

Casos realmente difíciles: los deberes precontractuales de información y las consideraciones de eficiencia* 1

ÍÑIGO DE LA MAZA GAZMURI** 2

Profesor de Derecho Civil, Facultad de Derecho Universidad Diego Portales,
Investigador Fundación Fernando Fueyo Laneri.

RESUMEN

Durante las dos últimas décadas la doctrina española ha comenzado a prestar atención a los deberes precontractuales de información. Al hacerlo se ha servido de consideraciones de eficiencia para precisar el alcance de estos deberes. Sin cuestionar esta práctica, este trabajo procura formular algunas precisiones respecto del uso de esa especie de consideraciones. En primer lugar se trata de precisar qué se ha entendido por eficiencia para estos efectos. A continuación, se intenta mostrar cómo pueden articularse consideraciones de eficiencia con otras más propias del discurso jurídico.

PALABRAS CLAVE

Deberes precontractuales de información, eficiencia, error, dolo, protección de la confianza, principio de autorresponsabilidad.

ABSTRACT

From the last two decades Spanish scholars have begun to pay attention to precontractual duties to inform. In so doing they have used efficiency considerations to delimit them. Leaving aside the eventual criticism of this practice, this paper intends to formulate some precisions about the use of this kind of arguments. Firstly I try to show what has been understood by efficiency in this

* Este trabajo de investigación se ha realizado en el marco del Proyecto de Investigación «El coste del incumplimiento: daños indemnizables y daños indemnizados», vigencia 2009-2011 DER2008-00968/JURI financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación. Dirigido por el profesor doctor Antonio Manuel Morales Moreno. Agradezco, como en tantas otras ocasiones, la ayuda de la profesora Lis Paula San Miguel Pradera, a cuya inteligencia y generosidad tanto debo. Los errores que quedan son, desgraciadamente, míos.

** Correo electrónico: inigo.delamaza@udp.cl.

regard. Secondly, I offer a model which articulates the coexistence of efficiency considerations with some other arguments more familiar to legal discourse.

KEY WORDS

Duties to inform, efficiency, mistake, fraud, fiduciary relationship, caveat emptor.

SUMARIO: I. *Consideraciones de Eficiencia Asignativa y Productiva:* A) Los casos: 1. Laidlaw v. Organ. 2. Texas Gulf Sulphur. B) Eficiencia asignativa. C) Eficiencia productiva. D) Algunos problemas internos con las consideraciones de eficiencia asignativa y productiva: 1. La eficiencia asignativa y la distinción de Kronman. 2. La eficiencia productiva, inadecuación de la teoría a la práctica.–II. *El Ámbito de Aplicación de las Consideraciones de Eficiencia:* A) Deberes típicos y atípicos. B) Incardinación: 1. El error. 2. El dolo por omisión. C) Casos difíciles. III. *Casos Realmente Difíciles:* A) Buena fe y consideraciones de eficiencia. B) La primacía de las consideraciones de confianza y autorresponsabilidad: 1. La protección de la confianza. 2. El principio de autorresponsabilidad. 3. Primacía. C) Los intersticios de la confianza y la autorresponsabilidad: casos realmente difíciles: 1. El ejemplo. 2. Ni confianza ni autorresponsabilidad. 3. El uso de consideraciones de eficiencia.

La literatura que se ha ocupado de los deberes precontractuales de información (en adelante DPI¹) en España presenta dos peculiaridades. La primera de ellas es su relativa escasez, al menos en lo que se refiere a obras de carácter monográfico². La segunda peculiaridad, es un cierto grado de compromiso con la utilización de consideraciones de eficiencia³.

El ánimo de este trabajo se relaciona con la segunda de estas dos peculiaridades. Su objeto es el uso de consideraciones de eficiencia en el estudio de los DPI. Su objetivo consiste en agudizar la comprensión del uso de estas consideraciones en el ámbito español.

El plan de esta investigación se estructura en tres partes. La primera de ellas se ocupa de las consideraciones de eficiencia asignativa y productiva (I). La segunda parte procura fijar el ámbito de aplicación de dichas consideraciones (II). Finalmente, la tercera parte busca delinear con mayor precisión ciertas directrices de aplicación de las consideraciones de eficiencia (III).

¹ Utilizo el acrónimo tanto para el singular («deber precontractual de información») como para el plural («deberes precontractuales de información») de la expresión.

² Ver GÓMEZ CALLE, E., *Los deberes precontractuales*, La Ley, Madrid, 1994 y LLOBET I AGUADO, J., *El deber de información en la formación de los contratos*, Marcial Pons, Madrid, 1996.

³ Ver pp. 1703-1704.

I. CONSIDERACIONES DE EFICIENCIA ASIGNATIVA Y PRODUCTIVA

¿Qué información es lícito retener durante la negociación de un contrato? En un extremo, parece evidente que un negociante no tiene el deber de comunicar el mayor precio que estaría dispuesto a pagar por un bien o servicio⁴. En otro extremo, resulta igualmente evidente que un negociante debe informar al otro que la cosa que le está vendiendo tiene un defecto oculto que la inhabilita totalmente para la función que se le ha asignado en el contrato⁵. El problema se encuentra en los supuestos que quedan al medio de estos dos extremos. ¿Debe el arrendador informar al arrendatario que el terreno alquilado para dedicarlo a una cancha de minigolf no puede ser destinado a este uso? O bien ¿Debe el comprador informar al vendedor que el cuadro que se vende como una imitación es verdadero, o que en el terreno que está adquiriendo se construirá un parque de diversiones o una carretera?

Este tipo de preguntas no han dejado indiferentes a los juristas ni a los economistas. Quienes examinan el fenómeno jurídico sirviéndose, con mayor o menor intensidad, de instrumental propio de la microeconomía han respondido a la pregunta acerca de la licitud de la reticencia sirviéndose de argumentos que pueden presentarse agrupados bajo consideraciones de eficiencia asignativa y consideraciones de eficiencia productiva.

Es posible ilustrar ambos tipos de consideraciones a través de una presentación muy rudimentaria de dos casos en torno a los cuales pueden reunirse las principales opiniones al respecto. El primero de ellos es *Laidlaw v. Organ* y, el segundo, *Texas Gulf Sulphur*.

A) Los casos

1. *Laidlaw v. Organ*⁶

Hector Organ actuaba como comerciante de tabaco en la ciudad de Nueva Orleans. A primera hora de la mañana del 19 de febrero de 1815, tuvo conocimiento de la firma del Tratado de Ghent que ponía fin a la Guerra de 1812 entre Estados Unidos e Inglaterra. Una de las consecuencias de dicho conflicto fue que un bloqueo impuesto por la armada británica sobre Nueva Orleans mantuvo los precios del tabaco inusualmente bajos. Como resultado de la firma

⁴ Tomo el ejemplo de STRUDLER, A., «Moral Complexity in the Law of Non-Disclosure», en *UCLA L. Rev.*, vol. 45, 1997, p. 343.

⁵ Ver, por ejemplo, POSNER, R., *Economic Analysis of Law*, 7.ª ed., Wolters Kluwer, Nueva York, 2007, pp. 111-112.

⁶ *Laidlaw v. Organ*, 15 U.S. (2 Wheat.) 178.

del Tratado se puso fin al bloqueo y se produjo, casi de inmediato, un alza en el precio del tabaco.

Organ fue una de las primeras personas en enterarse del levantamiento del bloqueo. Uno de quienes habían negociado el Tratado con la flota inglesa la noche del 18 de febrero de 1815 era hermano de su socio en el comercio de tabaco. Conociendo este dato, la mañana siguiente, a primera hora, se dirigió a negociar la compra de una importante partida de tabaco (111.000 libras) con la *Peter Laidlaw Company*. Durante la negociación, el representante de *Laidlaw* le preguntó a Organ si existían noticias que pudieran aumentar el precio del tabaco. En la sentencia no consta si Organ respondió a la pregunta o si, simplemente, se mantuvo en silencio, lo que se sabe es que no informó sobre el alza del bloqueo, dato que el vendedor desconocía. En un breve lapso de tiempo después de la celebración de la compraventa, la noticia acerca del cese del bloqueo se hizo pública⁷ y el precio del tabaco subió inmediatamente entre un treinta y un cincuenta por ciento.

Requerido por Organ, *Laidlaw* se negó a entregar el tabaco señalando que había sido engañado. El comprador presentó una demanda, en la que alegó incumplimiento de contrato y solicitó que se condenara al vendedor a indemnizarle daños y perjuicios.

2. *Texas Gulf Sulphur*

A comienzos de la década de los sesenta, *Texas Gulf Sulphur* invirtió una gran cantidad de dinero realizando prospecciones aéreas en busca de anomalías geológicas (*electromagnetic mineralization anomalies*) en la región de Timmins, Ontario. A partir de estas prospecciones, la empresa llegó a la conclusión de que era altamente probable la existencia de valiosos yacimientos de minerales bajo el terreno que ocupaba una granja propiedad de los herederos de la sucesión de Murray Hendrie.

