

LA RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL POR VIOLACIÓN DE LA OBLIGACIÓN DE INFORMACIÓN EN LA NUEVA LEY DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR*

THE PRE-CONTRACTUAL LIABILITY FOR BREACH OF THE DUTY TO PROVIDE INFORMATION UNDER THE NEW CONSUMER PROTECTION LAW

*Vladimir Monsalve Caballero***

Fecha de recepción: 10 de mayo de 2012

Fecha de aceptación: 06 de septiembre de 2012

Para citar este artículo / To cite this article

Monsalve Caballero, Vladimir, *La responsabilidad precontractual por violación de la obligación de información en la nueva Ley de Protección al Consumidor*, 125 *Vni-versitas*, 219-255 (2012)

SICI: 0041-9060(201212)61:125<219:RPVOIN>2.0.TX;2-V

* El presente artículo es el primer avance de investigación del proyecto: “Armonización del derecho comercial y de consumo desde los principios *pro consumatore*. El sistema jurídico colombiano”. Financiación: Proyecto seleccionado dentro del marco de la IX Convocatoria Interna para Proyectos de Investigación y Desarrollo en el Marco de la Estrategia de Fortalecimiento de Grupos y Centros de Investigación Uninorte, 2011. El autor presenta su especial agradecimiento a la profesora Esther Torrelles Torrea profesora titular del departamento de Derecho Privado de la Universidad de Salamanca (España), por su orientación, acompañamiento y respaldo durante la estancia posdoctoral de investigación que se realizó de septiembre del 2011 a febrero del 2012, en la cual se elaboró el presente trabajo; de igual forma a la Fundación Carolina por el otorgamiento de la beca posdoctoral concedida con ocasión al programa estancias cortas 2011/2012 Posdoctorales C. 2011.

** Abogado egresado de la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás, seccional Bucaramanga, Especialista en Derecho Comercial y Financiero. Con Diploma de Estudios Avanzados en Nuevas Tendencias del Derecho Privado, Magíster oficial en Regulación Económica, Doctor en Derecho con calificación sobresaliente *cum laude* en la Universidad de Salamanca, España. Profesor investigador de la División de Ciencias Jurídicas de la Universidad del Norte, Barranquilla (Colombia) y miembro del grupo de Investigación en Derecho y Ciencia Política, GIDEP, de la Universidad del Norte, Categoría A1, según convocatoria de Colciencias año 2010.
Correo electrónico: vmonsalve@uninorte.edu.co

RESUMEN

La Ley 1480 de 2011 incorporó por primera ocasión en Colombia un sistema de principios tuitivos, donde destaca el acceso de los consumidores a una información adecuada que permita hacer elecciones bien fundadas, imponiendo sobre los profesionales una obligación de información que debe caracterizarse por su suficiencia, claridad, idoneidad y oportunidad. El presente artículo demuestra cómo, a pesar de concebir un crédito informativo en favor de los consumidores, su cumplimiento, exigibilidad y efectividad plantean dudas, aparte de las diversas sanciones civiles y administrativas que podrá imponer la Superintendencia de Industria y Comercio. El análisis se efectúa teniendo como referencia el derecho comparado y la tutela del consumidor dentro de la doctrina moderna de la *culpa in contrahendo*.

Palabras clave autor: *Culpa in contrahendo*, responsabilidad precontractual, obligaciones de información, formación del contrato, Ley 1480 de 2011.

ABSTRACT

The new consumer protection law in Colombia, know as law 1480 of 2011 for the first time incorporated a system of protective principles, which highlights the rights of the consumers to access to the appropriated information that allows them to make informed choices, imposing an obligation on producers and distributors and other professionals of information to be characterized for its adequacy, clarity, appropriateness and timeliness. This article demonstrates how despite the law creates an information credit on consumers benefit, its enforcement, enforceability and effectiveness are in doubt despite the various civil and administrative sanctions that may be imposed by the Superintendence of Industry and Commerce. The analysis was performed having in reference the comparative law and the consumer protection within the modern doctrine of *culpa in contrahendo*.

Keywords author: *Culpa in contrahendo*, pre-contractual liability, information duties, contract formation, Law 1480 of 2011.

SUMARIO

INTRODUCCIÓN.- I. ¿DE DÓNDE VENIMOS?.- II. LA INFORMACIÓN SEGÚN EL NUEVO ESTATUTO DE CONSUMO.- III. LA OBLIGACIÓN INFORMATIVA TENIENDO COMO EJE EL CONTRATO.- A. *La obligación informativa teniendo como eje el contrato.*- B. *La coordinación entre los fines y los diversos actos realizados por los comerciantes en la fase de formación de los contratos.*- IV. EL CONTENIDO MÍNIMO DE LA INFORMACIÓN POR TRANSMITIR (ART. 24).- V. EL DAÑO POR INADECUADA O INSUFICIENTE INFORMACIÓN.- VI. LAS MODALIDADES Y CANALES DE INFORMACIÓN (EL CUMPLIMIENTO DEL CRÉDITO).- VII. EL DAÑO PRECONTRACTUAL POR INSUFICIENCIA O INADECUADA INFORMACIÓN.- VIII. LOS INCENTIVOS PARA NO CUMPLIR CON LA PRESTACIÓN INFORMATIVA Y LAS CONSIDERACIONES FINALES.

INTRODUCCIÓN

La falta de protección del destinatario de una declaración de voluntad desde mediados del siglo XIX ha sido uno de los temas claves, controversiales y dinámicos del derecho civil patrimonial moderno. Gracias a las preocupaciones de la escuela pandectista alemana y en especial a las de *Ihering*, irrumpe la doctrina de la *culpa in contrahendo* con la pretensión de proteger a aquel que de forma inocente era víctima de la culpa ajena que había producido un error esencial en el instante previo a contratar¹. Eran esos los inicios de la responsabilidad precontractual, cuyos preceptos encontrarían plena recepción en la doctrina italiana de inicios del siglo XX, que la impulsaría identificando su fundamento en la buena fe objetiva y en la expectativa razonable de la confianza, estructurándola como su centro de gravedad dinámica y solidaria².

Impactada la doctrina y la jurisprudencia europea por los diversos debates de Faggella³, Saleilles⁴ y Marcusen⁵, entre otros⁶, se gesta una incorporación normativa que terminaría siendo acogida en los códigos civiles modernos, entre ellos el BGB, el *Codice Civile* italiano de 1942, el Código Griego de 1940, el Código Checoslovaco de 1950, y el Código Portugués. Por su parte la jurisprudencia europea se dejaba seducir y por tanto, de forma cada vez más frecuente comenzaba a identificar diversas reglas de validez y de comportamiento que se convertirían en el fundamento de los deberes secundarios de conducta y en especial, del reconocimiento cada vez más generalizado de un deber de informar que se hacía presente en todo el *iter* contractual en los más diversos regímenes contractuales.

1 R. von Ihering, *De la culpa in contrahendo ou des dommages-intérêts dans les conventions nulles ou restées imparfaites*, II, 8, en *Œuvres choisies de R. von Ihering* (trad. de Meulenaere, Marescq, París, 1893).

2 N. Sapone, *La responsabilità precontrattuale*, XXX (Guiffredè Editore, Milano, 2008).

3 G. Faggella, *Dei periodi precontrattuali e Della loro vera ed escatta costruzione scientifica*, *Studi giuridici in onore di Carlo Jadda*, III, 216 (Pierro, Napoli, 1906).

4 R. Saleilles, *De la responsabilité précontractuelle*, 712 *Revue Trimestrielle de Droit Civil* (1907).

5 W. Marcusen, *Das negative Vertragsinteresse in schweiz*, 26 *Obligationenrecht*, *Zeitschrift des bernischen Juristenvereins*, 121 (1890).

6 Para ver más, V. Monsalve, *La responsabilidad precontractual. La ruptura injustificada de las negociaciones* (Ibáñez Editores, Bogotá, 2010).

Con el “boom” de los mercados⁷ y con ello la interacción del derecho y la economía, aparecerían las normas de protección y de eficiencia del contrato, identificando en los preceptos dogmáticos de la responsabilidad precontractual la oportunidad para reducir los costos de transacción y las fallas del mercado, así como para proceder a una adecuada distribución de riesgos. Todo lo anterior en pro de una función preventiva del daño, con marcados componentes de solidaridad, de justicia y de seguridad jurídica que deben caracterizar las obligaciones civiles del tráfico⁸.

Pero la consolidación final de la doctrina de la *culpa in contrahendo* se dio en el entorno del derecho del consumo y en su nombre, con la tipificación de los deberes secundarios de conducta, en especial el de información por lo decisivo que resulta para el consumidor, el respeto a su derecho esencial a ser adecuadamente informado⁹ y por el rol profesional del deudor sobre el que recae marcadamente, así como por su contenido, fuente diferenciable y autónoma de la prestación objeto de la relación de consumo¹⁰.

La evolución de la elaboración originaria de *Ihering*, hoy día está presente al interior de la relación de consumo, no solamente en la fase previa (en la publicidad y su vinculación e integración contractual, en las negociaciones, en la oferta, la policitación y sobre todo en el consentimiento informado que debe caracterizar la declaración del consumidor) sino también en la fase pos-contrato, en cuanto a su contenido, regla de validez (conocimiento y aceptación previo de los clausulados generales de la contratación), incluso en cuanto a la conformidad contractual, periodos de reflexión y en la valoración de los productos defectuosos. Por fortuna parte de lo anterior se encuentra consagrado de forma novedosa en el ámbito colombiano, en la Ley 1480 de 2011 por la cual se adopta el Nuevo

7 En la posguerra, los principales países desarrollados alcanzaron crecimientos sostenidos entre el 6 y el 8% durante dos decenios, época expansiva y de acumulación de capital que auspició el encuentro entre el derecho y las demás ciencias sociales.

8 Así lo afirma H. Schäfer & C. Ott, *Manual de análisis económico de derecho civil*, 174 (Tecnos, Madrid, 1986).

9 R. Stiglitz & G. Stiglitz, *Responsabilidad precontractual*, 6 (Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1992).

10 V. Monsalve, *Dinámica de la obligación y el deber de informar (se) en la fase precontractual. La relación de consumo*, en *Estudios en homenaje a Javier Tamayo Jaramillo*, 485 (M. Aramburo, Diké, Medellín, 2011).

Estatuto del Consumidor (en adelante NEC), el cual rige desde el 12 de abril del 2012¹¹.

A pesar de que la doctrina de la *responsabilidad precontractual* sigue en construcción¹², toda vez que a la fecha no han cesado las discusiones en torno a la naturaleza y extensión del daño proveniente de las diversas hipótesis (inexistencia, anulabilidad, nulidad, ruptura de las negociaciones y retiro de la oferta) en el escenario europeo¹³, como en el de los países miembros¹⁴, era inocultable que el legislador colombiano estaba en mora de su incorporación. “Surtido aparentemente” el vacío normativo, pretendemos a continuación presentar los aciertos y las debilidades que arroja el NEC en lo concerniente a la obligación precontractual de información¹⁵ consagrada en los artículos 23 y 24, siendo las reglas principales que deberán ser respetadas en toda relación de consumo¹⁶.

11 El 10 de agosto de 2011 se aprobó en sesión plenaria del senado de la República el Proyecto de Ley 252 de 2011, el cual fue tramitado como el 089 de 2010 en la Cámara de Representantes. La sanción presidencial se dio el 12 de octubre de 2011, y desde ese entonces es la Ley 1480 de 2011, la cual entrará en vigencia a los seis meses al tenor del artículo 84. En adelante la denominaremos como el Nuevo Estatuto de Consumo (NEC).

