosas de parte de uno de los contratantes, es inducido el otro a celebrar un contrato que, sin ellas, no hubiera hecho”. Como quiera que, el citado precepto, no hace directamente referencia al dolo omisivo, la utilización de palabras insidiosas, puede generar la ausencia de la revelación de información (sustituyendo esta) como una de las maquinaciones confusas de una de las partes, toda vez que, si esta se comunicase, no se formalizaría el negocio jurídico.

No obstante, en el plano sustancial, que me he referido con anterioridad, que la omisión con dolo como factor conductual del quebrantamiento del deber de informar, se tendrá como una infracción a dicho deber en la medida que la abstención recaiga sobre datos previsiblemente relevantes para la gestión

informada de las tratativas, de tal manera, que una de las partes no debiese ignorar y que la otra parte sabe y tiene en su poder. De allí que, la doctrina ha establecido, que no en el marco de la estructura del deber precontractual de informar, según De La Maza (2010), toda omisión implica una abstención, en tanto que no toda abstención conlleva una omisión; y esa diáfana diferenciación, es precisamente el elemento primario que determina la configuración de una omisión dolosa, que realmente transgrede el deber precontractual de información.

Existen diversas situaciones subjetivas, cuya ponderación ha generado la introducción de estándares de exigibilidad del cumplimiento del deber precontractual de informar. En tal sentido, para que opere el deber precontractual de informar como componente clave en la conformación del consentimiento, depende de que preexista un intercambio dinámico y mutuo de información entre las partes negociadoras, que demande el acceso incuestionable del conocimiento de la información de una parte frente a la otra y viceversa.

Si el cruce de información en los acuerdos preliminares está supeditado o controlado por una de las partes o no fluye con la debida reciprocidad, con apariencias inofensivas, el consentimiento que prestará la parte ignorante, no responderá a un interés individual con creencias de favorabilidad, representado por la toma de decisión de formalizar el contrato con todos los escenarios en blanco y negro, porque en las tratativas fue privada de información significativa, sorprendiéndola en su buena fe, con motivo de su desconocimiento. Aquí, la planificación maliciosa de una parte, cuando se abstiene, oculta o manipula información de vital importancia con la intención de asegurar la conformidad de la otra parte, se abstiene, oculta o manipula información de vital

importancia, se evidencia la persecución de ese fin, empleando todas las manifestaciones omisivas posibles para ello.

El principio de la buena fe antes citado, es la base sobre la cual los tratadistas han justificado el deber precontractual de información, no obstante, partiendo de esta base, tal deber se proyecta, no desde el punto de vista amplio, sino específico, atendiendo los parámetros categóricos de la buena fe: creencia y lealtad. Sobre particular, estos parámetros categóricos son aplicados en el ejercicio de un derecho y en el cumplimiento de un deber jurídico.

De La Maza (2010) afirma que:

La función que desempeña el principio de la buena fe debe ser relacionada con la presencia es una pluralidad de intereses que deben ser protegidos por el ordenamiento jurídico. Concebida de esta manera, la buena fe aparece como un instrumento que permite ponderar los diversos intereses en juego, haciendo prevalecer uno y otros según las peculiaridades del caso concreto. Podrá suceder, entonces, que, en ciertos puestos, la buena fe justifique la imposición de un deber precontractual de informar pero, también podrá suceder que, que en otros supuestos la buena fe justifique que no se exija informar. (p. 29)

El silencio inexorable como supuesto de omisión intencionada durante la implementación ejecutiva de las negociaciones previas, es sin duda una violación del deber precontractual de información, y por consiguiente, del principio de la buena fe. En este caso, la materialización del dolo en la conducta omisiva se presenta en el engaño, pero no en cuanto al suministro de información falsa, defectuosa o incompleta, sino desde el momento en que la parte que

posee la información relevante se rehúsa a comunicarla a su contraparte, porque de hacerlo, no obtendría el resultado que pretende alcanzar.