Con esta información, la empresa adquirió por 500 dólares una opción sobre los derechos de explotación minera de la propiedad, señalando que, si así lo deseaba, podría adquirir los derechos de explotación minera por el precio de 18.000 dólares. Opción que, más tarde, *Texas Gulf Sulphur* hizo efectiva. Los depósitos que existían bajo la propiedad de la sucesión de Hendrie resultaron extraordinariamente valiosos, con un valor aproximado de mil millones de dólares.

⁷ La compraventa se negoció entre las 9 y las 10 de la mañana, aparentemente la noticia se hizo pública aproximadamente dos horas más tarde.

Una vez que la información se hizo pública, el representante de la sucesión de Hendrie demandó a *Texas Gulf Sulphur* alegando error bilateral (*mutual mistake*) e incumplimiento del deber de informar (*non-disclosure*).

B) Eficiencia asignativa

Laidlaw v. Organ ha sido célebremente utilizado por Anthony Kronman⁸. Desde la perspectiva de este autor, en casos como éste, debe concederse un *property right* a quien posee la información, inmunizándolo, de esta manera, del deber de comunicarla a la otra parte durante las negociaciones del contrato⁹.

Para presentar la posición de Kronman resultará útil, en primer lugar, detenerse brevemente sobre la distinción entre información deliberadamente adquirida y casualmente adquirida.

Basta definir qué se entiende por información deliberadamente adquirida, pues la excluida será aquella que fue casualmente adquirida. En palabras de Kronman:

«As it used here, the term “deliberately acquired information” means information whose acquisition entails costs which would not have been incurred but for the likelihood, however great, that the information in question would actually be produced»¹⁰.

Un ejemplo del mismo autor permitirá ilustrar ambas especies de información:

«A securities analyst, for example, acquires information about a particular corporation in a deliberate fashion –by carefully studying evidence of its economic performance. By contrast, a businessman who acquires a valuable price of information when he accidentally overhears a conversation on a bus acquires the information casually»¹¹.

Ilustrada la distinción, resultará útil vincularla a consideraciones de eficiencia asignativa. Según Kronman:

«From a social point of view, it is desirable that information which reveals a change in circumstances affecting the relative value of commodities reach the market as quickly as possible (or put differently, that the time between the change itself and its comprehension and assessment be minimized)»¹².

⁸ KRONMAN, A., «Mistake, Disclosure and the Law of Contract», *The Journal of Legal Studies*, vol. 7, n.º 1, 1978, passim.

⁹ Utilizo la expresión en su sentido más frecuente, es decir como una facultad para determinar cómo se utiliza un recurso. Ver ALCHIAM, A., «Property Rights», en *The Concise Encyclopedia of Economics*. Disponible en <http://www.econlib.org/LIBRARY/Enc/PropertyRights.html>. Visitado 27/2/2007.

¹⁰ KRONMAN, «Mistake, Disclosure», p.13.

¹¹ *Ibid.*, p. 13.

¹² *Ibid.*, p. 12.

Algo más adelante, señala:

«Allocative efficiency is promoted by getting information of changed circumstances to the market as quickly as possible. Of course, the information doesn't just «get» there. Like everything else, it is supplied by individuals (either directly, by being publicized, or indirectly, when it is signaled by an individual's market behavior)»¹³.

En términos de eficiencia asignativa, lo determinante es que la información alcance el mercado con la mayor prontitud posible. Sin embargo, para ello, es necesario que alguien provea dicha información. La métrica para determinar si deben o no imponerse deberes de información es el impacto que tendrá la imposición de dicho deber sobre la llegada de información al mercado. A veces, la imposición de un deber de informar reducirá el periodo que media entre que se produce un cambio en las circunstancias que determinan el valor relativo de un bien y que dichas circunstancias sean publicitadas. Así, por ejemplo sucede con la presencia de vicios redhibitorios en la cosa que se vende¹⁴.

En otras situaciones, sin embargo, la imposición de un deber de informar puede dilatar dicho periodo. Un ejemplo contribuirá a esclarecer esto. Se trata de un caso resuelto por el *Tribunal de Grande Instance* de París en 1985. La Congregación de las Hermanas de San Charles de Puy vendió un conjunto de objetos a un comerciante de arte por la suma de 6.800 francos. Entre los objetos se encontraba una pintura que más tarde fue adquirida por un restaurador de pinturas por 4.000 francos. Tras una paciente restauración y una considerable investigación llevada a cabo principalmente en Italia, el restaurador descubrió que la pintura era un trabajo del pintor italiano Lorenzo Lotto. El restaurador vendió la pintura en 3.250.000 francos al Museo del Louvre¹⁵. Asumiendo que lo socialmente deseable es que la información sobre la verdadera autoría del cuadro llegue cuanto antes al mercado lo que se trata de responder es cómo generar los incentivos para que las personas se involucren en actividades que lo permitan. La respuesta más evi-

¹³ *Ibid.*, p. 13.

¹⁴ *Ibid.*, p. 23. Una posición similar mantiene FABRE-MAGNAN («Duties of Disclosure and French Contract Law: Contribution to an Economic Analysis», en BEATSON, J., y FRIEDMAN, D. (edits.), *Good Faith and Fault in Contract Law*, Oxford University Press, Londres, 1997, pp. 116-117). Señala la autora francesa que la imposición de un deber de informar la presencia de vicios ocultos no establece desincentivos al vendedor para procurarse información sobre la cosa, sino que, todo lo contrario, establece incentivos para que se entere del estado de su casa antes de venderla.

¹⁵ En la narración de los hechos sigo a GHESTIN J., «The Precontractual Obligation to Disclose Information». En Harris D., y Tallon, D. (eds.), *Contract Law Today*, Oxford University Press, Oxford, 1991, p. 159.

dente es permitiendo al restaurador capturar los beneficios económicos de la información que posee. Sin embargo, la imposición de un deber de informar al restaurador del cuadro, en virtud del cual deba comunicar al vendedor sus sospechas acerca de la posible autoría de Lotto, impide que el primero capture los beneficios, porque el solo hecho de comunicar la información la transfiere¹⁶ y al hacerlo el restaurador pierde el beneficio. Por este motivo, en esa situación simplemente se abstendrá de la transacción y el cuadro quedará en un uso menos valioso que aquel asignado por el Museo del Louvre.

Si se impone un deber de informar a quien ha invertido en la producción de información, se establece a la vez un desincentivo para que otros, en el futuro, vuelvan a invertir en ese tipo de información. En cambio, si no se ha invertido –esto es, si la información ha sido adquirida gratuitamente– la imposición de un deber de informar no produce, desde la perspectiva de KRONMAN, efectos dañinos –después de todo, la información se ha adquirido azarosamente, un deber de informar, como es evidente, no desincentiva el azar–. En síntesis, tratándose de información deliberadamente adquirida no debe imponerse un DPI; tratándose de información gratuitamente adquirida, la imposición de dicho deber se encuentra justificada.

C) Eficiencia productiva

En términos de eficiencia productiva, lo determinante no es el proceso –esto es la forma como se adquiere la información– sino la naturaleza de la información. La distinción clave aquí es entre efectos productivos y redistributivos de la información. Esta distinción se endereza a partir de un trabajo temprano de Jack Hirshleifer¹⁷ en el que distingue entre dos tipos de información: el conocimiento previo (*foreknowledge*) y el descubrimiento (*discovery*). El primer tipo de información es ejemplificado por el autor a través de la habilidad de predecir exitosamente el tiempo. El segundo tipo de información se refiere al reconocimiento de algo que probablemente existe, pero se encuentra oculto y no se revelará a menos que alguien lo descubra¹⁸. En términos de bienestar social, el conocimiento previo no es particularmente valioso, simplemente permite a quien dispone de él mejorar su posición negociadora al utilizarlo;

¹⁶ RUDDEN, B., «Le juste et l'inefficace. Pour un non-devoir de renseignements», *RTDC*, 1985, p. 95.

¹⁷ HIRSHLEIFER, J., «The Private and Social Value of Information and the Reward to Incentive Activity», en *American Economic Review*, vol. 61, 1971, pp. 561-574.

¹⁸ *Ibid.*, p. 562

en cambio, el descubrimiento aumenta la riqueza de la sociedad en su conjunto. Convendrá detenerse algunos momentos sobre esto.

El análisis de Hirshleifer se estructura a propósito de las políticas de patentes industriales, por ello, no considera, específicamente, el problema del deber de informar, sin embargo, sienta las bases para que otros lo hagan a partir de su distinción entre los dos tipos de información ya señalados. Así, por ejemplo, Cooter y Ulen¹⁹, Coleman et alii²⁰, Schäfer y Ott²¹, Shavell²² y, en el derecho español, Paz-Ares²³.