12 Como bien lo afirma C. Asúa, *La culpa in contrahendo*, 63 (Universidad del País Vasco, Bilbao, 1989). En el ámbito argentino, Weingarten ve en ella un valor de un verdadero principio general del derecho, lo que con ello significa un nuevo criterio de conducta orientado a la realización de las legítimas expectativas objetivamente suscitadas por situaciones de muy diversa índole. Para ver más, C. Weingarten, *Derecho del consumidor*, 69 (Editorial Universidad, Buenos Aires, 2007).

13 En los reglamentos unificadores sobre normas en conflicto con ocasión de los daños contractuales (Roma I) y extracontractuales (Roma II). El primero estableció: “*Las obligaciones que se derivan de los tratos previos a la celebración de un contrato están reguladas por el artículo 12 del Reglamento (CE) no 864/2007. Y a su vez el reglamento Roma II en el Art.12. Culpa in contrahendo: La ley aplicable a una obligación extracontractual que se origine de los tratos previos a la celebración de un contrato, con independencia que el contrato llegue o no a celebrarse, será la ley a aplicable al contrato o la que habría aplicado al contrato si este se hubiera celebrado. Nos preguntamos ¿cómo es posible afirmar que los daños ocurridos con ocasión a los tratos preliminares son de naturaleza extracontractual, y al mismo tiempo sostener, que la ley aplicable será la del contrato o la que habría aplicado al contrato si este se hubiera celebrado?*”.

14 Si bien la doctrina mayoritaria se inclina por ubicar estos daños en el ámbito extracontractual, en la actualidad cada vez son más frecuentes las posturas obligacionales en diversos sistemas, en torno a la aceptación de la doctrina alemana del contacto social creada por H. Dölle, *Aussergesetzliche Schuldpflichten*, 103, 67 Zges, Staats (1943), en virtud de la cual los deberes accesorios nacen con ocasión a una mutua relación obligatoria de carácter legal surgida entre los sujetos negociables con ocasión a la confianza y a la especial posibilidad de injerencia en los bienes de la contraparte, que en ámbito alemán tendría su asidero en los párrafos del 157, 241.2 y el 282 y 311.2 del reformado *BGB*. Y que en la tradición latina se aceptó en torno a la buena fe *in contrahendo* de donde surgen para las partes deberes de comportamiento, de lealtad, de corrección, información, secreto y custodia.

15 Siendo el tema más relevante de la moderna doctrina de la responsabilidad precontractual según J. Mestre, *Obligations en général*, 2 *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 342 (1986).

16 Si bien es cierto que el estatuto incorpora diversas obligaciones de información en contratos particulares, no será ello objeto de estudio, por limitación de espacio. El escrito está enfocado

I. ¿DE DÓNDE VENIMOS?

El Decreto 3466/82 era un estatuto que adolecía de verdaderos instrumentos que permitieran la defensa real de los derechos de los consumidores. Basta con recordar que no existía un decálogo sistemático de los derechos que tenían los consumidores, y mucho menos de los principios que orientaban las normas, ni normas de conflicto en la aplicación del sistema de fuentes en lo mercantil¹⁷. Por ello no cuesta mucho esfuerzo comprender que a pesar de que el artículo 14 del Decreto 3466¹⁸ consagraba: *“Toda información que se dé al consumidor acerca de los componentes y propiedades de los bienes y servicios que se ofrezcan al público deberá ser veraz y suficiente (...)”*, no se haya podido identificar en dicha norma una obligación de informar en la fase precontractual de manera expresa, general, sostenida y continuada.

No obstante atentos a las circunstancias de cada caso y en mérito al comportamiento diligente que impone el actuar de buena fe y de colaborar, la doctrina y la jurisprudencia reconocieron de una forma escalonada¹⁹ su existencia dentro de las pautas del orden público y como un derecho accesorio del artículo 863²⁰ y del 871²¹ del C. Co., conllevando la exigencia de transmitir información²²

en analizar la regla principal de la obligación de información.

- 17 Por una excesiva y desproporcionada interpretación del artículo 22 del Código de Comercio, se negaba la aplicación de la norma de consumo.
- 18 Estatuto de consumo vigente hasta el 11 de abril del 2012.
- 19 Que comenzó con el pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, en la Sentencia del 27 de junio de 1990, GJ No. 2439. En su momento, la CSJ sostuvo: *“Es obligación exteriorizar la buena fe, objetivizándola diligentemente ante la otra u otras partes interesadas, suministrando oportunamente todas las informaciones necesarias y adoptando los comportamientos inequívocos pertinentes y cumpliendo los deberes preparatorios”*.
- 20 *“Art. 863. <Buena fe en el periodo precontractual>. Las partes deberán proceder de buena fe exenta de culpa en el periodo precontractual, so pena de indemnizar los perjuicios que se causen”*.
- 21 *“Art. 871. <Principio de buena fe>. Los contratos deberán celebrarse y ejecutarse de buena fe y, en consecuencia, obligarán no sólo a lo pactado expresamente en ellos, sino a todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos, según la ley, la costumbre o la equidad natural”*.
- 22 Al respecto afirma L. Díez-Picazo, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, I, 64 (Thomson Civitas, Madrid, 2007): *“Al lado de la regla de buena fe en lo que tiene de limitación del ejercicio de los derechos, existe también una proyección de la misma en lo que tiene de fuente de creación de especiales deberes de conducta entre las partes. No es discutible que pueden existir entre las partes deberes de conducta, no estipulados expresamente, que en ocasiones constituyen genuinas prestaciones de carácter accesorio, mientras que en otros casos son modalizaciones en el cumplimiento de una obligación principal. Puede haber en este sentido especiales deberes de información precontractual, sino a una información sobre la marcha de los asuntos; deberes de protección, que están relacionados con la esfera de la vida y la integridad física de la otra parte contratante, imponiendo al deudor de la prestación la necesidad de realizar comportamientos*

no solo en la fase de formación, sino en todo el *iter contractus*, como un mecanismo para paliar las causas de ignorancia en las que puede incurrirse en la relación contractual y en especial, en la de consumo^{23 24}.

Con la nueva Constitución de finales del siglo pasado, la información apareció en un nuevo entorno, en el que se encuentran normas y principios sobre el derecho que tienen los consumidores a estar informados, específicamente en el artículo 78: “*La ley regulará el control de calidad de bienes y servicios ofrecidos y prestados a la comunidad, así como la información que debe suministrarse al público en su comercialización (...)*”. Así, respaldado lo anterior en los novísimos principios constitucionales como el del orden público económico, se encontró otro justificante para las cargas comunicativas —el cual contempla la ordenación de la economía impuesta por el Estado y las restricciones de la libertad de contratar—, derivadas del intervencionismo económico de la administración, la cual se basa en “*normas extrapositivas no expresadas en textos legales (pero sí constitucionales, art. 333)*” y cuya finalidad se centra en evitar que, por medio de la libertad de contratar, se abuse de la posición

que eviten lesiones; deberes de llevar a cabo las actividades necesarias para que la prestación sea definitivamente útil; deberes de colaboración que se dirigen al acreedor y le imponen cooperar para que el deudor pueda cumplir; y otros muchos supuestos que no presentan siempre la necesaria homogeneidad”.

- 23 El concepto relación de consumo es el equivalente al de la relación jurídica contractual, es decir, la nacida en todas las fases de *iter* negocial. Es una relación económica regulada por una norma o regla jurídica de carácter imperativo o dispositivo consagrada en la ley o —como hasta aquí se ha dicho— en un *principio* cuyos cánones deben observarse en todo el plexo contractual y que en la medida en que se vaya avanzando por las diversas fases del contrato irá consolidándose su vinculatoriedad y exigibilidad. La determinación concreta de la norma que regula cada relación particular de la vida real se efectúa mediante la integración del contrato, es decir, mediante la lógica de la jerarquización complementadora de aquellas fuentes de integración; la ley imperativa, voluntad de los contratantes, ley dispositiva y buena fe. En su sentencia del treinta (30) de abril del dos mil nueve (2009), Exp. 25899 3193 992 1999 00629 01. Magistrado ponente: Pedro Octavio Munar, la Corte Suprema de Justicia recoge el concepto de *relación de consumo*, mediante la cual se puede tener derecho a las respectivas reclamaciones y derechos, siendo irrelevante el aspecto contractual para ser considerado como consumidor afirmando: “*Trasciende a la relación contractual derivada de la compraventa o adquisición de bienes y servicios, entre otras cosas, porque emana de una relación (la de consumo) especialmente regulada por el ordenamiento y que liga a personas que, incluso, no han celebrado contrato alguno, como puede acontecer con el fabricante y el último adquirente, o cuando la víctima es un consumidor no adquirente (como los parientes o acompañantes de este)*”.
- 24 En este mismo sentido G. Ordoqui, *La responsabilidad del empresario por el deber de informar*, 928 (Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1997).

dominante de la que normalmente gozan los comerciantes en los negocios frente a los consumidores²⁵.

De otro lado, con la promulgación de la Ley 1328 de 2009, por la cual se dictan normas en materia financiera, de seguros, del mercado de valores y otras disposiciones, harían irrupción desde el punto de vista normativo las primeras obligaciones concretas de tipo informativo y de contenido precontractual, al reconocerse que en el mercado financiero existen diversos tipos de consumidores y usuarios, a los cuales los expertos comerciantes (entidades vigiladas) adeudan información en todas las etapas del *iter* contractual, en especial en el proceso de formación del negocio, independiente de su vínculo negocial.

En general, en el acontecer nacional la necesidad de proteger a los consumidores vía suficiencia informativa era una realidad aceptada y considerada en todas las esferas políticas, sociales, culturales y jurídicas, cuya principal justificación se identifica en el orden de las asimetrías²⁶, muy a pesar del panorama reflejado en el estatuto de protección de los consumidores del año 82.

II. LA INFORMACIÓN SEGÚN EL NUEVO ESTATUTO DE CONSUMO

Dentro del nuevo estatuto, la información no solo pasó a ocupar un lugar privilegiado dentro de las normas (como obligación y como derecho), sino que se enarboló como un principio general que orienta todo el ordenamiento. Así, el artículo 1, numeral 2, plantea que el NEC tiene “*como objetivo proteger, promover y garantizar la efectividad y el libre ejercicio de los derechos de los consumidores, así como amparar el respeto a su dignidad y a sus intereses económicos, en especial, lo referente a: El acceso a una información adecuada, que les permita hacer elecciones bien fundadas (...)*”.

25 Así, L. Díez- Picazo, *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, op. cit., 54.

26 Bastante bien nos ilustra S. Cámara, *Información previa al contrato*, 489 (Colex, Madrid, 2011). Por medio de ella, se protege la libertad de decisión sobre si contratar o no con pleno conocimiento de causa. En segundo lugar, permitir conocer las cualidades de la prestación en términos que permitan comparar los bienes o servicios, junto con sus condiciones jurídicas y económicas, de manera que no solo se protege un consentimiento libre y bien formado, sin vicios, para elegir un concreto bien o servicio, sino que se favorece la competencia y el correcto funcionamiento del mercado. En tercer lugar, facilitar la comprensión del alcance del compromiso que se adquirirá. En similares términos G. Ordoqui, op. cit., 923.

Para materializar lo anterior el NEC hace de la información no solo un derecho de principal tutela del consumidor, sino objeto de una prestación propia²⁷, consagrando una obligación de información (art. 23) que recae sobre los productores y proveedores, de forma *independiente* —al no requerir la celebración de un contrato para su nacimiento y exigibilidad—, lo que a su vez permite *una sanción principal*, ya no residual —como sucede con los vicios del consentimiento²⁸— por incumplimiento en la prestación informativa, constituyendo “*en sí mismo un derecho subjetivo de crédito*”²⁹.