Un aspecto fundamental es que los precontratos, no son en lo absoluto acuerdos de voluntades son tratativas o acuerdos preliminares, cuyas condiciones a la que están sujetas sus expositores, con miras a lograr un determinado negocio jurídico es el cumplimiento de los deberes fundamentales de no producir daño a nadie. El cumplimiento recíproco del deber precontractual de información como uno de estos deberes fundamentales, precisa la generación de un acto contractual ampliamente informado con antelación.

Sin duda alguna, la inobservancia del deber precontractual de información derivada del dolo omisivo es una violación de un deber específico, que se compromete en las negociaciones, y la intencionalidad omisiva, en este sentido, se desprende cuando la ocultación de la información es específicamente pretendida. Un ejemplo de ello, las negociaciones para formalizar un contrato de compraventa de bien inmueble; en los acuerdos preliminares el propietario omite intencionalmente poner en conocimiento al negociante interesado, que sobre la finca objeto del contrato existe una invasión u ocupación de un tercero.

Así las cosas, el deber de información en la conformación de las tratativas o acuerdos preliminares se extiende sobre la base del principio de la buena fe, cuyo quebrantamiento, genera para su infractor responsabilidad precontractual por el daño causado por este incumplimiento. Entendiendo, que la comunicación oportuna de datos previsiblemente relevantes, en el entorno

de la ejecución de los tratos precedentes tiene un impacto directo en el alcance y magnitud del consentimiento de las venideras partes contratantes.

Ahora bien, es preciso anotar que la doctrina ha sostenido, que el deber precontractual de información tiene límites, que se enfocan en la noción de aquella gestión que es previsiblemente relevante su transferencia al conocimiento de una frente a la otra parte y viceversa, desde la perspectiva de su importancia en la manifestación de la voluntad en el contrato. Asimismo, una característica limitativa, al deber precontractual de información subyace en el deber de información que opera, pero en contrasentido; es decir, cuando se atribuye a una de las partes la notificación a su contraparte de inconsistencias surgidas durante la ejecución de los acuerdos preliminares, que pudiesen variar su consentimiento (fusión de la oferta y la aceptación) en la aprobación de la relación contractual de fondo, de tal suerte, que la parte que ha sido informada pueda realizar las aclaraciones, ampliaciones, modificaciones o ajustes necesarios para enmendarlas para evitar una interrupción en las negociaciones.

Si la una de las partes que tenía conocimiento de estas inconsistencias, no las comunicó a tiempo o no las informó a su contraparte, desde el momento en que detectó e identificó la contrariedad o confusión de la información recibida, no podrá invocar violación al deber precontractual de información, si no las comunicó a la parte proveedora de los datos oportunamente, para que esta procediese a las ampliaciones o subsanaciones respectivas, (error=conducta omisiva). Por tanto, tanto es de notar que la exigencia de informar está vinculada con la aplicación absoluta del principio de la buena fe en esquema de un *modus operandi* absoluto y

no relativo, de la transferencia de información recíproca, que necesariamente debe fluir, de acuerdo a la buena fe, en el desarrollo de las tratativas o negociaciones previas para lograr eficaz y efectivamente el negocio contractual final.

En plano del Derecho Continental Europeo, esta tendencia ha tenido una evaluación doctrinal respecto a la “**justificación de la responsabilidad precontractual**” tomando como criterio justificativo, el origen y magnitud del error en sus diferentes formas de manifestación en la conducta del sujeto. Sobre el particular, Alemania y Francia, en sus respectivos sistemas jurídicos, han reconocido la corriente dominante del acierto del deber de información precontractual, no obstante, con las siguientes limitaciones específicas: (i) la naturaleza del negocio; (ii) la conservación autónoma de información inherente a los intereses o aspiraciones de los contratantes; (iii) información que ya sea de conocimiento de las partes, salvo que una de ellas solicite a la otra algún elemento material adicional o relacionado con la consistencia de la misma; y (vi) que la información peticionada sea **previsiblemente relevante** esto es que sea elemental, determinante, de vital importancia en la consecución exitosa del negocio jurídico, impidiendo de esta forma, especulación informativa irrelevante o “*fishing expedition*”.