En su tratamiento del error unilateral Cooter y Ulen analizan, desde una perspectiva económica, *Laidlaw v. Organ*. La sugerencia de estos autores consiste en distinguir según si se trata de información productiva o redistributiva. La primera de ellas es «aquella que puede utilizarse para producir más riqueza», la segunda únicamente «crea una ventaja negociadora que puede usarse para redistribuir la riqueza a favor de la parte informada»²⁴. La distinción entre información productiva y redistributiva permite formular el siguiente principio económico para la creación de incentivos por parte del ordenamiento jurídico:

«Los contratos basados en el conocimiento de información productiva que tiene una de las partes deberían hacerse cumplir, mientras que los contratos basados en el conocimiento que tiene una de las partes de información puramente redistributiva no deberían hacerse cumplir»²⁵.

Aplicada la distinción a *Laidlaw v. Organ* la conclusión es que la información del comprador es predominantemente redistributiva, por lo tanto, el contrato no debe hacerse cumplir.

Coleman et alii utilizan la distinción de Hirshleifer para advertir que no siempre es eficiente el reconocimiento de un *property right* sobre la información, sino únicamente cuando se trata de información cuyos efectos son predominantemente productivos²⁶. Por su parte, Schäfer y Ott distinguen entre información productiva e

¹⁹ COOTER, R. y ULEN, T., *Derecho y economía*, Fondo de Cultura Económica, México D.F. 1998, pp. 348 y ss.

²⁰ COLEMAN, J., HECKATHORN, D. y MASER, S., «A Bargaining Theory Approach to Default Provisions and Disclosure Rules in Contract Law», *Harv. J.L. & Pub. Pol'y*, vol. 12, 1989, pp. 693-696.

²¹ SCHÄFER H.-B. y OTT, C., *Manual de análisis económico del derecho civil*, trad. M. von Carsteeen-Lichterfelde, Tecnos, Madrid, 1991, p. 307.

²² SHAVELL, S., «Acquisition and Disclosure of Information Prior to Sale», *The Rand Journal of Economics*, vol. 25, n.º 1, 1994, p. 20.

²³ PAZ-ARES, C., «Principio de eficiencia y derecho privado», en *Estudios en homenaje a M. Broseta Pont*, t. III, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, p. 2890.

²⁴ COOTER Y ULEN, *Derecho y economía*, p. 350

²⁵ *Loc. Cit.*

²⁶ COLEMAN et alii, «A Bargaining Theory», pp. 693-694

improductiva²⁷. Desde la perspectiva de estos autores, es productiva la información que genera ganancias netas en bienestar social, improductiva aquella que es ventajosa para un particular, pero no para la sociedad en su conjunto. Es productiva, por ejemplo, la información respecto de los efectos de los fertilizantes químicos de las plantas en la medida que permite aumentar la producción mundial de alimentos de forma que no sería posible hacerlo sin dicha información. Es, en cambio, improductiva la información que tiene un agente de la propiedad inmobiliaria sobre un plan de urbanización que le permite comprar un terreno en un precio y venderlo en otro cien veces mayor. Le otorga un beneficio al titular de la información, pero no hay beneficios sociales²⁸. En términos de eficiencia productiva, entonces, existen razones para no imponer un deber de información cuando se trata de informaciones que generan nueva riqueza (a fin de crear incentivos para su adquisición y utilización), y para imponerlo cuando se trata de informaciones improductivas (para disuadir a las personas de que inviertan recursos en adquirir este tipo de información). En una perspectiva similar, Shavell, considera que sólo debe incentivarse la adquisición de información socialmente valiosa y no, en cambio, el «conocimiento previo» en los términos que utiliza esta expresión Hirshleifer²⁹.

Lo que afirman quienes distinguen entre información productiva y redistributiva es que tratándose de la primera, el Estado debe tomar medidas para proteger la información, absteniéndose de imponer un deber de informar. La razón de lo anterior es que la imposición de dicho deber desalentaría la búsqueda de ese tipo de información, que produce mayor riqueza social. Tratándose de información redistributiva, se sugiere que la inversión en ella, únicamente mejora la posición de la parte que la adquiere³⁰. Proteger la posición de quien tiene este tipo de información, permitiéndole no revelarla a la otra parte durante la negociación del contrato es socialmente ineficiente pues produce un desperdicio de recursos en dos sentidos. De una parte, estimula el gasto es adquirir este tipo de información y, de otra, conduce a las partes que no tienen información a incurrir en gastos defensivos frente a quienes tienen mayor información³¹.

Ahora bien, lo cierto es que toda información posee efectos productivos y redistributivos³², lo determinante desde esta mirada

²⁷ SCHÄFER Y OTT, *Manual*, p. 307.

²⁸ *Loc. cit.*

²⁹ SHAVELL, «Acquisition and disclosure», p. 21.

³⁰ Este es el caso de *Laidlaw v. Organ*.

³¹ COOTER Y ULEN, *Derecho y economía*, p. 350.

³² *Texas Gulf Sulphur* es un buen ejemplo de esto. La información sobre la existencia de minerales posee efectos redistributivos toda vez que enriquece a la empresa al desplazarle los valiosos recursos de los herederos de la sucesión Murray. A la vez, la informa-

es que las utilidades del efecto productivo superen a los costos en que debe incurrir una de las partes para generar la información y aquellos en que incurre la otra para protegerse, solo en ese caso la regla que permite no revelar información es socialmente valiosa en términos de eficiencia³³.

D) **Algunos problemas internos con las consideraciones de eficiencia asignativa y productiva**

La utilización de consideraciones de eficiencia para la resolución de problemas jurídicos puede someterse tanto a críticas externas como internas. Son externas aquellas que cuestionan la pertinencia del uso de este tipo de consideraciones en la comprensión y evaluación de un determinado fenómeno jurídico. Son, en cambio, internas, aquellas que aceptando dicho uso, discuten que la aplicación de dichas consideraciones haya sido hecha correctamente en el caso particular. Los problemas que me interesa considerar en lo inmediato corresponden a críticas internas.

1. *La eficiencia asignativa y la distinción de Kronman*

En términos de eficiencia asignativa, la distinción de Kronman puede ser sujeta a dos críticas. La primera es que si lo que se desea es que la información se haga pública con la mayor rapidez posible, su distinción entre información casual y deliberadamente adquirida no es adecuada. La segunda es que, en términos de bienestar social, no siempre se justifica proteger a quien ha invertido en información. Resultará útil presentar ambas observaciones con mayor detención.

Con respecto a la primera crítica, si de lo que se trata es que la información que se refiere a circunstancias que afectan al precio relativo de un bien llegue al mercado con la mayor rapidez posible, lo importante no es únicamente incentivar la producción de información, sino, además su utilización. La producción se incentiva, desde la mirada de Kronman asignando un *property right* sobre la información deliberadamente adquirida, sin embargo, es posible que información gratuitamente adquirida se refiera a circunstancias que afectan al valor de ciertos bienes, si dicha información no es protegida no existen incentivos para *utilizarla*³⁴. Por lo mismo, la

ción posee efectos productivos en la medida que una mayor oferta de minerales crea riqueza social.

³³ Ver COLEMAN *et alii*, «A Bargaining Theory», p. 151

³⁴ Así, por ejemplo, alguien puede enterarse casualmente de la existencia de un valioso cuadro, cuyos dueños ignoran que se trata de una obra de arte. Si de lo que se trata

imposición de un deber de informar producirá el efecto de retardar la llegada de dicha información al mercado³⁵.

La segunda crítica es que, en términos de bienestar social, no siempre se justifica proteger la producción o adquisición de información. Como ha sugerido, con elocuencia, Birmingham:

«Judicial rules should encourage cows» does not follow from «cows are good (...) We may already have too many cows in that the marginal cost of maintaining a cow exceeds a cow's marginal benefit. The same may be true of information. Where should the encouragement stop? We are talking about social cost here. Maximizing the number of cows or the amount of information seldom optimizes (...) "information is costly to produce." The resources used to produce this information might have produced something else»³⁶.

La crítica de Birmingham señala que, en términos de bienestar social, no se justifica proteger la producción de cualquier tipo de información. Producir información suele ser costoso, en términos de bienestar social, incurrir en dichos costos únicamente tiene sentido cuando existe una ganancia neta, es decir, una ganancia social deducidos los costos que irroga la producción de información y la regla que asigna un *property right* sobre ella.