De manera novedosa, el NEC consagra que la prestación debida por los profesionales debe caracterizarse por una forma³⁰ (art. 23) y un contenido mínimo sobre los productos que se ofrezcan (art. 24), el cual en todo caso será “*claro, veraz, suficiente, oportuno, verificable, comprensible, preciso e idóneo, utilizando siempre la lengua castellana*”. Con lo anterior pretende el legislador el cumplimiento de uno de los principales requisitos para garantizar la protección del consumidor, y a su vez estructurar un gran cambio en el derecho tradicional y común de contratos colombianos al consolidar la inversión del paradigma, pasando de un consentimiento libre basado en la autonomía de las partes, a un *consentimiento informado*³¹, garantizado por la obligación de informar previamente, en aras a una mayor solidaridad en el ámbito contractual³².

27 En concordancia con lo que ya habíamos anticipado en V. Monsalve, *Dinámica de la obligación y el deber de informar (se)*..., op. cit., 485.

28 Como sucede vía acción de rescisión consagrada en el Código Civil.

29 Ya en su momento presentamos cómo al interior de la prestación debida en la obligación de informar se pueden identificar los elementos de validez y existencia que plantea el artículo 1502 del Código Civil (sujeto, objeto, causa y vínculo) situación que vendría respaldada con la orientación tuitiva del NEC. Para ver más, V. Monsalve, *Dinámica de la obligación y el deber de informar (se)*..., op. cit., 485.

30 A pesar de que en el derecho de consumo existe un resurgimiento del formalismo de la información, el NEC opta por priorizar las calidades que debe reunir el objeto de la obligación comunicativa como regla general y no en cuanto a un conjunto de solemnidades que debe reunir el acto jurídico, siendo estas las situaciones excepcionales. Las solemnidades están reservadas en los contratos a distancia (art. 46), los que contienen condiciones generales (art. 37), los celebrados fuera del establecimiento de comercio, y los contratos electrónicos (art. 50).

31 Al que se llega si el consumidor tiene la oportunidad, antes de obligarse, de reflexionar, establecer la conveniencia, necesidad y viabilidad de la contratación, convirtiéndose todos estos elementos en la base del consentimiento informado que debe caracterizar la relación de consumo. Todo lo anterior en busca de una revalorización de la autonomía de la voluntad —entiéndase libertad de decisión— Para ver más, S. Pinto, *La información como instrumento de protección al consumidor en el contrato*, 126 *Revista de la Facultad de Ciencias jurídicas y políticas UCV*, 103-118 (2006).

32 S. Cámara, *Información previa al contrato*..., op. cit., 484.

Lo anterior termina de consolidar y respaldar el ideal de identificar en los artículos 863, 871 del Código del Comercio y el artículo 1603 del Código Civil, una obligación general de información en la formación del contrato de conformidad con las máximas que profesa la buena fe objetiva, y en especial de las reglas que de ella devienen: cooperación, solidaridad y sobre todo comportamiento leal de los contratantes. Dicha obligación no solo es aplicable — como se ha mencionado en diversas ocasiones³³ — entre iguales, sino que además está reafirmada sobre la condición de profesionalidad, en donde con ocasión de la experticia se genera una especial confianza legítima sobre la otra parte a ser informada.

El NEC identifica que por medio de la imposición de una obligación de información, se garantiza la correcta formación del consentimiento contractual del consumidor, lo que de paso conlleva la realización del principio consagrado (art. 1.2) respecto al derecho a acceder “*a una información adecuada, que les permita hacer elecciones bien fundadas*”, cuyo beneficio trasciende el ámbito individual, para repercutir directamente sobre la competencia y transparencia que debe caracterizar el mercado.

A pesar del avance que supone la incorporación normativa de una obligación previa de informar y del comportamiento exigible al proveedor y productor, encontramos que contrariamente a la generosidad en los calificativos empleados y a detallar los sujetos de la prestación, tenemos diversas razones que nos hacen pensar que la formulación de la regla podía haberse mejorado, en cuanto a su técnica de redacción y ámbito de extensión. Toda vez que como quedó consagrado pensamos que será de difícil realización la efectividad tanto del derecho de crédito como del principio (art. 1. 2. El acceso de los consumidores a una información adecuada, que les permita hacer elecciones bien fundadas).

Comenzaremos por resaltar que a pesar de la numerosa enunciación de preceptos que consagran los requisitos informativos en aras a la formación de una voluntad libre de vicios, faltó: “*a) formular la obligación informativa teniendo como eje el contrato, y no*

33 V. Monsalve, *Disertación hacia una nueva construcción en Colombia de la culpa in contrahendo*, 27 *Revista de Derecho*, 41-73 (2007). También en: V. Monsalve, *Consideraciones actuales sobre la obligación precontractual de información, una perspectiva europea*, 117 *Vniversitas*, 15-52 (2008).

los productos o servicios, y b) una coordinación entre los fines y los diversos actos realizados por los comerciantes en la fase de formación de los contratos”.

III. LA OBLIGACIÓN INFORMATIVA TENIENDO COMO EJE EL CONTRATO.

A. La obligación informativa teniendo como eje el contrato

Si se estudian con detalle los artículos 23 y 24, se constatará que la formulación de la regla sobre la obligación de información estuvo estructurada con relación a los *“productos que se ofrezcan, teniendo como especial referente la descripción física, los componentes, de utilización o elaboración”*. Lo que nos permite inferir dos dificultades: por una parte, no se pensó en el ámbito de los contratos, sino en los objetos por contratar y, por otra, *“cuando se pensó en los objetos se hacía en referencia a bienes tangibles”*, ya que el enunciado del artículo 24 describe que la información mínima comprenderá: *“instrucciones sobre uso, consumo, conservación, instalación, cantidades, pesos, fechas de vencimiento entre otras”*, dejando de un lado los bienes inmateriales y tecnológicos tan de boga.

De haber pensado, no sobre el objeto en el que recae la relación de consumo, sino en el acto mismo (el contrato), los requisitos y pretensiones que debían cumplirse en la obligación de información hubieran sido otros, o a lo menos mayores a los enunciados en el contenido mínimo por transmitir. Miremos por ejemplo cómo lo hace el artículo 60³⁴ de la Ley General para la Defensa de los

34 *“Artículo 60. Información previa al contrato. 1. Antes de contratar, el empresario deberá poner a disposición del consumidor y usuario de forma clara, comprensible y adaptada a las circunstancias la información relevante, veraz y suficiente sobre las características esenciales del contrato, en particular sobre sus condiciones jurídicas y económicas, y de los bienes o servicios objeto del mismo. 2. A tales efectos serán relevantes las obligaciones de información sobre los bienes o servicios establecidas en esta norma y normas que resulten de aplicación y, además: Nombre, razón social y domicilio completo del responsable de la oferta contractual y, en su caso, el nombre, razón social y la dirección completa del comerciante por cuya cuenta actúa. Precio completo, incluidos los impuestos, o presupuesto, en su caso. En toda información al consumidor sobre el precio de los bienes o servicios, incluida la publicidad, se informará del precio final completo, desglosando, en su caso, el importe de los incrementos o descuentos que sean de aplicación, de los gastos que se repercutan al consumidor y usuario y de los gastos adicionales por servicios accesorios, financiación u otras condiciones de pago similares. Fecha de entrega, ejecución del contrato y duración. Procedimiento de que dispone el consumidor para poner fin al contrato.*

Consumidores y Usuarios³⁵ españoles, al señalar expresamente: *“Que antes de contratar, el empresario deberá poner a disposición del consumidor y usuario de forma clara, comprensible y adaptada a las circunstancias la información relevante, veraz y suficiente sobre las características esenciales del contrato, en particular sobre sus condiciones jurídicas y económicas y de los bienes o servicios objeto del mismo (...)”*.

El tener como referencia el contrato que se pretende celebrar, para plantear las obligaciones previas de información (experiencia que no sería del todo novedosa en el ámbito nacional³⁶) extiende su zona de influencia sin mayor dificultad a todos los negocios jurídicos en general, incluso aquellos que contienen obligaciones de hacer, como sería el caso de la prestación de servicios. Superando la dificultad que plantea el tener que adecuar el artículo 24, contenido de la información mínima, como quedó establecida, cuyo referente está planteado desde el etiquetado y la presentación de los bienes. Sin olvidar, además, una ventaja adicional (que tendría lo propuesto), y sería la correspondiente a que teniendo como referencia el contrato³⁷ en el contenido comunicativo, se incluiría

Garantías ofrecidas. Lengua o lenguas en las que podrá formalizarse el contrato, cuando ésta no sea la lengua en la que se le ha ofrecido la información previa a la contratación. Existencia del derecho de desistimiento del contrato que pueda corresponder al consumidor y usuario, el plazo y la forma de ejercitarlo. La dirección completa en la que el consumidor o usuario puede presentar sus quejas y reclamaciones, así como, en su caso, la información sobre el sistema extrajudicial de resolución de conflictos prevista en el artículo 21.4. 3. La información precontractual debe facilitarse al consumidor de forma gratuita”.

35 Real Decreto Ley 1/2007 (Texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios).

36 Así por ejemplo el artículo 9 de la Ley 1328 del 2009, establece que *“previo a la celebración de cualquier contrato, las entidades vigiladas deberán informar sobre las características de los productos o servicios, los derechos y obligaciones, las condiciones para acceder a ellos, las tarifas o precios y la forma para determinarlos, las consecuencias derivadas del incumplimiento del contrato, y la demás información que la entidad vigilada estime conveniente para que el consumidor comprenda el contenido y funcionamiento de la relación establecida para suministrar un producto o servicio (...). En particular, la información que se suministre previamente a la celebración del contrato, deberá permitir y facilitar la adecuada comparación de las distintas opciones ofrecidas en el mercado (...). De igual forma deberá proveerse al potencial cliente de una lista detallada, de manera gratuita, de todos los cargos o costos por utilización de los servicios o producto (...)”*.

37 Así lo efectúa por ejemplo el primer artículo del *Code de la Consommation* francés, artículo L111-1: *“Todo profesional que venda bienes o preste servicios deberá, antes de la celebración del contrato, permitir que el consumidor conozca las características esenciales del bien o servicio. De igual forma y ya en el mercado de mueble estipula el Art. L111-2. El profesional que venda bienes muebles deberá, además, comunicar al consumidor el periodo de tiempo durante el cual sea previsible que las piezas necesarias para el uso del bien podrán adquirirse en el mercado. El fabricante o importador estará obligado a comunicar dicho periodo al vendedor profesional”*.

todo lo referente a las características esenciales del bien o servicio (etiquetado y presentación de bienes).

Por lo antes dicho es que es fácilmente identificable al interior del enunciado del artículo 24 la ausencia de las eventuales limitaciones de responsabilidad, las condiciones particulares del servicio o contrato y el procedimiento del que se dispone para poner fin al vínculo, tan comunes en la legislación francesa³⁸ o española³⁹, por solo citar algunos casos. Para evitar las complejidades descritas, en el ámbito extranjero se ha preferido adoptar una regulación dual en las obligaciones informativas de carácter previo, por una parte las obligaciones de presentación de los bienes y servicios, y en otro capítulo (en el que regule los contratos) una obligación que detalle específicamente las de carácter contractual.

Siguiendo a Cámara⁴⁰, podremos identificar otra consecuencia que podría incidir en la clasificación de consumidor material y jurídico (clasificación que no es ajena a nuestro ordenamiento a pesar de no consagrarse en el NEC⁴¹), quien afirma que solo regular las obligaciones de información correspondientes a la puesta de los bienes en el mercado, afecta los derechos de los consumidores jurídicos, toda vez que estas últimas están orientadas más bien al consumidor material (por su ámbito descriptivo desde lo físico), mientras que las obligaciones de información relevantes del contrato dirigidas al consumidor jurídico están destinadas a un raciocinio previo que consolidará su consentimiento contractual, no solo su seguridad y satisfacción en el uso o consumo.