Por su parte, en el Código Civil (1942), el deber de información en los tratos negociales es una regla básica que se deriva del principio de la buena fe, por tanto, su aplicación está singularmente condicionada al *iter* de la negociación, en donde la transferencia de declaraciones, en el entorno del deber precontractual de información supone una expresión de lealtad entre las partes con miras a obtener un acuerdo de voluntades válido. En ese sentido, en el carácter axiológico y deóntico

que sostiene la autonomía de los tratos previos y por ende de los deberes precontractuales está implícitamente comprendido en los artículos 1337 y 1338 del código citado, son del siguiente tenor:

Artículo 1337. - Negociaciones y responsabilidad precontractual.

Las partes, al llevar a cabo las negociaciones y en la formación del contrato, deben comportarse de buena fe.

Artículo 1338. - Conocimiento de causas de discapacidad.

La parte que, sabiendo o teniendo que saber la existencia de una causa de invalidez del contrato (1418 y siguientes), no ha notificado a la otra parte, debe compensar el daño sufrido por esta parte por haber confiado, sin su culpa, en la vigencia del contrato (1308).

Nótese que los enunciados preceptos, son diáfanos es precisar, la buena fe en la fase preparatoria del contrato, cuya desobediencia origina responsabilidad precontractual y el deber precontractual de información como una modalidad del principio de la buena fe y como tal, de él descienden otros deberes, como el de lealtad. Es así, como el Derecho Civil italiano, delimita la esencia del deber precontractual de información y las consecuencias de su incumplimiento.

Con lo cual las normas inmediatamente transcritas, previenen que el deber de información basado básicamente en el conocimiento oportuno, debe ser ejercido con la debida diligencia, esto es de buena fe, por medio de la prestación a tiempo de información que tiene una afectación trascendental en la prosperidad de las negociaciones preliminares para la celebración del contrato. Por tanto, el comportamiento de buena fe es la clave de la observancia del deber de información

que, en su contextualización holística está representado por la debida diligencia, tanto desde la óptica cronológica como desde la perspectiva material.

Es por ello, que el ordenamiento jurídico italiano prevé que la vulneración al deber precontractual de información, se construye sobre un dolo específico de naturaleza omisiva, impulsado por un comportamiento intencional de retener información relevante, cuyo conocimiento por la parte ignorante, haría imposible la suscripción del negocio jurídico o su invalidez, de haberse celebrado. Por tanto, la parte omisa, resarcirá a su contraparte por el daño que sufrió y que sobrevino del quebrantamiento de la confianza que éste depositó en aquel.

De esta forma, en el marco del principio de la buena fe, el Derecho Civil italiano no es limitativo a la imposición del deber precontractual de información, siempre y cuando preexista la ausencia deliberada de comunicación de datos vitales en la negociación preparatoria del contrato, vinculados a la exteriorización de la voluntad en la conformación del mismo. En tal virtud, la ecuación resarcitoria-compensatoria, va encaminada hacia la reparación de daños y perjuicios ocasionados ante el desconocimiento de información, que se encuentra en poder de unas de las partes gestoras, y por consiguiente, ha desembocado en un error en la fusión del consentimiento.

En la economía y en el comercio mundial el dominio de información significativamente importante es determinante en la toma de decisiones estratégicas que conforman el soporte de diversas transacciones, de acuerdo a los fines negociables. Es así como el deber precontractual de información tiene su génesis en el adecuado y suficiente conocimiento de

información, en el curso de la articulación del flujo de las operaciones transaccionales preparatorias a la celebración del contrato.