Presentadas estas dos críticas es tiempo de volver sobre *Laidlaw v. Organ* ¿Se justifica, en términos de eficiencia asignativa proteger el secreto del comprador, permitiéndole no revelar la información sobre el alza del bloqueo al vendedor? Para que la respuesta sea afirmativa, es necesario que exista una ganancia derivada de la mayor rapidez de la llegada de la información sobre el cambio de circunstancias (el alza del bloqueo) al mercado³⁷. Pero ¿en qué sentido puede haber sucedido esto si la información iba a hacerse pública algunas horas después de la celebración del contrato? El problema es que la protección del secreto no produce ninguna ganancia social y sí produce algunos costos, por ejemplo, el que, en el futuro, algunos inviertan recursos en adquirir este tipo de información y otros inviertan en protegerse del uso de dicha información.

es de que esa información alcance el mercado tan pronto como sea posible, es irrelevante la forma en que se adquirió la información. Lo que es determinante es que el Ordenamiento jurídico provea de incentivos al titular de la información para utilizarla. Kronman está en lo correcto cuando advierte que la regla que impone un deber de informar en este caso, no influirá negativamente sobre la producción de este tipo de información en el futuro, pero omite señalar que influirá negativamente sobre el uso de esta información por parte de quien la haya adquirido casualmente.

³⁵ Ver EISENBERG, M., «Disclosure in Contract Law», *Cal. L. Rev.*, vol. 91, 2003, pp. 1657-1660.

³⁶ Ver BIRMINGHAM, R., «The Duty to Disclose and the Prisoner's Dilemma: *Laidlaw v. Organ*», *Wm. & Mary L. Rev.*, vol. 29, 1988, p. 259.

³⁷ BARNETT, R., «Rational Bargaining Theory and Contract: Default Rules, Hypothetical Consent, the Duty to Disclose, and Fraud», *Harv. J.L. & Pub. Pol'y*, vol. 15, 1992, p. 797.

2. La eficiencia productiva, inadecuación de la teoría a la práctica

Texas Gulf Sulphur es el epítome de los ejemplos que justifican, según consideraciones de eficiencia productiva, proteger la reticencia durante la negociación del contrato. En teoría, el caso posee una precisión algorítmica, sin embargo, en la práctica, dicha precisión se desvanece.

Para mostrar esta severa discrepancia entre la teoría y la práctica conviene dar noticia acerca de una investigación llevada a cabo por Eisenberg a través de la cual buscó determinar cómo se comportaban las empresas mineras o petroleras en Estados Unidos en supuestos similares al caso de *Texas Gulf Sulphur*³⁸. Las preguntas se formulaban en los siguientes términos:

«(...) we are wondering whether industry practices make in the case that the private land owner knows (because the company tells them so) or should know (by virtue of the fact that the company wanting to purchase the land is an oil company) why the company wants the land. Or do mining companies sometimes use third parties to buy the land so that the private owner is not tipped off to the fact that a mining company is interested in the land? What's the industry practice?»³⁹

La pregunta fue enviada por escrito a distintos profesores expertos en la materia, la respuesta, casi invariablemente, fue que las empresas usualmente actuaban en su propio nombre en forma tal que permitían al vendedor sospechar, al menos, que el comprador confiaba en la existencia de minerales bajo la propiedad.

Esto permite concluir que, aún en un sector económico en el cual se invierten ingentes recursos en la adquisición de información, no resulta imprescindible conceder a quien dispone de la información la facultad de no revelarla en sus negociaciones. El hecho de revelar la información no parece afectar negativamente a la decisión de los agentes económicos de seguir invirtiendo en producir este tipo de información.

*

Será útil recapitular esta primera parte. Existen una serie de argumentos económicos que pueden emplearse para justificar o limitar la presencia de deberes precontractuales de información. He intentado presentar los más conocidos de ellos agrupados bajo con-

³⁸ Eisenberg, «Disclosure in Contract Law», pp. 1688-1689.

³⁹ *Ibid.*, p. 1688.

sideraciones de eficiencia asignativa y productiva. A continuación he formulado un par de prevenciones sobre el uso de esas consideraciones, advirtiendo, en definitiva, que, si de lo que se trata es de que la información llegue lo más pronto al mercado, es necesario (1) prestar atención a los costos de producir dicha información y sus beneficios sociales; (2) crear incentivos no solamente para la creación, sino además para la utilización de la información, y (3) no proteger el secreto ahí donde no es estrictamente necesario.

II. EL ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LAS CONSIDERACIONES DE EFICIENCIA

El objetivo de esta segunda parte es fijar el ámbito de aplicación de las consideraciones de eficiencia. Para estos efectos será útil distinguir, en primer lugar, aquellos DPI que han sido establecidos legalmente –a los que puede denominarse *típicos*–, de aquellos que se establecen judicialmente –a los que puede denominarse *atípicos*–. El ámbito de las consideraciones de eficiencia, en el sentido que me interesan aquí, es el de los deberes atípicos. Es en estos últimos en los que, en mi opinión, las consideraciones de eficiencia pueden desempeñar un papel especialmente interesante.

Para delinear ese ámbito es necesario, en segundo lugar, prestar atención a las figuras jurídicas en que es posible incardinar los DPI atípicos. En el derecho español esto supone, principalmente, prestar atención a las figuras del error y el dolo.

A) Deberes típicos y atípicos

La pregunta acerca de si durante la negociación de un contrato una parte debe informar a otra de todo aquello que resulte necesario para la correcta formación de su voluntad contractual no admite una respuesta única, basta pensarlo sólo un momento. Es necesario prestar atención a múltiples factores y realizar diversas distinciones. Probablemente, la principal distinción que conviene formular cuando se trata de DPI es si estos se encuentran tipificados o no.

Para comprender esta distinción asumiré que, al menos en el Derecho español, el fundamento de los DPI se encuentra en la buena fe⁴⁰. Si se acepta esto, es necesario, a continuación, advertir que la

⁴⁰ Ver, por ejemplo, QUIÑONERO CERVANTES, E., «El dolo por omisión», *RDP*, 1979, p. 354; MORALES MORENO, A. M., *El error en los contratos*, Editorial Ceura, Madrid, 1988, p. 230, GARCÍA RÚBIO M.^º P., *La responsabilidad precontractual, La responsabilidad precontractual*, Tecnos, Madrid, 1991, pp. 43-58; GÓMEZ CALLE, *Los deberes precon-*

relación entre un DPI y la buena fe —entendida como un principio general del derecho— no es siempre la misma. Hay ocasiones en las que el legislador ha hecho un esfuerzo por concretar las exigencias de la buena fe, tipificando deberes precontractuales de información. Así, por ejemplo, en la mayoría de los casos es ocioso preguntarse si la buena fe exige al organizador o detallista, en un contrato de viaje combinado, suministrar información al consumidor acerca del número de comidas que se van a servir durante el viaje. La letra d) del artículo 152 del Texto Refundido de la Ley General de Consumidores y Usuarios ya ha respondido afirmativamente. Lo que ha hecho el legislador en dicho precepto es tipificar un DPI.

Las cosas son distintas en casos como *Laidlaw v. Organ* o en *Texas Gulf Sulphur*. Hasta donde llegan mis noticias, no existe en el Ordenamiento jurídico español una norma jurídica que tipifique DPI en supuestos como estos. Lo que existe, sin embargo, es la convicción de los autores y de los tribunales de que es posible extraer directamente —esto es, sin intervención legislativa— DPI de las exigencias que plantea la buena fe a las partes durante la negociación del contrato. A este segundo tipo de deberes los denomino atípicos.

Ahora bien, una cosa es afirmar que de la buena fe se pueden extraer DPI, otra, bien distinta, es señalar que la buena fe exige siempre informar. Lo primero es correcto, lo segundo no⁴¹. La pregunta, entonces, es bajo qué condiciones exige la buena fe informar.

tractuales, p. 18, LLOBET I AGUADO, *El deber de información*, p. 14; CABANILLAS SÁNCHEZ, «El ámbito de la responsabilidad precontractual o culpa in contrahendo», *RCDI*, n.º 628, 1995, p. 750. En el mismo sentido VALÉS DUQUE, P., «La responsabilidad precontractual o culpa in contrahendo», en *Libro-Homenaje al profesor Manuel Amorós Guardiola*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2006, pp. 727-729; y VERDA Y BEAMONTE, J. R., «La reticencia en la formación del contrato», *Aranzadi Civil*, 22, 1999, p. 12.

⁴¹ Así, por ejemplo, no son correctas, desde mi punto de vista, opiniones como las de García Cantero (en CASTÁN-GARCÍA CANTERO, *Derecho civil español, común y foral*, t. III, 16.ª ed., Reus, Madrid, 1992, p. 650), según la cual:

«Cabe establecer que, en toda relación contractual, las partes intervinientes tienen la obligación recíproca de informarse sobre cuántos puntos sean precisos a fin de lograr un consentimiento libre y reflexivo. Este deber contractual de informar lleva consigo el deber previo de informarse para así poder informar».