38 “Artículo L113-3. *Todo vendedor de productos o prestatario de servicios estará obligado, mediante etiquetado, marcación, fijación de avisos o a través de cualquier otro procedimiento idóneo, a comunicar a los consumidores los precios, las eventuales limitaciones de la responsabilidad contractual y las condiciones particulares de venta, según las modalidades fijadas mediante decisión del ministro de Economía, previa consulta con el Consejo Nacional del Consumo*”.

39 “Artículo 60. *Información previa al contrato. 1. Antes de contratar, el empresario deberá poner a disposición del consumidor y usuario de forma clara, comprensible y adaptada a las circunstancias la información relevante, veraz y suficiente sobre las características esenciales del contrato, en particular sobre sus condiciones jurídicas y económicas, y de los bienes o servicios objeto del mismo. 2. A tales efectos serán relevantes las obligaciones de información sobre los bienes o servicios establecidas en esta norma y normas que resulten de aplicación y, además (...) e) Procedimiento de que dispone el consumidor para poner fin al contrato (...)*”.

40 Cámara, S., *Información previa...*, op. cit., 487.

41 Corte Suprema de Justicia, Sentencia (30) de abril de dos mil nueve (2009) Ref. Exp. 25899 3193 992 1999 00629 01. Consagró que tienen la condición de consumidor no adquirente aquellos que a pesar de no haber celebrado contrato alguno, son quienes utilizan el bien e incluso pueden salir lesionados como sería el caso de parientes o acompañantes de este.

B. La coordinación entre los fines y los diversos actos realizados por los comerciantes en la fase de formación de los contratos

Consecuencia de no haber estructurado las obligaciones de información con referencia al contrato, se constata que no se puede identificar de manera sencilla en *“qué momento hay que cumplir la prestación informativa, y qué debe caracterizar cada uno de los actos que se pueden presentar en la fase de formación del consentimiento”*. Las dificultades se evidencian desde el mismo instante en el que se intenta ubicar el cumplimiento de la prestación en alguna de las fases del *iter* contractual. Una lectura rápida del artículo 23 nos llevaría a concluir que la norma planteó un derecho de crédito informativo *“genérico que recae sobre los productos que se ofrezcan”*, al no dejar claro que dicha prestación debía cumplirse en la etapa previa al contrato.

La conclusión anterior estaría respaldada no solo por la misma estructura del artículo en mención al consagrar en su párrafo, por ejemplo, supuestos informativos de tipo contractual y además de un negocio en particular (propiamente en el contrato de seguro⁴²), lo que pone ya de manifiesto la defectuosa técnica jurídica empleada por el legislador al insertar supuestos sectoriales en la formulación de una regla⁴³, sino también por el hecho de que en capítulos más adelante, el estatuto plantea obligaciones de información precontractual expresas y detalladas⁴⁴.

Pero para nosotros, la lectura del artículo 23, Información mínima y responsabilidad, no se puede efectuar sin integrar el artículo 24, Contenido de la información, y así el resultado de dicha aso-

42 Basta por ejemplo con analizar el párrafo del artículo 23 donde se regulan supuestos en vía contractual referentes a los contratos de seguro, así: *“(…) Cuando en los contratos de seguros la compañía aseguradora modifique el valor asegurado contractualmente, de manera unilateral, tendrá que notificar al asegurado y proceder al reajuste de la prima, dentro de los treinta (30) días siguientes. Aparte que como mencionamos nada tendrían que ver con las indicaciones precontractuales”*.

43 Ya que si bien es una norma macro requería mayor claridad y delimitación jurídica, por tanto no debía por lo menos en dicho aparte regular contratos sectoriales.

44 El estatuto optó por consagrarlas en tres casos precisos. El primer supuesto se encuentra en los contratos celebrados por fuera de los establecimientos de comercio, es decir, en las ventas no tradicionales o a distancia (art. 46), y en la contratación electrónica (art. 50), en segundo lugar cuando se utilicen las condiciones generales de la contratación (art. 37) y finalmente, en aquellos negocios en los que el productor o proveedor otorgue de forma directa financiación para el pago de los bienes o servicios adquiridos por los consumidores (art. 46).

ciación nos da luces sobre el significado y alcance del imperativo de suministrar información sobre los productos que *ofrezcan los productores y proveedores*, determinando que el legislador estaba pensando que el cumplimiento se debía efectuar en un momento previo al contrato⁴⁵, o a lo menos coetáneo, que buscaba facilitar el conocimiento de todos los elementos que ayudan a configurar la voluntad contractual⁴⁶.

Por más que la norma en comento utiliza el verbo *ofrecer*, no puede determinarse que hace alusión a la oferta, como el negocio jurídico consagrado en el Código de Comercio (arts. 845 y ss.), porque el estatuto no reguló dicho acto unilateral, ni las invitaciones a contratar, y mucho menos las negociaciones o tratos preliminares, por tanto se continuará aplicando el régimen vigente de la oferta en cuanto a sus requisitos⁴⁷.

No siendo detallado el momento para cumplir, y aun así habiendo identificado una regla precontractual, ¿qué debe entenderse? El cumplimiento del crédito informativo debe efectuarse con antelación suficiente para que se cumplan los objetivos de esta obligación (proteger la libertad de decisión, conocer las cualidades y condiciones de la contratación, y comprender el alcance de los compromisos por adquirir⁴⁸). Si se intenta ubicar desde las fases del contrato, dicha prestación debe ser realizada entre la oferta y la simple publicidad, en todo caso antes de que el consumidor manifieste su consentimiento. No obstante, será el juez el que establezca de acuerdo a los parámetros de la buena fe objetiva el cumplimiento o no, de acuerdo al momento seleccionado por el productor y/o proveedor para cumplir.

45 Era totalmente necesaria una delimitación concreta del momento en el que se debía transmitir la información, toda vez que la obligación de información tiene diversos fines en los distintos momentos del *iter* contractual —de ahí que lamentemos una calificación genérica—, de acuerdo a su contenido, y fundamento teleológico. Así en la primera fase la información que debe transmitir el expendedor “*va dirigida hacia la consecución de un consentimiento libre de vicios, al cual se llega por suficiencia, y certeza*”. Ya en la etapa contractual y pos-contractual, “*la información suministrada está encaminada al cumplimiento de la prestación principal del contrato como un elemento anexo que permitirá la calificación de conformidad negocial*”.

46 Respalda en que la prestación comunicacional recae sobre los bienes y productos ofrecidos.

47 Así bastará con que contenga los elementos del contrato que se quiere ofrecer, la determinación del destinatario, y la intención de obligarse para que produzca efectos obligatorios. Para ver más, J. Oviedo Albán, *La formación del contrato*, 36 (Temis, Bogotá, 2008).

48 J. García Vicente, *Comentarios a los art. 59 a 65 TR-LGDCU*, en *Comentario del texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias*, 1473 (R. Bercovitz, Coord., Thomson – Aranzadi – Cizur Menor, 2009).

La preocupación por la protección efectiva y eficaz del consentimiento es una constante evidenciada en la profusa normativa internacional vinculada al tema, a lo que se adiciona a nivel extranjero, lo que la doctrina reiterada y uniformemente ha postulado en similar línea de pensamiento en torno “*a la tutela de la integridad en la formación de la voluntad y de los intereses económicos del consumidor perseguida a través de la predeterminación de la información, de la forma, el momento, del contenido de la oferta y del contrato*”⁴⁹.

Por ello, se ha intentado no solo detallar el cumplimiento de la prestación en una fase, sino en un acto concreto (especialmente en la oferta). Así, la oferta entre consumidores como negocio jurídico ha sufrido sendas transformaciones, pasando de los clásicos elementos esenciales del contrato pretendido y de su comunicación, a incorporar obligaciones informativas. Así por ejemplo la Ley Uruguaya de Relaciones de Consumo (17.250) de 11 de agosto de 2000⁵⁰, establece que la oferta de productos debe brindar información clara y fácilmente legible sobre sus características, naturaleza, cantidad, calidad —en los términos y oportunidades que correspondan—, composición, garantía, origen del producto, el precio, los datos necesarios para la correcta conservación y utilización del producto y, según corresponda, el plazo de validez y los riesgos que presente para la salud y seguridad de los consumidores.

49 M. Llácer Matacás, *Obligaciones vinculadas a la formación del contrato y codificación del derecho de consumo: información y documentación*, en *Estudios de derecho de obligaciones. Homenaje al profesor Mariano Alonso Pérez*, 159 (E. Llamas, Coord., La Ley, Las Rosas, 2006).

50 La ley uruguaya del 11 de agosto de 2000, regula la materia en diversas normas destinadas a la oferta y formalización de los contratos. Así, el artículo 15: “*El proveedor deberá informar, en todas las ofertas y previamente a la formalización del contrato respectivo: A) El precio, incluidos los impuestos. B) En las ofertas de crédito o de financiación de productos o servicios, el precio de contado efectivo según corresponda, el monto del crédito otorgado o el total financiado en su caso, y la cantidad de pagos y su periodicidad. Las empresas de intermediación financiera, administradoras de créditos o similares, también deberán informar la tasa de interés efectiva anual. C) Las formas de actualización de la prestación, los intereses y todo otro adicional por mora, los gastos extras adicionales, si los hubiere, y el lugar de pago. El precio difundido en los mensajes publicitarios deberá indicarse según lo establecido en el presente artículo. La información consignada se brindará conforme a lo que establezca la reglamentación*”. Por su parte el artículo 17 consagra: “*La oferta de productos debe brindar información clara y fácilmente legible sobre sus características, naturaleza, cantidad, calidad —en los términos y oportunidades que correspondan—, composición, garantía, origen del producto, el precio de acuerdo a lo establecido en el artículo 15, los datos necesarios para la correcta conservación y utilización del producto y, según corresponda, el plazo de validez y los riesgos que presente para la salud y seguridad de los consumidores. La información consignada en este artículo se brindará conforme lo establezca la reglamentación respectiva. En lo que respecta al etiquetado-rotulado de productos, así como en relación a la necesidad de acompañar manuales de los productos y el contenido de estos, se estará a lo que disponga la reglamentación*”.

Dicho modelo a pesar de que eleva los costos de las transacciones, sin duda se presentaría como una alternativa real de cumplimiento en el ámbito de protección de los consumidores, ya que concretamente se haría del cumplimiento de las obligaciones precontractuales informativas, *un acto natural, propio del nacimiento de los contratos* al insertarse en la oferta, y no como *un acto conexo o coetáneo*, como quedó consagrado en Colombia⁵¹. Dentro las diversas estrategias que han venido desarrollándose paulatinamente en el ámbito extranjero⁵² con miras al cumplimiento efectivo de la prestación informativa, se han explorado distintas vías para desplegar dicha técnica⁵³ o para dar cumplimiento a los principios tuitivos, incluso desde la regulación de los diversos actos como la publicidad.

Así, en el ámbito español, la normativa sobre contratación de consumo establece un contenido imperativo para la oferta del contrato⁵⁴, imponiendo la entrega al consumidor de un documento (programa, folleto) informativo con el valor de oferta vinculante⁵⁵; similar situación se presenta con la obligación de entregar un presupuesto, e incluso reglamentando hasta el contenido con unos plazos fijos durante los cuales no puede celebrarse el contrato para garantizar la reflexión previa⁵⁶, o bien estableciendo la información que debe conllevar la publicidad⁵⁷. En general, la tendencia es que

51 Nos permitimos dicha calificación ya que al no ser regulada la oferta en el NEC, al régimen de los contratos se le aplicarán las normas sobre la oferta contenidas en el Código de Comercio, cuyo artículo 845 establece que ella deberá contener los elementos esenciales del negocio y ser comunicada al destinatario, dejando por fuera gran parte del caudal informativo, por ejemplo los elementos coetáneos del negocio. Así las cosas, es de fácil observación que no teniendo que incorporarse el contenido de la prestación informativa en ella, se evidencia que se deberá cumplir el crédito informativo por medio de un acto jurídico complementario (de fácil vulneración).