Borda (2014) sostiene que:

Algo más cabe señalar. El contenido de este deber de información se ha expandido de alguna manera. Hoy, no basta con aclarar cuestiones o informar sobre determinadas situaciones, sino que, con fundamento en esta obligación, debe asesorarse o aconsejarse a la otra parte sobre la conveniencia o no de concertar el negocio. (p. 11)

La doctrina moderna sostiene, que basado en la preponderancia de la evidencia informativa como vehículo de la integración del conocimiento, núcleo central de la voluntad, en la gestión de la actividad contractual, la violación al deber precontractual de información puede materializarse por culpa o por dolo, no obstante, la tendencia doctrinal va hacia el postulado de clasificar esta conducta como dolosa y volitiva en contraste con el principio de la buena fe. Y esto tiene un punto medular irrefutable, la responsabilidad precontractual ante el incumplimiento de los deberes en las tratativas preliminares de la negociación, es de naturaleza extracontractual pues no surge de la falta de cumplimiento del contrato, sino de deberes que están fuera de él.

Desde el punto de vista jurisprudencial, el cumplimiento del deber de información, es evaluado tanto en la sostenibilidad y suficiencia de la información, como en el momento en que ha de proporcionarse los datos en medio de las tratativas. Estas vertientes de cumplimiento, han sido claramente destacadas por la doctrina jurisprudencial, de tal suerte, que el alcance del deber información se extiende hasta la comunicación oportuna del antecedente, o de

cualquier hecho que incida en la progresión de las negociaciones.

Al respecto, Sala Primera de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia (2012) concluyó lo siguiente:

Una vez la Aseguradora comunicó su decisión, era deber de la Cooperativa informar a la demandante la exclusión, que para su caso especial indicaría la póliza, con el objeto que la actora decidiera si continuaba con la tramitación del préstamo y el seguro colectivo, o buscaba entre las aseguradoras de la localidad alguna, que sí pudiese cubrir el riesgo excluido o entablar una negociación para lograr la disminución en la prima a pagar.

No obstante lo expresado, la actitud de la Cooperativa, a pesar de la exclusión advertida por la Aseguradora, fue la de cobrar la prima fijada, sin informar a la demandante, que el riesgo por incapacidad total y permanente no estaba cubierto, faltando a los deberes que impone la buena fe y la ley, generando en la casacionista la convicción errada que sí estaba amparada por el contrato de seguro colectivo que ofrecía la Cooperativa.

En efecto, el razonamiento jurídico del Tribunal citado, se circunscribió a la importancia del deber de información en la órbita del principio de la buena fe; es decir, no se basó en la vulneración de una norma específica, ni en el incumplimiento de obligaciones contractuales, sino en la violación directa del deber de informar. En ese orden de ideas, la violación del deber de información en comento, se calificó por la pasividad de la demandada de no proveer una información,

que era de su conocimiento en particular y que influía en la libertad de la demandante de continuar o no, con los actos preparatorios para la celebración de un contrato de préstamo, precisamente con la parte demandada.

En este escenario, los efectos que se derivaron de la naturaleza de la información omitida implicaron un evidente cambio de las circunstancias primitivas de las negociaciones y cuyo desconocimiento del futuro prestatario impidió que aquel negociase una nueva propuesta o explorase otras alternativas alienadas con sus expectativas, intereses o conveniencia. El elemento tendencial del deber precontractual de información, es la divulgación de evidencias informativas fundamentales entre las partes acercadas para adoptar un consentimiento pleno al otorgar el instrumento contractual.

Sobre el particular, el Tribunal Supremo. Sala de lo Civil (2019) enfatizó que:

Es decir, aun cuando se considere que la entidad de servicios de inversión no cumplió debidamente sus deberes de información y que ello propició que el inversor no conociera los riesgos inherentes al producto que contrataba, un posible error en el consentimiento por déficit informativo podría dar lugar a la nulidad del contrato, conforme a los arts. 1265, 1266 y 1301 CC. Pero lo que no procede es una acción de resolución del contrato por incumplimiento, en los términos del art. 1124 CC, dado que el incumplimiento, por su propia naturaleza, debe venir referido a la ejecución del contrato, mientras que el defecto de asesoramiento habría afectado a la prestación del consentimiento.

De lo expuesto se infiere, que la formación

de la voluntad emana de la impulsión del procesamiento de la información distribuida por medio de la puesta en marcha de análisis, evaluaciones, estimaciones, proyecciones de reportes, informes y otros medios de información de caras a forjar el entendimiento de las partes en el transcurso de la fase preparatoria del contrato. Y la prestación del consentimiento como expresión de la voluntad, proviene del cumplimiento del deber de información y no de una obligación contractual.