Tampoco lo es la de GALGANO (*El negocio jurídico*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1992, p. 461), quien ha señalado respecto de la buena fe en las negociaciones de un contrato que:

«En estos casos la buena fe asume, sobre todo, el carácter de un deber de información de una parte respecto de la otra: cada una de ellas tiene el deber de informar las circunstancias que sean desconocidas para la otra y que puedan resultar determinantes para la prestación de su consentimiento (aquellas por las que la otra parte, si las hubiese sabido, no habría contratado o habría contratado bajo condiciones diversas). Así, por ejemplo, es contrario a la buena fe no decir mientras se está vendiendo un terreno edificable que se tiene conocimiento de que un proyecto de modificación del plan general de ordenación urbana modificará el destino de esa área...; o bien (en la hipótesis inversa) no decir, mientras se negocia el precio de adquisición de un terreno agrícola, que se tiene conocimiento de la existencia de una modificación del plan general de ordenación urbana, en trámite de aprobación, que hace edificable tal terreno lo cual elevaría sensiblemente el precio.»

B) Incardinación

Para responder a la pregunta que ha quedado planteada es útil recordar que los DPI atípicos carecen de una regulación propia (eso es, precisamente, lo que significa que sean atípicos) por lo tanto, para determinar su disciplina es necesario intentar «incardinarlos» en algunas figuras jurídicas que posean su propia regulación.

En esta tarea, conviene situarse en la posición de los propietarios de las tierras en *Texas Gulf Sulphur* o del vendedor del café en *Laidlaw* y preguntarse: (a) ¿qué alegan? y (b) ¿qué es lo que piden? La respuesta a la primera pregunta (a) es sencilla: lo que alegan es que los engañaron y el engaño consistió en que no se les comunicó cierta información que, de haberla conocido, hubiera repercutido sobre su decisión de contratar o en qué términos hacerlo. La respuesta a la segunda pregunta (b) también es sencilla: piden que se prive de efectos al contrato que celebraron y –copulativa o alternativamente– que se les indemnicen los daños y perjuicios causados.

Ahora bien ¿cómo canalizar sus reclamaciones? O, en otras palabras ¿en qué figuras jurídica puede incardinarse la infracción a un DPI que alegan?

Las respuestas más obvias, en mi opinión, son el error y el dolo. Otra podría ser la responsabilidad contractual⁴² o extracontractual⁴³, sin embargo, la práctica de los tribunales españoles aconseja depositar la atención, preferentemente, sobre el error y el dolo⁴⁴.

Si se trata de un error es un supuesto de lo que la doctrina ha denominado «error conocido»⁴⁵. Si se cumplen los presupuestos del dolo, se trata de dolo por «omisión», «reticencia» o «negativo»⁴⁶.

Tratándose de *Laidlaw v. Organ* la vía del error se encuentra cerrada, la razón es que se trata de información extrínseca y, por lo tanto, no entra en el campo de acción del error vicio del consentimiento⁴⁷. En lo que se refiere a *Texas Gulf Sulphur*, ambas vías se encuentran abiertas.

⁴² Ver, respecto de la responsabilidad contractual, BAZOSABAL ARRÚE, J., «En torno a las obligaciones precontractuales de información», en *ADC* 62-2, 2009, pp. 657-658.

⁴³ Ver, por ejemplo, GARCÍA RUBIO, *La responsabilidad precontractual*, pp. 189-193.

⁴⁴ Así, por ejemplo, todas las sentencias que cita GARCÍA RUBIO (*La responsabilidad precontractual*, pp. 46-52) para ilustrar la posición del Derecho español respecto al deber de informar, corresponden a casos de error o dolo. Lo mismo sucede con el trabajo de VERDA Y BEAMONTE («La reticencia», pp. 11-50).

⁴⁵ Ver, por ejemplo, VERDA Y BEAMONTE, *Error y responsabilidad en el contrato*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pp. 80-97.

⁴⁶ Ver, por ejemplo, ROJO AJURIA, L., *El dolo en los contratos*, Civitas, Madrid, 1994, pp. 254-288.

⁴⁷ Ver MORALES MORENO (*El error en los contratos*, p. 156), quien explica la diferencia entre errores intrínsecos y extrínsecos en los siguientes términos:

«Podemos decir que el error es intrínseco cuando se refiere a lo que constituye, de modo directo, la materia propia del contrato; su ámbito natural de organización de intere-

1. *El error*

Si se acude a la disciplina del error, en lo que se refiere al deber de informar, el requisito que es necesario tener en cuenta es la excusabilidad⁴⁸. Suele afirmarse que si la otra parte conoce el error que padece el *errans*, dicho error es *per se* excusable, sin importar si el *errans* se comportó diligentemente o no al procurarse la información necesaria⁴⁹. Sin embargo, como han argumentado persuasivamente autores como Morales Moreno o Verda y Beaumont, las cosas no son tan sencillas⁵⁰. En principio puede aceptarse que la buena fe impone un deber de informar el error ajeno, lo que no puede aceptarse sin más es que la buena fe *siempre* imponga el deber de informar el error ajeno. El punto crítico, entonces consiste en determinar bajo qué condiciones la buena fe impone un DPI.

2. *El dolo por omisión*

Con el dolo por omisión sucede algo similar a lo apuntado respecto del error. Si una de las partes sabe que la otra padece un error y no se lo comunica, la pregunta es si su silencio configura dolo por omisión. Si el destinatario de la declaración –quien conoce la información– simplemente no informa, la respuesta no es sencilla. El simple hecho de no informar no provoca el error de la otra parte, simplemente no lo corrige. Por lo mismo, para sostener que existió dolo por omisión es necesario, previamente, acreditar que existía un deber de actuar, es decir un deber de corregir el error ajeno⁵¹.

ses, al que se conecta la causa típica del mismo. Empleando una expresión que Grocio utiliza, a propósito del dolo, para delimitar el ámbito de aplicación del deber de información, podríamos decir, también que el error es intrínseco, «cuando mira al fondo mismo de la cosa sobre la que se pacta» (...).

El error es extrínseco, en cambio, cuando se refiere a elementos extraños a la organización de intereses propia del contrato, relacionada con la causa típica del mismo.»

⁴⁸ Desde luego es necesario que el error sea esencial, pero examinar este requisito no presta ninguna utilidad para esclarecer la aplicación de consideraciones de eficiencia a los DPI.

⁴⁹ Ver, por ejemplo, VERDA Y BEAMONTE, J. R., *Error y responsabilidad*, pp. 81-82.

⁵⁰ Ver MORALES MORENO, *El error en los contratos*, p. 231 y VERDA Y BEAMONTE, *Error y responsabilidad*, pp. 82-98.

⁵¹ Existen, como es sabido, importantes diferencias en la forma en que el derecho civil trata la acción y la omisión y buenas razones para mantenerlas. Como ha sugerido BARROS BOURIE (*Tratado de responsabilidad extracontractual*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2006, p. 124) lo que suele caracterizar a las reglas de derecho privado es un cierto principio normativo de libertad que se expresa a través de «límites negativos a nuestra acción, pero que no nos prescriben positivamente deberes de conducta para evitar el mal o procurar el bien de los demás».

C) Casos difíciles

Lo que ponen de manifiesto el error y el dolo por omisión es que en ambas figuras jurídicas es necesario demostrar que la retención de quien no informó era ilegítima en la medida que, a través de ella, se infringió un DPI que se deriva, directamente, de las exigencias de la buena fe.

Denominaré a este tipo de supuestos –aquellos configurados por DPI atípicos– «casos difíciles». Sigo en esta nomenclatura a Paz-Ares, por lo que será de utilidad mostrar en qué sentido emplea este autor dicha expresión.

En un trabajo en el que se procura justificar el uso de la eficiencia como argumento jurídico por parte de los jueces, señala Paz-Ares:

«El propósito que nos anima no es otro que el de esbozar algunas directrices que puedan ayudar a los jueces a la hora de producir el derecho que necesitan para resolver los *casos difíciles*, es decir, aquellos casos para los cuales no existe una respuesta inequívocamente preprogramada por el ordenamiento»⁵².