52 G. D'Amico, *Regole di validità e regole di comportamento nella formazione del contratto*, 1 *Rivista di diritto civile*, 49 (2002).

53 M. Santos Morón, *Información precontractual, forma y prueba del contrato*, en *Curso sobre protección jurídica de los consumidores*, 135 (G. Botana, & M. Ruiz, Coords., McGraw Hill, Madrid, 1999).

54 Artículo 97 del Real Decreto 1/2007. Texto refundido de la Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios; de igual forma, artículo 3. de la Ley 43/2007, de 13 de diciembre, de protección de los consumidores en la contratación de bienes con oferta de restitución del precio.

55 Artículos 152 y 153 del Real Decreto 1/2007. Texto refundido de la Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios, artículo 16 de la Ley 7/1995, de 23 de marzo, Ley del Crédito al Consumo y el artículo 8.2. de la Ley 42/1998, de 15 diciembre, Sobre derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico.

56 Artículo 3.2. de la Ley 43/ 2007 de 13 de diciembre, De protección de los consumidores en la contratación de bienes con oferta de restitución del precio.

57 Artículo 17 de la Ley 7/1995, de 23 de marzo, Ley del Crédito al Consumo, entre otras.

dicha información se constituya en el contenido mínimo y esencial del futuro contrato⁵⁸.

Otra de las formas adoptadas por los marcos jurídicos en pro del cumplimiento efectivo de las obligaciones previas de información ha sido por medio de la incorporación de cláusulas de invalidez general, en donde no solo se establece la regla y la sanción por incumplimiento, sino que se deja fijada una carga probatoria en cabeza del acreedor. Así, el Código de Defesa do Consumidor (L8078 - CDC)⁵⁹ de Brasil, establece que los consumidores no quedarán obligados a los contratos en los que no se les ha dado la oportunidad de conocer de forma previa su contenido, o en aquellos casos en los que los respectivos instrumentos no sean claros y dificulten la comprensión, sentido u alcance. Fórmula mucho más invasiva, que tutela a los consumidores, bajo la sanción de la inexistencia de incumplimiento del crédito informativo.

A pesar de que el proceso de armonización europea en cuanto a la protección del consentimiento se ha centrado en la regulación de contratos sectoriales y de aquellos claves para el proceso de integración económica, no existiendo por tanto en el ámbito comunitario, como nacional de los países miembros homogeneidad⁶⁰ (ya que cada ley adopta el contenido de la información previa, la forma y el acto en que debe proporcionarse), *si existe una constante en cuanto a disponer de diversos mecanismos⁶¹ para proteger el consentimiento reflexivo y libre de vicios*. Por tanto, no solo se ha fortalecido la delimitación, exigibilidad e independencia del crédito informativo, sino que también en aras de materializar su cumplimiento, se han concebido diferentes instrumentos jurídicos, siendo el más representativo el periodo de reflexión en el cual se puede ejercer el derecho de retracto en la mayoría de los contratos entre consumidores por diversas situaciones, entre ellas por el no

58 G. Marcatajo, *Asimmetrie informative e tutela Della trasparenza nella politica comunitaria di consumer protection: la risposta Della normativa sulle clausole abusive*, 3 *Europa e Diritto privato*, 751 (2000).

59 Lei 8.078 de 11 de setembro de 1990, Código de Defesa do Consumidor (L8078 - CDC), artículo 46: “Os contratos que regulam as relações de consumo não obrigarão os consumidores, se não lhes for dada a oportunidade de tomar conhecimento prévio de seu conteúdo, ou se os respectivos instrumentos forem redigidos de modo a dificultar a compreensão de seu sentido e alcance”.

60 M. Llácer Matacás, *Obligaciones vinculadas a la formación del contrato...*, op. cit., 164.

61 Destaca la sanción administrativa al proveedor, la declaratoria de la nulidad, anulabilidad, el cumplimiento por equivalente, y la resolución indemnizatoria por incumplimiento de la obligación de informar.

cumplimiento de las obligaciones previas de información, por plantear tan solo un ejemplo.

Pero infortunadamente en el ámbito nacional el estatuto, aparte de la dificultad de identificar la obligación de información previa y de no haberla enlazado con un acto jurídico del proceso de formación, no planteó un régimen sistemático sobre la validez y nulidad del contrato, teniendo que acudir a las fuentes del derecho privado que ya de por sí son bastante contradictorias⁶². A pesar de que se dio un paso grande al hacer vinculante la publicidad, el Título VI (que la regula) utiliza indistintamente el término promoción, oferta y publicidad; y qué decir de la no consagración de mecanismos de integración contractual de la oferta⁶³, y de toda comunicación previa, o incluso de información omitida en el periodo precontractual, tan común en el ámbito europeo⁶⁴.

Por su parte, la adopción del derecho de retracto se incorporó en el ámbito nacional pero no como regla general (como opera en todos los países europeos y latinoamericanos), sino bajo la consagración de un régimen excepcional⁶⁵, lo que dificultará un control *ex post*

62 Por solo recordar alguna de las antinomias, mientras el Código Civil plantea que los vicios del consentimiento en el contrato de compraventa deberán ser demandados mediante la acción rescisoria, el Código de Comercio plantea que harán parte de los supuestos del cumplimiento no perfecto y por tanto son demandables vía acción de cumplimiento.

63 Como el consagrado en la LGDCU, en donde se creó un sistema vinculante en la etapa de formación del contrato, tanto con la oferta, promoción, publicidad o cualquier tipo de comunicación previa, así: El artículo 8.1: *“La oferta, promoción y publicidad de los productos, actividades o servicios, se ajustarán a su naturaleza, características, condiciones, utilidad o finalidad, sin perjuicio de lo establecido en las disposiciones sobre publicidad y de acuerdo con el principio de conformidad con el contrato regulado en su legislación específica. Su contenido, las prestaciones propias de cada producto o servicio y las condiciones y garantías ofrecidas, serán exigibles por los consumidores y usuarios, aun cuando no figuren expresamente en el contrato celebrado o en el documento o comprobante recibido”*.

64 En el caso español, la LGDCU establece una integración normativa incluso frente a los supuestos informativos que por omisión no se efectuaron. Así, el artículo 12.5.6: *“Los contratos con los consumidores se integrarán, en beneficio del consumidor, conforme al principio de buena fe objetiva, también en los supuestos de omisión de información precontractual relevante”*.

65 *“Art. 47. Retracto. En todos los contratos para la venta de bienes y prestación de servicios mediante sistemas de financiación otorgada por el productor o proveedor, venta de tiempos compartidos o ventas que utilizan métodos no tradicionales o a distancia, que por su naturaleza no deban consumirse o no hayan comenzado a ejecutarse antes de cinco (5) días, se entenderá pactado el derecho de retracto por parte del consumidor. (...) Se exceptúan del derecho de retracto, los siguientes casos: 1. En los contratos de prestación de servicios cuya prestación haya comenzado con el acuerdo del consumidor; 2. En los contratos de suministro de bienes o servicios cuyo precio esté sujeto a fluctuaciones de coeficientes del mercado financiero que el productor no pueda controlar; 3. En los contratos de suministro de bienes confeccionados conforme a las especificaciones del consumidor o claramente personalizados; 4. En los contratos de suministro de bienes que, por su naturaleza, no puedan ser devueltos o puedan deteriorarse o caducar con rapidez; 5. En los contratos de servicios de apuestas y loterías; 6. En los contratos de adquisición de bienes*

de conformidad contractual y de cumplimiento de las obligaciones previas de información en cabeza de los profesionales. De ahí que se tengan diversas razones para insistir sobre la alta relevancia que plantea el tema, *“y por tanto sobre la necesidad de haber consagrado una norma expresa y clara sobre las obligaciones previas de información y sobretodo una sistematización de un régimen de sanciones al daño precontractual”*.

No nos extenderemos sobre las bondades que tiene una correcta regulación de la etapa precontractual tanto en los aspectos jurídicos como económicos, toda vez que ya hemos tenido diversas oportunidades para hacerlo⁶⁶; enfatizamos que esta es una disciplina donde como en ninguna deben existir simplicidad y claridad en las normas como presupuestos de comprensión, ejercicio y cumplimiento de los mandatos legales por parte de todos los actores. No obstante, se perdió una oportunidad valiosa para modelar comportamientos proactivos, solidarios, eficientes (desde la visión económica), que generen confianza por parte de los consumidores y a su vez promovieran participación, e intercambio económico. En todo caso consideramos que vía reglamentaria se podría clarificar gran parte de lo aquí enunciado.

IV. EL CONTENIDO MÍNIMO DE LA INFORMACIÓN POR TRANSMITIR (ART. 24)

Frente a la multiplicidad de bienes, productos y servicios que ponen los comerciantes en el mercado, es de difícil construcción el planteamiento del contexto y extensión de la obligación de información a priori; *“por ello el artículo 24, en buena hora, enuncia unos contenidos mínimos, pero que no podrán ser considerados como exhaustivos”*⁶⁷, detallando dos enunciados con diferente destinatario. En primer

perecederos; 7. En los contratos de adquisición de bienes de uso personal (...)”.

66 V. Monsalve, *Responsabilidad Precontractual. La ruptura injustificada de las negociaciones* (Ibáñez Editores, Bogotá, 2010); V. Monsalve, *Consideraciones actuales sobre la obligación precontractual de información, una perspectiva europea*, en 117 *Universitas*, 115-152 (2008); V. Monsalve & D. Rodado, *Importancia de la obligación de información en las relaciones financieras de consumo. Una aproximación económica y jurídica*, 33 *Revista de Derecho*, 158-182 (Ediciones Uninorte, Barranquilla, 2010), V. Monsalve, & D. Rodado, *La integración de la buena fe objetiva en la etapa de formación de los contratos de consumo*, 122 *Universitas*, 365-392 (2011).

67 C. Lasarte, *Manual de derecho de consumo*, 109 (Dykinson, Madrid, 2007).

lugar expresa los correspondientes a los productores, exigiendo dar cuenta de las instrucciones para el correcto uso, consumo, conservación e instalación del producto, así como lo correspondiente a la cantidad, peso o volumen, la fecha de vencimiento o expiración indicada en las etiquetas, envases o empaques, y las especificaciones del bien o servicio. Aquí hubiera sido importante consignar, por ejemplo, datos de ubicación del productor, denominación, composición del producto y fecha de elaboración del mismo.

Con posterioridad se enuncian las pertinentes a los proveedores, detallando que deben informar sobre las garantías y el precio, siendo en todo caso responsables por verificar la existencia y cumplimiento de las obligaciones en cabeza de los productores previa circulación de los productos en el mercado. A pesar de que la norma advierte que dichos enunciados serán objeto de reglamentaciones especiales venideras, echamos de menos en el enunciado mínimo las advertencias o riesgos previsibles que pueda generar el producto en sí mismo o en asocio con otros elementos⁶⁸, y más cuando el artículo 5.7, al definir que es la información, le considera como *un factor de su objeto*⁶⁹, *sucediendo lo mismo en la calificación del producto defectuoso*⁷⁰. De importancia igual hubiesen sido las condiciones de comercialización (naturaleza del acto, modalidades de pago, costos adicionales). De igual forma nada se dice sobre la gratuidad que debe caracterizar a toda información precontractual⁷¹. En todo

68 Salvo en aquellos productos que por su naturaleza o componente sean nocivos para la salud, en cuyo caso el artículo 25 del NEC establece: “Condiciones especiales. Sin perjuicio de lo dispuesto en normas especiales y en reglamentos técnicos o medidas sanitarias, tratándose de productos que, por su naturaleza o componentes, sean nocivos para la salud, deberá indicarse claramente y en caracteres perfectamente legibles, bien sea en sus etiquetas, envases o empaques o en un anexo que se incluya dentro de estos, su nocividad y las condiciones o indicaciones necesarias para su correcta utilización, así como las contraindicaciones del caso”.