III. ¿Cómo se excedería el deber de informar, cuando se realiza una debida diligencia para celebrar un contrato?

En este caso las partes deben ser prudentes al momento de seleccionar y mostrar los datos necesarios para la elaboración del contrato, atendiendo las aspiraciones de cada cual con la aprobación de la potencial fórmula contractual. En la gestión de la debida diligencia, que consiste la impulsión de iniciativas cuidadosamente necesarias para prevenir y mitigar cualquier riesgo perjudicial que pueda experimentar una parte frente a la otra, con el propósito de evitar la toma de decisiones, sin todos los elementos informativos pertinentes o con un conocimiento mal informado del asunto a contratar, las partes deben limitarse a entregar información sobre las especificaciones, atributos y condiciones de las prestaciones que habrán de desarrollarse en las obligaciones que regirán la relación jurídica contractual que están próximos a contraer.

Como se ha explicado en el punto precedente, cuando la información sustancialmente no se asocia con la discusión de los acuerdos preliminares o versa sobre aspectos de secretos comerciales, industriales, o cualquier otro know how, o recaiga en datos confidenciales, las partes propietarias de esta

información no deben compartirla, sin que se entienda privada la voluntad de hacerlo, si así lo manifestasen libremente. Sin embargo, si lo hicieren rebasarían los límites del deber de información, y posiblemente las colaría en una posición de desventaja frente a su contraparte en la negociación, salvo que se hubiesen comprometido a guardar el deber de reserva, custodia y utilización de cierta clase de información sujeta exclusivamente al concierto de las negociaciones; en sentido contrario, no se excederían los límites del deber de informar, sino más bien una vulneración del destacado deber precontractual, si convergen los criterios de procedibilidad antes citados.

IV. ¿Cuándo se está ante una expedición de pesca (fishing expedition) según la doctrina?

La expedición de pesca o fishing expedition es un término acuñado en el Derecho Internacional Tributario, e introducido en los formatos de Acuerdos de Intercambio de Información y en los modelos de Tratados para Evitar la Doble Tributación como un principio rector y que señala que la

información que soliciten las jurisdicciones fiscales entre sí, según lo convenido en dichos instrumentos sea de naturaleza fiscal o para fines fiscales, es decir que no se distancie de la materia tributaria, de lo contrario la petición puede ser denegada. Dicho lo anterior, cuando una de las partes requiere de su contraparte la remisión de información general o específica que no guarda relación con las tratativas preliminares, con la determinación de crear una atmósfera de confusión, estamos ante a una expedición de pesca o fishing expedition en el desenvolvimiento de los tratos preliminares; la doctrina sostiene, que el deber de prestar información se concentra en datos concretos y relacionados con el núcleo de las negociaciones.

De allí, que si la información requerida es de conocimiento del negociador requirente, el otro negociador puede oponerse a tal requisición de datos. También puede oponerse, si la información peticionada es ineficaz e inoperante para los fines de la contratación; a tal efecto la expedición de pesca es catalogada como una maquinación maliciosa que puede inducir el consentimiento del negociador.

Conclusiones

Es incuestionable, que los tratamientos de las negociaciones anticipadas a un convenio se estructuran a base de informaciones precisas, exactas, elementales y previsiblemente relevantes, acordes con las pretensiones que esperan recibir las partes negociantes entre sí, por medio del futuro contrato. Por tanto, para la obtención recíproca de estas prestaciones es necesario, que, en la etapa preliminar de la negociación, los negociantes cumplan con el deber de transmitir información referente a la causa y objeto que serán pactados, así como

cualquier otro factor inherente al desarrollo de sus voluntades.