Lo que hace difícil un caso, según este autor, es la ausencia de una respuesta inequívocamente preprogramada por el ordenamiento. Ante un supuesto de caso difícil la sugerencia del autor es recurrir a la eficiencia. El postulado es ilustrado a través de un par de ejemplos que resultará útil citar en toda su extensión:

«Imaginemos que Ud. y yo suscribimos un contrato de compraventa en virtud del cual yo adquiero una finca de su propiedad –una finca llena de matorrales, situada un poco a desmano– y Ud., a cambio, recibe el precio libremente pactado. Supongamos también que durante las negociaciones yo he omitido decirle que previamente he llevado a cabo una investigación geológica que me ha permitido establecer la existencia de una valiosa bolsa de gas en el terreno de su propiedad o que –construyendo otra hipótesis– no le he informado que está proyectada la construcción de una autopista por las inmediaciones de la finca, cosa de la que tuve noticia por un amigo que trabaja en el Ministerio de Obras Públicas. Cuando Ud., llega a tener conocimiento de las circunstancias que le he silenciado, interpone una acción de nulidad del contrato por dolo al amparo del arto (*sic*) 1270 CC, aduciendo que mi conducta reticente le

⁵² PAZ-ARES, *Principios de eficiencia*, p. 2845. En una extensa nota a pie de página, el autor indica las razones que explican la falta de una respuesta inequívocamente preprogramada por el ordenamiento, entre ellas, la existencia de una laguna legal, de ambigüedad en la normativa, de contradicción abierta u oculta entre las normas y aquellos supuestos en que

«(...) aún existiendo una norma precisa y no abiertamente modificable, resulta altamente contestada en el discurso práctico (por su escasa “razonabilidad”) y de *facto* frecuentemente alterada en la vida jurídica...» (*Ibid.*, p. 2845, nota 3).

indujo a error. ¿Cómo debe decidir nuestro juez prospectivo este nuevo caso difícil en el que se advierte una imperfección contractual creada por una información asimétrica? En principio, desde el punto de vista de la eficiencia puramente asignativa (o eficiencia estática), parece claro que el derecho a la anulación del contrato debe atribuírse a Ud., y ello porque á (*sic*) mí me resultaba menos costoso revelar la información que a Ud., obtenerla. De hecho, las exigencias de la buena fe precontractual obligan a las partes descubrir los datos relevantes. Sin embargo, desde el punto de vista de la eficiencia productiva (o eficiencia dinámica), esta conclusión no está siempre al abrigo de dudas o reservas. La teoría económica nos indica que es necesario distinguir el aspecto tecnológico (o productivo) de la información y su aspecto distributivo. Nuestro juez prospectivo tendrá también que diferenciar estas dos dimensiones. Habrá de diferenciar, en definitiva, las informaciones productivas de las informaciones meramente distributivas. Las primeras son un tipo de información que puede ser empleada para incrementar el producto social; las segundas son informaciones que crean una ventaja en la negociación, pero que no contribuyen a la creación de riqueza; solamente pueden ser utilizadas para distribuir riqueza existente a favor de la parte que la posee. En efecto, el hecho de que yo supiera que estaba en proyecto la construcción de una autopista que acabaría con el aislamiento de su finca es una circunstancia puramente redistributiva, que cumple un papel única y exclusivamente en el proceso de negociación. En estos casos, el principio de eficiencia conduce a atribuirle a Ud. el derecho a obtener información sobre la autopista de que yo disponía. Nuestro juez, en consecuencia, deberá asimilar mi conducta reticente al dolo positivo y anular el contrato al amparo del art. 1270 CC. En otro caso, si el ordenamiento permitiese que los descubridores de informaciones redistributivas puedan emplearlas para transferir riqueza a su favor, las contrapartes que quisieran evitar la expoliación se sentirían incentivadas a adoptar precauciones excesivas y a invertir en la búsqueda de información, lo que se revela manifiestamente ineficiente. Es un dispendio que una parte de producir información que la otra ya posee. La conclusión es muy distinta en el caso de las informaciones productivas. Es cierto que desde el punto de vista estrictamente asignativo (...) no siempre está justificada la atribución sobre bienes informacionales, porque se trata de bienes públicos, cuyo consumo no engendra rivalidad. Desde esta perspectiva (...) tampoco estaría justificado que yo haya silenciado la probable existencia de una valiosa bolsa de gas en el subsuelo de su finca. Pero aquí es justamente el terreno donde las razones de la eficiencia productiva se imponen sobre las razones de eficiencia distributiva. La regla que se desprende es exactamente la contraria a la anteriormente establecida (...) el derecho no puede establecer un deber de comunicar informaciones productivas, porque de lo contrario se desincentivarían inversiones en la producción de esas informaciones socialmente valiosas⁵³.»

⁵³ *Ibid.*, pp. 2889-2891.

Este largo pasaje sugiere varios comentarios. En primer lugar, los ejemplos propuestos por Paz-Ares corresponden a casos difíciles (es decir, no existen respuestas preprogramadas para ellos en el ordenamiento jurídico español). En segundo lugar, se trata de supuestos en los que la pregunta que se plantea es si aquella parte que conoce una determinada información debe o no suministrársela a su contraparte que la ignora. Combinando estos dos primeros comentarios: se trata de supuestos en los que la pregunta que surge en definitiva es si existe o no un DPI atípico. En tercer lugar, para formular jurídicamente la pregunta acerca de si se debe informar o no en estos supuestos, es necesario incardinarla en una figura que posea su propia disciplina: el dolo. En cuarto lugar, la respuesta a la pregunta acerca de si se debe o no suministrar la información depende de si se acude a la buena fe (señala el autor: «las exigencias de la buena fe precontractual obligan a las partes descubrir los datos relevantes») o a consideraciones de eficiencia y, en este último caso, todavía será necesario distinguir si se trata de consideraciones de eficiencia asignativa o productiva.

*

Tiempo de recapitular. Para precisar el ámbito de aplicación de las consideraciones de eficiencia en lo que se refiere a los DPI, es útil distinguir entre DPI típicos y atípicos. A continuación, es necesario precisar cómo se produce la incardinación. Una vez que se cumple con aquellas dos tareas aparecen los casos difíciles. Mi opinión es que las consideraciones de eficiencia no se aplican directamente a estos, sino a los casos realmente difíciles. En los casos difíciles aún restan dos criterios diversos de la eficiencia productiva: la protección de la confianza y el principio de la autorresponsabilidad. Un caso se torna realmente difícil cuando no es posible acudir a estas consideraciones. En este escenario se acude a las consideraciones de eficiencia.

III. CASOS REALMENTE DIFÍCILES

En las páginas que restan, me interesa distanciarme del agudo análisis de Paz-Ares en dos sentidos. El primero de ellos es que, si se leen con atención las palabras del autor se advierte que, en su opinión, aparentemente, las exigencias de la buena fe precontractual imponen a las partes el deber de comunicar los datos relevantes durante la negociación del contrato. El segundo sentido en el

que discrepo es que no me parece que las consideraciones de eficiencia puedan utilizarse inmediatamente cuando no existe una respuesta preprogramada del ordenamiento jurídico. El turno de las consideraciones de eficiencia –al menos las de eficiencia productiva– debe esperar a que se resuelvan, previamente, las consideraciones de confianza y de autorresponsabilidad. A continuación desarrollo, en ese orden, mis discrepancias.

A) Buena fe y consideraciones de eficiencia

La afirmación según la cual, durante la negociación del contrato, «las exigencias de la buena fe precontractual obligan a las partes a descubrir los datos relevantes» puede inducir a un error grave y peligroso, consistente en la creencia de que las exigencias de la buena fe *siempre* obligan a las partes a suministrar los datos relevantes durante la negociación del contrato.

Con toda seguridad no es eso lo que el profesor Paz-Ares quiere afirmar en el párrafo citado, si hago una interpretación tendenciosa de sus palabras es porque me interesa despejar un error en que se puede incurrir a partir de ellas y es que las consideraciones de eficiencia no tienen encaje en el marco de la buena fe como una forma de limitar el deber de suministrar información.

Para mostrar que lo tienen, me interesa acudir a los Principios del Derecho Europeo de Contratos (PECL). Específicamente de su tratamiento del error y del dolo por omisión. Respecto del error conocido, que es el que interesa aquí, el artículo 4:103 de los PECL dispone que la parte que conoce el error que padece la otra debe comunicárselo si es que la buena fe lo exige⁵⁴. Al considerar cuándo la buena fe exige informar, es interesante advertir que el Comentario E del artículo señala casos en los cuales la no revelación de información no infringe el deber de buena fe y lealtad, así sucede,

⁵⁴ Bajo el rótulo «Fundamental Mistake as to Facts or Law» El texto es el siguiente:

(1) A party may avoid a contract for mistake of fact or law existing when the contract was concluded if:

(a) (i) the mistake was caused by information given by the other party; or
(ii) the other party knew or ought to have known of the mistake and it was contrary to good faith and fair dealing to leave the mistaken party in error; or
(iii) the other party made the same mistake,

and

(b) the other party knew or ought to have known that the mistaken party, had it known the truth, would not have entered the contract or would have done so only on fundamentally different terms.

(2) However a party may not avoid the contract if:

(a) in the circumstances its mistake was inexcusable, or
(b) the risk of the mistake was assumed, or in the circumstances should be borne, by it.

por ejemplo, cuando se ha invertido en la búsqueda de información o se ha hecho un esfuerzo considerable para obtenerla⁵⁵.