69 “Art. 5. Definiciones. Para los efectos de la presente ley, se entiende por: (...) 7. Información: Todo contenido y forma de dar a conocer la naturaleza, el origen, el modo de fabricación, los componentes, los usos, el volumen, peso o medida, los precios, la forma de empleo, las propiedades, la calidad, la idoneidad o la cantidad, y toda otra característica o referencia relevante respecto de los productos que se ofrezcan o pongan en circulación, así como los riesgos que puedan derivarse de su consumo o utilización”.

70 “Art. 5. 17. Producto defectuoso es aquel bien mueble o inmueble que en razón de un error el diseño, fabricación, construcción, embalaje o información, no ofrezca la razonable seguridad a la que toda persona tiene derecho”.

71 Como si bien lo dispone el RD 1/2007, artículo 60: “3. La información precontractual debe facilitarse al consumidor de forma gratuita. En el mismo sentido el art. 4 de la ley 26.361 sobre los derechos de los consumidores en el ámbito argentino”.

caso el artículo 24 deberá completarse con la normativa sectorial a la que cada producto, servicio o contrato deba sujetarse.

En todo caso, la conclusión a la que se llega en este punto es que a pesar de que la tendencia internacional sobre el contenido informativo previo conlleva a limitar la autonomía de la voluntad en el contenido del mensaje por transmitir, en el panorama nacional el contenido reglado es mínimo y, por tanto, se da un amplio margen de acción a los productores y/o proveedores para completarlo, haciendo que la libertad contractual siga siendo un elemento de relevancia en el cumplimiento del *quantum* informativo.

V. EL DAÑO POR INADECUADA O INSUFICIENTE INFORMACIÓN

El análisis de la obligación de información consagrada en el NEC nos lleva a detenernos ahora en las novísimas formulaciones normativas sobre la responsabilidad civil en la que incurrirían los productores y proveedores por la inadecuada o insuficiente información en casos diferentes a los de los productos defectuosos⁷².

El artículo 23 establece: “*los productores o proveedores serán responsables de todo daño que sea consecuencia de la inadecuada o insuficiente información*”. Por su parte el artículo 24 en su párrafo, después de enunciar el contenido mínimo por transmitir, menciona que “*los productores o proveedores sólo podrán exonerarse de responsabilidad cuando demuestren la fuerza mayor, el caso fortuito o que la información fue adulterada o suplantada sin que se hubiera podido evitar la adulteración o suplantación (es decir por el hecho de un tercero)*”.

El enunciado del artículo 23 es la regla general que regula la obligación de información previa, la cual impone a los profesionales una obligación de resultado⁷³ en cuanto a una suficiencia y adecuado contenido que debe caracterizar la prestación comunicativa en favor

72 En cuyos supuestos habría que acudir al Título IV del NEC (art. 19 a 22) donde se consagra el régimen de responsabilidad por daños causados por productos defectuosos.

73 A pesar de que nosotros hace poco habíamos afirmado que era una obligación de medio, con ocasión a la normativa existente en su momento. Para ver más, V. Monsalve, *Dinámica de la obligación y el deber...*, op. cit., 501. Pero ya en su momento había advertido que se podía estar en situaciones de resultado si era la ley la que concretamente fijaba el contenido y citábamos, como ejemplo, el Dc. 3466/82 en su artículo 17 sobre leyendas y propagandas especiales (efectos nocivos para la salud).

de los acreedores, y que *será cumplida cuando llegue a los consumidores*, pero siempre garantizándose que pueda ser comprendida, cuya justificación se encuentra en la necesidad de que los consumidores realicen decisiones bien fundadas mediante la formación de un consentimiento libre de vicios.

La realización de dicho precepto será a su vez un criterio para valorar el cumplimiento del estándar del debido y diligente comportamiento exigible al profesional de acuerdo con los artículos 863 y 871 del Código del Comercio, lo que de mano conlleva en la configuración de exculpación frente a eventuales imputaciones, por tanto le corresponderá al productor y proveedor asegurarse que la información precontractual llegue a sus receptores de forma *clara, veraz, suficiente, oportuna, verificable, comprensible, precisa e idónea*.

Recordemos las palabras de Ossola y Vallespinos⁷⁴, quienes son claros en precisar que la actividad que desarrolla el deudor es la que detalla la naturaleza del objeto de la obligación de informar. Esta circunstancia nos conduce a determinar que la obligación de comunicar es una obligación de hacer, ya que consiste en la realización de un acto. Se trata de una conducta positiva, en la cual lo fundamental es el comportamiento comunicativo, activo y solidario del deudor, y por ende de transmisión de información al acreedor, pero no de cualquier contenido. No obstante, el objeto de la obligación está integrado por el comportamiento del deudor (prestación) y por el interés perseguido por el acreedor (suficiencia informativa que le permita tomar decisiones bien fundadas) que debe ser satisfecho a través de experto.

Por lo anterior, la circunstancia de tratarse la obligación de informar del proveedor de una obligación de resultado pone en su cabeza la carga de acreditar el debido cumplimiento frente a la invocación de la otra parte⁷⁵. A esta afirmación⁷⁶ se llega no solo

74 F. Ossola & G., *La obligación de informar*, 153 (Avocatus, Córdoba, 2001).

75 Así por ejemplo lo reconoce G. Lovece, *El derecho a la información de consumidores y usuarios como garantía de protección de sus intereses económicos y extraeconómicos*, 1 *Revista de Derecho Privado y comunitario*, 449 (2009); en el mismo sentido F. Ossola & G. Vallespinos, *La obligación de informar en los contratos*, 481 (Hammurabi, Buenos Aires, 2010).

76 Afirma Lorenzetti, relacionar la carga de la prueba, la interpretación del negocio, la apreciación de la culpa, la previsibilidad abstracta que funda pronóstico causal, con el cumplimiento del deber informativo, es un modo eficaz de incrementar la información, y por tanto, de prevenir desequilibrios. Para ver más R. Lorenzetti, *Consumidores*, 124 (Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2009).

por la aplicación de los principios generales consagrados en el NEC (*principio pro consumatore*, art. 4), sino también vía teoría de la carga dinámica de la prueba.

En cuanto al contenido, será cada experto el encargado de concebir y completar el mensaje por transmitir (que en todo caso no será menor al consagrado en el art. 24). Para ello deberá acudir a las cualidades y conocimientos que posee o debiera poseer con ocasión al ejercicio de la actividad constante del mercado, su profesionalidad y especialización.

Pero la materialización del principio consagrado en el NEC del derecho a estar bien informado para tomar elecciones bien fundadas, no solo conlleva el cumplimiento de la prestación comunicacional por parte del deudor (el proveedor o expendedor), toda vez que el acreedor puede o no utilizar la información que se le brinda, por ello no podría despacharse todo el resultado de la regla en el comportamiento del deudor. *“El cumplimiento de la prestación informativa se hace por medio de una interacción comunicacional, en la que el acreedor debe estar dispuesto a colaborar en la materialización del fin informativo, no solo atendiendo la información suministrada por el deudor, sino también adoptando una regla de autorresponsabilidad negocial, la de informarse, siendo todo lo anterior el fundamento de dicho deber”*⁷⁷. Deber que ya había sido reconocido en el ámbito jurisprudencial⁷⁸ y que terminaría de consolidarse con su tipificación en el NEC⁷⁹, y que de paso servirá para identificar un eximente de

77 En todo caso sobre la materia opera la ignorancia legítima que además es ex-culpable, como bien lo reconoce J. Ghestin, *Traité de droit civil. La formation du contrat*, 278 (LGDJ, Paris, 1993), siendo aquella circunstancia en la que el consumidor no tiene una forma de averiguar la verdad de los hechos (imposibilidad), o por el contrario adquirir la información es demasiado oneroso y por tanto su comportamiento es consecuente de la confianza que le inspira el mensaje transmitido. Lo anterior parte de la base que el consumidor ha sido diligente en su comportamiento en la etapa de formación del contrato (art. 863 C. Co.), desplegando una diligencia media de un consumidor promedio, a fin de descubrir aquellos hechos aprehensibles por medio de sus sentidos lo que incidirá en la condición adecuada para poder recibir el pago.

78 Así lo reconoció el Consejo de Estado al declarar nula una sanción que había impuesto la SIC a un empresario con ocasión a un posible supuesto de inducción al error en la comercialización de papel higiénico. Reconoció que para la valoración del error se debía acudir a la figura del consumidor medio, aquel que tenía una carga de diligencia informativa, y de ahí que los fabricantes de productos en las respectivas etiquetas o empaques describan las características que poseen, a fin de que el consumidor decida si le conviene o no su adquisición, de tal forma que no se llegue a situaciones extremas de protección en las que el productor injustamente sea sancionado. Consejo de Estado, Sentencia del quince (15) de febrero de dos mil siete (2007). Radicación número: 25000-23-24-000-2002-00225-0. Consejero ponente: Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta.

79 *“Artículo 3. Derechos y deberes de los consumidores y usuarios. Se tendrán como derechos y deberes generales de los consumidores y usuarios, sin perjuicio de los que les reconozcan leyes*

responsabilidad no imputable al proveedor, el hecho del consumidor que constituiría su culpa exclusiva.

La eficacia del mensaje, y con ello del objeto de la prestación informativa, siempre ha estado referenciada a la posibilidad de precisar el mensaje, por tanto el desafío legislativo ha recaído en determinar su contenido, que se ha efectuado en el artículo 24. Como lo hemos afirmado en diversas ocasiones en este escrito, dicho contenido se acota a lo que sea relevante y suficiente con miras a la toma de una decisión, y como es de imaginarse, su predeterminación normativa era más que difícil.

De forma novedosa, el estatuto acude a un régimen de responsabilidad muy similar al aplicado a la “responsabilidad objetiva” en cuanto al cumplimiento estricto del contenido mínimo allí enunciado, *“aceptando como único exculpante la causa ajena. Creemos que en dicho régimen quedó establecida una obligación de resultado de igual circunstancia como el artículo 23, pero que no admitiría sino situaciones extrañas a la esfera contractual del deudor para su exculpación, al concretarse legalmente un contenido mínimo que siempre deberá presentarse sobre los productos y/o servicios”*. Infortunadamente, el legislador dio por cierto que con los enunciados del artículo 24 se obtenía una descripción de los elementos esenciales y relevantes sobre los que se podía construir una eficacia informativa que garantizaría la satisfacción del interés contractual previo al obtenerse conocimiento de aquello que es sustancial para el ejercicio del derecho a tomar decisiones libres, reflexivas y bien fundadas.