Ante esta situación, el deber precontractual de información, como imposición del principio de la buena fe, es un deber fundamental, que no puede ser desconocido por los negociantes y su inobservancia produce consecuencias perjudiciales que deben ser resarcidas por el negociante omisivo, o si informó con datos inciertos, contradictorios, indeterminables o falsos. Por tanto, en la medida en que las

negociaciones preliminares estén precedidas de información veraz y pertinente, disminuirá el riesgo de romper la secuencia de las tratativas previas o de suscribir un acuerdo de voluntades bajo amenaza de nulidad absoluta.

En Panamá, el deber precontractual de información está claramente tipificado en las normas sobre el Derecho de Consumo y defensa de la competencia, tal como se desprende de lectura de los artículos 68 y siguientes de la Ley 45 de 31 de octubre de 2007. Sin bien, en el Derecho Civil de Panamá no existe un precepto destinado a regular explícitamente la responsabilidad precontractual y por ende, el deber precontractual de información, en atención al artículo 1109 en concordancia con el artículo 1113 del Código Civil (1916), partiendo del principio de la buena fe, es perfectamente aplicable el cumplimiento

recíproco del deber información, en la etapa previa a la realización del contrato.

Asimismo, el dolo omisivo, como forma de violación del deber precontractual de información entra dentro de la definición comprendida en el artículo 1120 de la precitada disposición legal, considerando que, a través de esta conducta intencional de desinformación, el negociante omisor, construye una atmósfera pasiva y confiable que oculta un contenido dañino que desconoce el otro negociante. Ante esa apariencia artificiosa de confiabilidad, la autonomía de la voluntad del negociante ignorante se erosionará y, por consiguiente, sufrirá daños y perjuicios en concepto de las erogaciones en que incurrió con motivo de la oferta aparente del otro negociante y este, en consecuencia, está obligado a resarcir dicho daño.

Referencias Bibliográficas

- Arroyo, D. (2017). *Contratos Civiles*. Editorial Portobelo Panamá. 63
- Borda, A. (2014). La Buena Fe en la etapa precontractual. 129 *Vniversitas*, 39-79. <http://dx.doi.org/10.11144/Javeriana.VJ129.lbfedoi:10.11144/Javeriana.VJ129.lbfe.11>.
- De La Maza, I. (2010). *Los Límites del Deber Precontractual de Información*. Editorial Aranzadi, S.A. 29.
- Código Civil, 2019. Real Decreto julio 24, 1889. 25 de julio de 1889. (España):
- Código Civil, 2019. Real Decreto 262 marzo 16, 1942. 4 de abril de 1942. (Italia).
- Código Civil, 2020. Ley 2 agosto 22, 1916. 7 de septiembre de 1916. (Panamá).
- Código Comercio, 2019. Ley 2 agosto 22, 1916. 7 de septiembre de 1916. (Panamá)
- Corte Suprema de Justicia. Sala Primera de lo Civil. Proceso 294-10 (M.P. Hernán A. De León Batista; agosto 23 de 2012).
- Tribunal Supremo de España. Sala de lo Civil. Recurso 3837/2016 (M.P. Pedro José Vela Torres; mayo 6 de 2019).
- Rubín, M. (2016). La nueva dimensión de la responsabilidad precontractual. Aparición, apogeo y crepúsculo de la teoría de von Ihering.

[Microsoft Word - La nueva dimensión de la responsabilidad precontractual.docx](#)
(todaviasomos pocos.com).1-3

Dr. Richard J. Lemus

Abogado con estudios de Especialización en Docencia Superior y de Maestría en Desarrollo del Sector Marítimo, con énfasis en Empresas Navieras ambos títulos otorgados por la Universidad de Panamá. También cuenta con Postgrado y Maestría en Tributación y Gestión Fiscal conferidos por la Universidad Especializada del Contador Público Autorizado; un Máster en Economía y Finanzas de INCAE Business School y Doctorando en Derecho con énfasis en Derecho

Civil de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Panamá. Con más de 20 años de experiencia en el Sector Público, actualmente, el abogado Richard J. Lemus se desempeña como Coordinador del Área de Litigios de la Oficina de Asesoría Legal del Despacho Superior de Ministerio de Economía y Finanzas y es profesor de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Panamá.