Del tratamiento que hacen los PECL del error conocido se derivan dos consecuencias que es necesario recalcar. La primera es que la buena fe no siempre exige informar. La segunda es que una razón para no informar es que se haya invertido en la búsqueda de información.

Respecto del dolo por omisión, el artículo 4:107 de los PECL no considera que cualquier ocultamiento de información sea doloso, sino solo aquel que infringe las exigencias de la buena fe⁵⁶. A continuación, el precepto citado señala que para determinar si se infringe la buena fe deberán considerarse *todas las circunstancias*, y especialmente, los conocimientos técnicos de quien ocultó la información, el coste de obtener la información, si la otra parte podía obtener por sí misma la información razonablemente y la importancia que aparentemente tenía esa información para la otra parte.

Una vez más se pone de manifiesto que la buena fe no siempre exige informar. Lo que me interesa resaltar de este artículo 4:107 PECL es que dispone que, para determinar si debe o no informarse es necesario considerar *todas* las circunstancias. Los ejemplos utilizados por el precepto muestran que las consideraciones de eficiencia pueden ser una de las circunstancias que deben tomarse en cuenta.

La conclusión que se extrae de los PECL es clara: (1) la buena fe no siempre impone el deber de informar, (2) para determinar si la buena fe exige el suministro de información puede acudirse, entre otras, a consideraciones de eficiencia.

Ahora bien, en mi opinión, esta conclusión no solo resulta evidente en los PECL; sino que también la comparte, en el Derecho español, un importante sector de la doctrina española que considera que la buena fe constituye el fundamento –o, al menos, uno de los fundamentos– de los DPI. Así, por ejemplo, respecto del error, Morales Moreno, ha indicado que uno de los límites que tiene el deber de colaborar a deshacer el error ajeno es el hecho de que la

⁵⁵ LANDO, O. y BEALE, H. (eds.), *Principles of European Contract Law*, Kluwer Law International, La Haya, 2000, p. 232.

⁵⁶ Bajo el rótulo «Fraud» su tenor es el siguiente:

(1) A party may avoid a contract when it has been led to conclude it by the other party's fraudulent representation, whether by words or conduct, or fraudulent non-disclosure of any information which in accordance with good faith and fair dealing it should have disclosed.

(2) A party's representation or non-disclosure is fraudulent if it was intended to deceive.

(3) In determining whether good faith and fair dealing required that a party disclose particular information, regard should be had to all the circumstances, including:

(a) whether the party had special expertise;
 (b) the cost to it of acquiring the relevant information;
 (c) whether the other party could reasonably acquire the information for itself; and
 (d) the apparent importance of the information to the other party.

adquisición de la información haya supuesto un coste⁵⁷. Por su parte, Gómez Calle señala lo siguiente acerca de cómo se establecen limitaciones al alcance del deber de informar:

«Cuando la obtención de una información es igualmente costosa para ambas partes y sólo una de ellas realiza la inversión precisa a tal fin, debe permitírsele aprovecharse de sus beneficios si implica un aumento del valor de la cosa a que se refiere, por lo que esta parte debe quedar liberada del deber de dar a conocer la información a otro contratante»⁵⁸.

En un sentido similar, Verda y Beamonte indica que:

«Podemos afirmar, en términos presuntivos, que no existe obligación de advertir el error esencial ajeno, cuando el destinatario lo conoce como consecuencia de un proceso de búsqueda de información costoso, que pone de manifiesto la existencia de cualidades positivas que incrementan el valor de un bien, siempre que, además, los costes de dicha información sean simétricos o, siendo asimétricos, no puedan ser repercutidos en el precio del bien en cuestión. De no concurrir tales circunstancias existirá deber precontractual de comunicación del error, de modo que la reticencia del destinatario será ilícita, por ser contraria a la buena fe»⁵⁹.

Finalmente, Bazosabal Arrué, señala que, respecto de aquella información que únicamente puede aprovecharse si se reserva, la regla general debiese ser que no se impusiere el deber de informarla, aún cuando recaiga sobre presuposiciones contractuales⁶⁰.

Pues bien, a estas alturas la cuestión debería ser clara, la buena fe no impone siempre un deber de informar y, para determinar cuándo lo impone es posible acudir a consideraciones de eficiencia. Sin embargo, antes de acudir a dichas consideraciones es necesario hacerse cargo de la pregunta acerca de cómo reciben encaje en la buena fe las consideraciones de eficiencia.

B) La primacía de las consideraciones de confianza y auto-responsabilidad

No es suficiente la ausencia de una respuesta preprogramada por el ordenamiento jurídico para acudir, inmediatamente, a consi-

⁵⁷ En palabras de ese autor (*El error en los contratos*, p. 231): «... existe una justificación para excluir el deber de información en todos aquellos extremos cuyo conocimiento ha supuesto un coste».

⁵⁸ *Ibid.*, p. 137.

⁵⁹ *Ibid.*, p. 21.

⁶⁰ BAZOSABAL ARRUÉ, *En torno a las obligaciones*, p. 698. El autor justifica esta afirmación en el hecho de que si la información es costosa su producción debe ser incentivada y, en caso de que no lo sea, señala el autor que dicha información podría haber sido conocida por la parte que la ignoraba. Sin embargo –siguiendo siempre con Bazosabal–, esta regla general tiene tres excepciones: el dolo, la información privilegiada y la posición monopolista respecto de la información.

deraciones de eficiencia. Antes es necesario determinar: (1) si existen consideraciones de confianza que justifiquen las expectativas razonables de una parte respecto del hecho de que la otra le suministrará cierta información y (2) si la aplicación del principio de autorresponsabilidad determina que cada una de las partes debió procurarse su propia información.

1. *La protección de la confianza*

Una mirada a algunas decisiones del Tribunal Supremo sobre error y dolo, en lo que se refiere al deber de informar, muestra que la confianza se protege en un doble sentido a través del requisito de la excusabilidad. De una parte –específicamente en el error–, se protege la confianza del destinatario de la declaración. De otra, se protege la confianza del *errans* o del *deceptus* según corresponda.

Con respecto a la protección de la confianza del destinatario de la declaración, es relativamente común en las sentencias del Tribunal Supremo que se pronuncian sobre excusabilidad del error la afirmación según la cual:

«(...) la función básica de requisito de la excusabilidad es impedir que el ordenamiento proteja a quien ha padecido el error, cuando éste no merece esa protección por su conducta negligente, trasladando entonces la protección a la otra parte contratante, que la merece por la confianza infundida por la declaración»⁶¹.

En lo que se refiere a la protección de la confianza del *errans* o del *deceptus* –que es la que interesa aquí–, existen una serie de sentencias del Tribunal Supremo en las cuales la calificación de la excusabilidad del error –espontáneo o inducido– depende de la conducta de la otra parte. Una de ellas servirá para ilustrar este aspecto. Se trata de la STS de 26 de octubre de 1981 que resuelve un recurso de casación interpuesto en contra de una sentencia que declaró la nulidad de un contrato de compraventa de acciones representativas del capital social de una sociedad anónima. Las demandantes compradoras solicitaron que se declarara nulo el contrato por haber sido celebrado inducidas por dolo, consistente en haberseles ocultado que un terreno que figuraba como propiedad

⁶¹ Ver, por ejemplo, las SSTS de 6 de febrero de 1998 (RJ 1998, 408. Pte. Excmo. Sr. D. P. González Poveda, FD 5), de 12 de julio de 2002 (RJ 2002, 7145. Pte. Excmo. Sr. D. A. Romero Lorenzo, FD 5), de 12 de noviembre de 2004 (RJ 2004, 6900. Pte. Excmo. Sr. D. P. González Poveda, FD 2) y de 22 de mayo de 2006 (RJ 2006, 3280. Pte. Excmo. Sr. D. A. Salas Carceller, FD 2).

de la sociedad en los títulos correspondientes, no lo era. En su recurso de casación, la vendedora señaló:

«(...) que el dolo que se reprocha por la Sala de instancia a su conducta contractual en el momento del pacto, es decir, el de no haber informado correctamente a las otras partes, está invalidado o enervado por el conocimiento que las compradoras tenían de la situación jurídica del terreno en cuestión, conocimiento presumible en virtud de la constancia en el Registro de la Propiedad de una anotación preventiva ordenada por la Administración al amparo del artículo 11, ap. 2.º de la Ley de Montes, relativa a un deslinde que afectaba a la situación del terreno discutido como presuntamente incluido en monte público, lo que viene a indicar –siempre según la recurrente– que las compradoras no podían alegar ignorancia, error inducido o al menos la buena fe exigible como componente de una situación psicológica de víctima inocente en la contratación, que les legitimara para entablar la acción de nulidad, dado que, ante la maniobra de dolo reticente que pudiera ser la del caso, debiera haber reaccionado con la exigible diligencia, como pudo hacer sin más que acudir al Registro.»