Avalamos el esfuerzo empleado en la elaboración del contenido mínimo, pero como ya lo enunciamos se pudo haber completado aun más. Por nuestra parte creemos que *solo la información será eficaz cuando es completa*, por tanto solo se llegará a la suficiencia informativa, cuando con el mensaje de la prestación adeudada se satisfaga el objetivo del acreedor. Así las cosas, eficacia y completitud van de la mano. Por ello, a pesar de que el empresario en sus actividades, contratos y bienes cumpla con el contenido del artículo 24, el acatamiento de dichos supuestos no será exclusivo para que le protejan frente a eventuales reclamaciones por insu-

especiales, los siguientes: (...) 2.2. Informarse respecto de la calidad de los productos, así como de las instrucciones que suministre el productor o proveedor en relación con su adecuado uso o consumo, conservación e instalación”.

ficiencia o inadecuada información en el periodo precontractual. Por el contrario, la construcción final del contenido informativo previo por transmitir se debe elaborar desde el cumplimiento del enunciado del artículo 24, más las adecuaciones propias que deberá realizar cada empresario de acuerdo con la naturaleza de la actividad, producto o servicio, teniendo de presente una adecuada correlación entre lo que se informa, la realidad objetiva, el público hacia el que va dirigido, las consecuencias y/o advertencias del caso (riesgos, compromisos, obligaciones etc.), información preventiva (sobre ciertos vicios) o defectos de hecho o de derecho que puede tener una cosa⁸⁰. No se puede olvidar que hay una fórmula de la responsabilidad precontractual que se ha perpetuado con el tiempo y que en el derecho de consumo ratifica su vigencia: “a mayor información menor posibilidad de causar daño”.

No obstante, como lo apunta Japaze, será el juez el que tendrá que determinar que la conducta informativa desplegada por el proveedor o expendedor se ajusta al comportamiento impuesto por la ley (cumplimiento del art. 23); además de valorar los requisitos que debe reunir la información, deberá valorar el negocio, la actitud adoptada por el acreedor, sus condiciones personales, las particularidades del bien o del servicio objeto, y el contexto de la relación⁸¹.

VI. LAS MODALIDADES Y CANALES DE INFORMACIÓN (EL CUMPLIMIENTO DEL CRÉDITO)

Es evidente que sobre la materia la autonomía de la voluntad sigue siendo una constante a pesar de las normas que establecen una forma y un contenido en la prestación informativa. El proveedor o productor tienen todavía un margen de acción en la manera como se debe cumplir la obligación informativa. Para ello cuenta con diversas modalidades y canales de comunicación dentro de las formas pertinentes que se enuncian (el caso de las condiciones especiales, art. 26, y las materias, productos o profesiones reguladas); las más

80 C. Vassili, *L'obligation d'informer dans la vente des produits mobiliers*, 300 (Bruylant, Bruselas, 1987).

81 B. Japaze, en *Manual de derecho del consumidor*, 178 (Dante D., Coord., Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2009).

usadas son las etiquetas, embalajes, folletos informativos, manuales de instrucción, la transmisión directa por medio de empleados o dependientes, e incluso la semiótica.

No obstante es importante resaltar que el profesional deberá evaluar la modalidad para cumplir la prestación informativa previa, toda vez que no todas son eficaces para la protección del consentimiento. Piénsese por ejemplo en los folletos informativos o manuales de instrucciones, los cuales en la mayoría de casos se encuentran al interior de los productos, y a los cuales solo se puede acceder después de celebrado un contrato. Intentar cumplir la obligación precontractual de información así resultará a todas voces ineficaz, siendo posibles las eventuales reclamaciones por vicios. Por ello serán mucho más efectivas medidas que incluyen la entrega previa de los contenidos contractuales, la publicación en los portales web del contenido informativo esencial y conexo de los servicios y productos, la presentación de ofertas comerciales junto con el detalle de la prestación informativa, la publicación periódica de boletines, la fijación de avisos informativos en los establecimientos de comercio, adecuar un centro de servicios de atención al cliente, y sin descartar la transmisión personal de la información cuando esta sea posible, entre muchas otras estrategias.

Piénsese por ejemplo en aquella situación en la que un consumidor alega que se le ha inferido daño toda vez que se le indujo a error por medio de una publicidad engañosa, la cual le llevó a celebrar un contrato no querido y por tanto demanda su nulidad. A pesar de que la regla del artículo 23 establece una obligación de resultado y desde esa perspectiva tendría la carga de la prueba en demostrar el cumplimiento de la idoneidad y suficiencia informativa, el profesional podría alegar en su defensa el cumplimiento de la obligación de información por medio de un acto conexo en el momento previo del contrato. Por otra parte, ya no desde la prestación concreta sino desde los términos del anuncio publicitario, le eximiría la situación de demostrar la claridad y veracidad del mismo, así como la alegación del criterio de normalidad de percepción del consumidor promedio⁸² —que a su vez determina el nivel

82 Así lo estableció el Consejo de Estado, Sentencia 25000-23-24-000-2002-00225-01 de Sección 1ª, 15 de febrero de 2007. En el ámbito europeo, la directiva 2005/29/CE, establece que: “*Cuando determinadas características como la edad, una dolencia física o un trastorno mental o la*

de información exigida al consumidor— al que estaba dirigido el anuncio. Determinando con todo lo anterior el cumplimiento de la prestación previa informativa, y la legalidad del acto publicitario. “*Aun en estos casos la publicidad no puede atentar contra el principio de la transparencia, es decir inducir a error respecto a los elementos esenciales del producto o sus formas de comercialización*”⁸³. En todo caso es importante esclarecer que la publicidad no agota la obligación de información por diversas razones, entre la más relevante la diversidad de objetivos⁸⁴ frente a la obligación de información precontractual⁸⁵.

VII. EL DAÑO PRECONTRACTUAL POR INSUFICIENCIA O INADECUADA INFORMACIÓN

Faltaría para concluir dar una respuesta al siguiente interrogante: ¿a qué tipo de daño hace alusión el artículo 23 cuando afirma que serán responsables los productores y/o proveedores como consecuencia de la inadecuada o insuficiente información? Habría que comenzar por resaltar que el NEC no consagró con claridad un panorama de consecuencias jurídicas, especialmente civiles, por infracción a las obligaciones de información previas⁸⁶. Por ello es necesario acudir a los supuestos que la doctrina, especialmente extranjera, ha enume-

credulidad hagan que los consumidores sean especialmente sensibles a una práctica comercial o al producto correspondiente y, con toda probabilidad, únicamente el comportamiento económico de tales consumidores sea susceptible de distorsión merced a la práctica en cuestión en un sentido que el comerciante pueda prever razonablemente, debe garantizarse que estén adecuadamente protegidos, para lo cual es necesario que la práctica se evalúe desde la perspectiva de un miembro medio de ese grupo”.

83 En este mismo sentido R. López Cabana, *La información al consumidor*, 7 *Revista de Derecho privado y comunitario*, 253 (1994).

84 Siendo la finalidad de la publicidad orientar la demanda y estructurar las preferencias de los consumidores, ella juega un rol preponderante en el *iter* contractual por los efectos diversos que produce sobre los cada vez más manipulables consumidores, por su despersonalización, agresividad y proliferación con la que se surte en el mercado. Para ver más C. Weingarten, *Derechos en expectativa del consumidor*, 35 (Astrea, Buenos Aires, 2004).

85 Menciona el profesor J. Tamayo Jaramillo, *Tratado de responsabilidad civil*, I, 562 (Legis, Bogotá, 2007). En la obligación de información, el productor debe olvidarse de su interés por atraer al consumidor, y en una etapa ya más personalizada, debe advertirle objetivamente sobre los límites y desventajas que no fueron informados en la publicidad. En ese instante se acaba el ámbito de la publicidad y se ingresa en el de la descripción objetiva de las ventas y desventajas del bien o servicio.

86 Situación que se mantiene incluso en el ámbito comunitario. Por tanto es la doctrina la que ha tratado de averiguar y enumerar qué consecuencias y sanciones civiles pueden derivarse del incumplimiento de la obligación de información en los contratos de consumo.

rado y sistematizado. Los agruparemos acudiendo a las sanciones consagradas tanto en el NEC como en los demás marcos jurídicos que conforman el sistema de fuentes en el derecho de consumo, así: *“los supuestos producidos por acción, al suministrar una información falsa o inexacta, como por omisión, total o parcial”*.

En el primer caso, tomando como punto de partida la ley de consumo, estaríamos frente a la integración de la publicidad en el contrato (art. 29⁸⁷) y de las promociones y ofertas (art. 33⁸⁸), mientras que las omisiones de la información se integrarían al contrato ya no vía del NEC, por no haber regulado la institución, sino del artículo 871 del C. Co., de conformidad con el principio de la buena fe objetiva.

El segundo grupo estaría conformado por los supuestos de nulidad del contrato cuando se presenten los vicios del consentimiento al configurarse el error o incluso el dolo (características del déficit informativo), lo que facultaría a los consumidores a solicitar la liberación del contrato por medio de la declaración de nulidad, así como el reconocimiento de los perjuicios causados. A pesar de que el régimen del derecho civil que regula la materia establece en el artículo 1746 que los efectos de la declaración serán la restitución con la pérdida para cada cual de las especies, intereses o frutos, en el NEC se consagra una norma (art. 23) de quiebre que permite identificar un nuevo planteamiento del error, ya no como un problema exclusivo de quien lo padece, sino como un problema de reparto justo⁸⁹, en donde la causa del vicio se genera por la culpa (incumplimiento) de las obligaciones informativas en cabeza del proveedor.

Al interior de la ineficacia contractual el NEC nos plantea una sanción sobre la inexistencia de las prestaciones. Así, establece el artículo 37 que cuando no se informa al adherente sobre la presencia, efectos y alcance de las condiciones generales de forma anticipada y expresa, las cláusulas se entenderán como no escritas. En dicho caso el consumidor podrá reclamar al juez la declaratoria de ineficacia de las condiciones generales, acreditando la violación de la obligación de información precontractual.

87 “Art. 29. Fuerza vinculante. Las condiciones objetivas y específicas anunciadas en la publicidad obligan al anunciante, en los términos de dicha publicidad”.

88 “Art. 33. Promociones y ofertas. Los términos de las promociones y ofertas obligan a quien las realice y estarán sujetas a las normas incorporadas en la presente ley (...)”.

89 E. Gómez, *Los deberes precontractuales de información*, 29 (La Ley, Madrid, 1994).

En cuarto lugar incluiríamos los supuestos de la *culpa in contrahendo* con ocasión a la ruptura injustificada de las negociaciones al presentarse un daño a la confianza, por el comportamiento negligente del proveedor o productor al incumplir las obligaciones de información⁹⁰ en la etapa de formación del contrato contrariando el artículo 863 del C. Co.

En vías contractuales identificaríamos los supuestos de responsabilidad por incumplimiento de las obligaciones, en especial la de hacer (art. 1610, CC), con la correspondiente indemnización de perjuicios, lo que le habilitaría para exigir el cumplimiento vía integración de la información suministrada en la etapa de formación del contrato, o incluso de forma individual, el cumplimiento específico de todo el contenido informativo consagrado en el artículo 23 del NEC. De igual forma, podremos identificar dentro de los supuestos de responsabilidad civil por la inadecuada o insuficiente información, la responsabilidad por vicios ocultos cuya causa sea anterior al contrato y que fueron ignorados por los consumidores en cuyo caso operaría el régimen de garantías (art. 7), que se presenta por defectos de información.

Finalmente, el artículo 23 nos recuerda expresamente que el estatuto incorporó de forma novedosa la responsabilidad por daños a causa de los productos defectuosos; en esta la información ocupa un papel preponderante, en razón de que su insuficiente o inadecuada información —sin importar las fases en las que se debía servir—, sea el hecho generador de un daño corporal o a cosa diferente al producto, generado por la utilización de un bien.

Podría también, en el ámbito del derecho a la competencia, identificarse consecuencias por el incumplimiento de las obligaciones precontractuales cuando la información utilizada en etiquetas, empaques, manuales, o publicidad conlleva identificar una práctica desleal de confusión (art. 10), engaño (art. 11), de desviación de clientela (art. 8), descrédito (art. 12), imitación (art. 14), explotación de la reputación ajena (art. 15) o de cualquier otro acto o hecho que se realice en el mercado (siendo el supuesto más común la publicidad engañosa). Procediendo por ello la aplicación de todas

90 Para ver más, V. Monsalve, *Responsabilidad precontractual. La ruptura injustificada de las negociaciones*, 151 (Ibáñez Editores, Bogotá, 2010).

las sanciones consagradas en la Ley 256/1996 del 15 de enero, en especial el Capítulo III, Sobre las acciones.

En el orden administrativo, el incumplimiento de la obligación precontractual de información es considerado por el nuevo estatuto como uno de los supuestos sancionables (inobservancia de las normas), y por tanto procede la aplicación de los diversos mecanismos estatuidos en el artículo 61, que son de diversa índole; van desde multas, cierre de establecimiento, limitaciones al ejercicio de la actividad mercantil, destrucción de los productos, hasta cierre del establecimiento, todo esto independiente de las sanciones civiles antes mencionadas.

VIII. LOS INCENTIVOS PARA NO CUMPLIR CON LA PRESTACIÓN INFORMATIVA Y LAS CONSIDERACIONES FINALES

Transmitir información es costoso, en algunas ocasiones difícil⁹¹, y cumplir con la prestación en un momento previo al contrato, mucho más. Lo anterior se hace más evidente si se tiene la incertidumbre que con los contratos celebrados no se logrará recuperar el costo en el que se ha incurrido en el cumplimiento por transmitir información, ya que no todos los consumidores adquirirán el bien o servicio. Por ello los productores y proveedores estarán siempre en la disyuntiva de cumplir con el mandato legal o no, teniendo como eje central de sus decisiones la existencia de diversas alternativas, la asignación de sus consecuencias y valoración; una vez verificado lo anterior procederá a realizar su elección⁹², que en algunos casos podrá ser injusta o perjudicial para el bienestar del consumidor.

Diversos factores los motivarán para abstenerse en el cumplimiento legal, entre otros la indebida delimitación de los preceptos normativos, las reducidas reclamaciones de los consumidores o usuarios⁹³, el poder de mercado⁹⁴ que se ejerce, las bajas sanciones

91 Piénsese por ejemplo que una de la formas de cumplir con la obligación precontractual de información sería realizarse en el embalaje del producto, no obstante habría que compatibilizar en espacios reducidos, marcas, emblemas, contenidos mínimos e incluso conexos.

92 C. Weingarten, *Derecho...*, op. cit., 79.

93 Si bien es cierto con la entrada en vigor la sic ha registrado estadísticas históricas en torno al número de denuncias y demandas por presuntas violaciones a los derechos de los consumidores, el nivel de denuncias no reflejará la real estadística del incumplimiento.

94 Así F. Gómez Pomar, *La relación entre normativa sobre protección de consumidores y normativa*

(y posibilidades de imposición) y las rentabilidades que genera el no cumplimiento de revelar información. Pero, por otra parte, se verán conminados al cumplimiento si muchos de esos indicadores se invierten, por ejemplo el alto volumen de reclamaciones, la presencia continua en controles e intervenciones por parte del regulador, la baja demanda de los servicios, bienes o contratos, y por los efectos positivos de revelar información⁹⁵, no obstante son muchas variables que dependen del mercado y que inclinarán la balanza en porcentajes importantes hacia el incumplimiento. Por ende era más efectivo haber acudido a una adecuada y suficiente legislación para influir en las preferencias tanto de los productores y proveedores como en los consumidores.

El legislador pretendió concentrar en muy pocos renglones normativos muchas de las soluciones a los problemas jurídicos (asimetría, suficiencia, comprensión y sanción) y económicos comprendidos en torno a las obligaciones de información precontractual en la relación de consumo, cuyos resultados no fueron los más óptimos. No obstante, se resalta que los avances fueron importantes si se compara la presente ley con el Decreto 3466/82, y si se tiene como referente que la consolidación de la disciplina del derecho del consumo se ha gestado en el panorama internacional y extranjero por medio de un proceso escalonado, dinámico y nada pacífico. En ese norte, Colombia, comienza a dar pasos sólidos que propenden por un consenso en la protección de los consumidores vía obligaciones de información.

La Ley 1480 de 2011 es un avance importante no solo en la consolidación del derecho del consumo como disciplina, sino como una herramienta que puede ser utilizada para controlar las distorsiones de los actores en los mercados. Los desafíos que plantea la puesta en marcha de la nueva legislación conllevan no solo a una

sobre defensa de la competencia. Una visión desde el análisis económico del derecho (Indret, Working Paper 113, Barcelona, ene. 2003), quien sostiene: “Las empresas que disfrutan de poder de mercado pueden tener incentivos para aprovechar, o incluso crear, las imperfecciones en la información disponible para los consumidores, especialmente con la finalidad de discriminar los precios entre diferentes grupos de consumidores en función de su habilidad para obtener o procesar la información relevante”.

95 Como el caso del *unravelling* que fue desarrollado por S. Grossman & O. Hart, *Disclosure Laws and Takeover Bids*, 35 *Journal of Finance*, 323 (1980), donde explican que habrá situaciones en las que los competidores revelarán fluidamente información sobre la calidad y garantía de sus productos, de tal forma que solo no lo harán aquellos que saben que sus productos no cumplen con los estándares mínimos.

reestructuración y mayor presencia del regulador, sino una labor maratónica para cumplir en muchos casos con los perentorios plazos impuestos para desarrollar los diversos artículos y *con ello la oportunidad de complementar los asertos y recomponer en algunos casos las deficiencias normativas con lo que se podría modificar el comportamiento de los empresarios* de forma que se afecten positivamente las preferencias, derechos y medidas de protección de los consumidores, lo que incrementaría el bienestar social y legitimaría ostensiblemente la intervención del Estado en estadios caracterizados por las libertades como lo fue históricamente la formación de los contratos.

BIBLIOGRAFÍA

Libros

- C. Asúa, *La culpa in contrahendo*, Universidad del País Vasco, Bilbao (1989).
- C. Lasarte, *Manual de derecho de consumo*, Dykinson, Madrid (2007).
- C. Vassili, *L'obligation d'informer dans la vente des produits mobiliers*, Bruylant, Bruselas (1987).
- C. Weingarten —————, *Derechos en expectativa del consumidor*, Astrea, Buenos Aires (2004).
- C. Weingarten, *Derecho del consumidor*, Editorial Universidad, Buenos Aires (2007).
- E. Gómez, *Los deberes precontractuales de información*, La Ley, Madrid (1994).
- F. Gómez Pomar, *La relación entre normativa sobre protección de consumidores y normativa sobre defensa de la competencia. Una visión desde el análisis económico del derecho*, Indret, Working Paper 113, Barcelona (2003, ene.).
- F. Ossola & G. Vallespinos, *La obligación de informar en los contratos*, Hammurabi, Buenos Aires (2010).
- F. Ossola —————, *La obligación de informar*, Avocatus, Córdoba (2001).
- G. Faggella, *Dei periodi precontrattuali e Della loro vera ed escatta costruzione scientifica*, *Studi giuridici in onore di Carlo fadda*, III, Pierro, Napoli, 216 (1906).
- G. Ordoqui, *La responsabilidad del empresario por el deber de informar*, Abeledo Perrot, Buenos Aires (1997).
- H. Schäfer & C. Ott, *Manual de análisis económico de derecho civil*, Tecnos, Madrid, 174 (1986).
- J. Ghestin, *Traité de droit civil. La formation du contrat*, LGDJ, Paris (1993).
- J. Oviedo Albán, *La formación del contrato*, Temis, Bogotá (2008).
- J. Tamayo Jaramillo, *Tratado de responsabilidad civil*, I, Legis, Bogotá (2007).
- L. Díez-Picazo, *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, I, Thomson Civitas, Madrid (2007).
- Lorenzetti, R., *Consumidores*, Rubinzal – Culzoni, Santa Fe (2009).
- , *La responsabilidad precontractual. La ruptura injustificada de las negociaciones*, Ibáñez, Bogotá (2010).
- N. Sapone, *La responsabilità precontrattuale*, XXX, Guiffre Editore, Milano (2008).
- R. Ihering, *De la culpa in contrahendo ou des dommages-intérêts dans les conventions nulles ou restées imparfaites*, II, en *OEuvres choisies de R. von Ihering*, trad. De Meulenaere, Marescq, Paris, 8 (1893).
- R. Stiglitz, & G. Stiglitz, *Responsabilidad precontractual*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires (1992).

S. Cámara, *Información previa al contrato*, Colex, Madrid (2011).

Contribuciones en obras colectivas

- B. Japaze, *Manual de derecho del consumidor*, Dante D., Coord., Abeledo Perrot, Buenos Aires (2009).
- J. García Vicente, *Comentarios a los art. 59 a 65 TR-LGDCU*, en R. Bercovitz, Coord., *Comentario del texto refundido de la ley General para la Defensa de los consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias*, Thomson - Aranzadi – Cizur Menor, 1473 (2009).
- M. Llácer Matacás, *Obligaciones vinculadas a la formación del contrato y codificación del derecho de consumo: información y documentación*, en E. Llamas, Coord., *Estudios de derecho de obligaciones. Homenaje al profesor Mariano Alonso Pérez*, La Ley, Las Rosas, 159 (2006).
- M. Santos Morón, *Información precontractual, forma y prueba del contrato*, en G. Botana & M. Ruiz, Coords., *Curso sobre protección jurídica de los consumidores*, McGraw-Hill, Madrid, 135 (1999).
- V. Monsalve, *Dinámica de la obligación y el deber de informar (se) en la fase precontractual. La relación de consumo*, en M. Aramburo, Ed., *Libro homenaje a Javier Tamayo Jaramillo*, 485, Díké, Medellín (2011).

Revistas

- G. D'Amico, *Regole di validità e regole di comportamento nella formazione del contratto*, *Rivista di diritto civile*, No. 1, 49 (2002).
- G. Lovece, *El derecho a la información de consumidores y usuarios como garantía de protección de sus intereses económicos y extraeconómicos*, *Revista de Derecho Privado y comunitario*, No. 1, 449 (2009).
- G. Marcatajo, *Asimmetrie informative e tutela Della trasparenza nella politica comunitaria di consumer protection: la risposta Della normativa sulle clausole abusive*, *Europa e Diritto privato*, No. 3, 751 (2000).
- H. Dölle, *Aussergesetzliche Schuldpflichten*, 103, 67, *Zges, Staats* (1943)
- J. Mestre, *Obligations en général*, *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, No. 2 (1986).
- , *Disertación hacia una nueva construcción en Colombia de la culpa incontractando*, 27 *Revista de derecho*, 41-73 (2007).
- , *Consideraciones actuales sobre la obligación precontractual de información, una perspectiva europea*, 117 *Vniversitas*, 15-52 (2008).
- R. López Cabana, *La información al consumidor*, *Revista de derecho privado y comunitario*, No. 7, 253 (1994).
- R. Saleilles, *De la responsabilité précontractuelle*, *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 712 (1907).

- S. Grossman & O. Hart, *Disclosure Laws and Takeover Bids*, 35 *Journal of Finance*, 323 (1980).
- S. Pinto, *La información como instrumento de protección al consumidor en el contrato*, 126 *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas UCV*, 103-118 (2006).
- V. Monsalve, *Importancia de la obligación de información en las relaciones financieras de consumo. Una aproximación económica y jurídica*, 33 *Revista de derecho*, Ediciones Uninorte, Barranquilla, 158-182 (2010).
- , *La integración de la buena fe objetiva en la etapa de formación de los contratos de consumo*, 122 *Vniversitas*, 365-392 (2011).
- W. Marcusen, *Das negative Vertragsinteresse in schweiz, Obligationenrecht*, *Zeitschrift des bernischen Juristenvereins*, No. 26, 121 (1890).