Como puede advertirse, lo que se alega es que el error de las compradoras es inexcusable en la medida en que podía ser superado fácilmente acudiendo al Registro. El argumento no convenció al TS, así, en el considerando tercero de la sentencia se lee:

«(...) la maquinación insidiosa es independiente de la actitud de la parte afectada (en el recurso se habla de “candidez”); es decir, porque no se puede ni se debe premiar la mala fe ínsita en el dolo so pretexto de la confianza ajena, calificando a ésta de ingenuidad (“simplicitas”) como si el Derecho debiera ser más el protector de los astutos que el defensor de los confiados, concepto o conductas que no pueden equipararse a los de diligencia o negligencia (y ahí sí que *vigilantibus non durmientibus iure succurrunt*) como pautas que el Derecho ha de valorar otorgando su protección al hombre cuidadoso frente al negligente, y evidente resulta aquí que no puede calificarse de negligencia o simplicidad la actitud de las compradoras, que se aquietan y confían, como cualquier hombre razonable, ante el dato de una escritura pública de propiedad, en sí constituyente de fe pública.»

Esta idea según la cual la confianza o ingenuidad de la parte afectada no perjudica a la existencia de dolo invalidante vuelve a ser tomada en cuenta en el fundamento de derecho segundo de la STS de 15 de julio de 1987, en el fundamento de derecho tercero de la STS de 15 de junio de 1995, en el fundamento de derecho cuarto de la STS de 23 de julio de 1998, y en el fundamento de derecho segundo de la STS de 27 de noviembre de 1998. Por su parte, la STS de 11 de diciembre de 2006 resuelve sendos recursos de casación en un caso de contrato de compraventa, simulado bajo

mutuo. En lo que interesa aquí, que es el recurso de casación del comprador, éste alega que fue inducido a contratar por los engaños del vendedor quien, si bien le comunicó la existencia de un litigio que mantenía sobre la cosa objeto del contrato (un sótano) con la inmobiliaria que se lo vendió, le informó de que en este litigio sólo se discutía la elevación a escritura pública del documento privado en el que constaba el contrato. La verdad es que lo que se discutía en el pleito era la pretensión de nulidad por parte de la inmobiliaria, justificada en que quien actuó en su nombre en el contrato de venta carecía de poder para vender el inmueble. Además al comprador se le ocultó que el vendedor había obtenido una sentencia desfavorable en primera instancia. El TS concluye que la ignorancia del comprador determinó un error esencial y que respecto de él:

«(...) concurre el requisito de la excusabilidad. Es cierto que el comprador Sr. Gaspar se hallaba en disposición de poder eliminar el error y existía la facilidad de acceso a la información, pero, además de que el error fue provocado por una reticencia dolosa de la parte vendedora que no puso en su conocimiento la realidad del debate litigioso con Inmobiliaria Lerma, S.A. haciendo creer al comprador que solamente se discutía la elevación a escritura pública de un documento privado, concurren una serie de circunstancias que justifican la confianza suscitada en el comprador para no preocuparse por el alcance de lo que se debatía en el juicio (...).»

Pues bien, lo que puede inducirse a partir de las sentencias citadas es que en el momento de evaluar la excusabilidad del error, es necesario considerar tanto la conducta del *errans* o del *deceptus* como la de la otra parte. Las personas deben ser diligentes en sus negocios y, por lo mismo, procurarse la información necesaria, sin embargo, existen circunstancias en las cuales una parte puede confiar razonablemente en que la otra le suministrará la información necesaria. En dichas circunstancias la confianza razonable justifica la imposición de un deber precontractual de informar.

Estas consideraciones acerca de la protección de la confianza que pueden inducirse seminalmente a partir de las sentencias del Tribunal Supremo, encuentran un amplio asidero en el Derecho comparado. Así, por ejemplo, en el ámbito alemán se ha señalado que uno de los factores que, generalmente, se utiliza para derivar de la buena fe DPI es la existencia de una relación de confianza⁶². Algo similar sucede en el derecho francés, en el cual, la doctrina más autorizada señala como excepción a la carga de procurarse la propia información la existencia en la otra parte de una confianza

⁶² Ver MARKESINIS, B., UNBERATH, H. y JOHNSTON, A., *The German Law of Contract. A Comparative Treatise*, 2.ª ed., Hart Publishing, Portland, 2006, pp. 308-310.

justificada⁶³. Finalmente, pese a su renuencia ante a la imposición de deberes precontractuales de informar⁶⁴, la existencia de una relación de confianza entre las partes constituye una conspicua excepción en los países del *common law* en los cuales se ha desarrollado con mayor intensidad la vinculación entre las relaciones de confianza y los deberes precontractuales de informar⁶⁵.

*

Los párrafos anteriores muestran que, frente a casos difíciles no es posible acudir inmediatamente a consideraciones de eficiencia para zanjar el asunto. Primero es necesario determinar si una de las partes puede confiar legítimamente en que la otra le proporcionará información. La pregunta que surge entonces es cómo determinar si la confianza de una parte se encuentra protegida o no.

No existe una respuesta única a esta pregunta, sino, más bien, criterios que contribuyen a disciplinar el carácter inevitablemente vago de la respuesta. Así, por ejemplo, en el derecho francés, Ghestin ha sugerido que la legitimidad de la confianza puede explicarse por tres factores: la naturaleza del contrato, las cualidades de las partes, y las informaciones entregadas por la otra parte⁶⁶. Tratándose del derecho inglés, Treitel considera que existen ciertas relaciones en las que se presume una confianza legítima. Algunos supuestos son las relaciones entre padres e hijos, tutores y pupilos,

⁶³ GHESTIN, *Traité*, p. 634

⁶⁴ Ver, por ejemplo, WHITTAKER, S. y ZIMMERMAN, R. [«Good Faith in European contract law: surveying the legal landscape», en Id. (edits.), *Good Faith in European Contract Law*, Cambridge University Press, 2000 pp. 18-47]; PROBST, T. [«Deception», en von Mehren, A. (ed.), *International Encyclopedia of Comparative Law*, v. VII, Contracts in General, parte 2, Mohr Siebeck y Martinus Nijhoff Publishers, Tubinga, 2008, p. 98]. ZWEIGERT, K. y KÖTZ, H., (*An Introduction to Comparative Law*, 3.^a ed., trad. T. Weir, Oxford University Press, Nueva York, 1998, pp. 424-426) comparando la situación de la omisión de entrega de información en el derecho alemán, en el francés y en el *common law*, advierten el carácter más estricto de este último frente a los dos primeros; BEALE, H., HARTKAMP, A., KÖTZ, H. y TALLON, D. (*Contract Law*, Hart, Oxford, 2001, p. 410), comparando los ordenamientos jurídicos de Francia y Alemania con los del *common law*; MARKESINIS, et al. (*The German Law*, pp. 306-311) comparando el derecho inglés y el alemán, señalan la general negativa del primero y la solución a través de las exigencias de la buena fe en el segundo; SEFTON GREEN («General Introduction», en Id., *Mistake, Fraud and Duties to Inform in European Contract Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2005, p. 24) afirma que los países del *civil law* adoptan una posición más liberal a este respecto que los del *common law*; en el mismo sentido, VAN ERP, S., *The Code*, 2.^a ed., Kluwer Law International, Nijmegen, 1998, p. 213; y VAN ROSSUM, («The Duty of Disclosure: Tendencies in French Law, Dutch Law and English Law; Criteria, Differences and Similarities between the Legal Systems», *Maastricht J. Eur. & Comp. L.*, vol. 7, 2000», pp. 300-325), compara el derecho inglés, el francés y el holandés.

⁶⁵ Ver, por ejemplo, SMITH, *Atiyah's Introduction to the Law of Contract*, 6.^a ed., Clarendon Press, Oxford, 2005., p. 249 y TREITEL, G., *The Law of Contract*, 11.^a ed., Thomson Sweet & Maxwell, Londres, 2003, p. 408.

⁶⁶ GHESTIN, *Traité*, pp. 634 ss.

consejeros espirituales y discípulos, médicos y pacientes, y abogados y clientes⁶⁷. Finalmente, en el derecho estadounidense, la relación de confianza o fiduciaria tiene lugar toda vez que una de las partes cree, razonablemente, que la otra está preocupada de tutelar sus intereses (los de la primera)⁶⁸. Así, los tribunales han reconocido la existencia de relaciones fiduciarias en las relaciones entre empleador y empleado, relaciones que surgen entre hermanos, cónyuges, novios, padre e hijo, abogado y cliente, empleado de sociedades (*officers of the corporation*) y sus accionistas, compradores conjuntos, copropietarios vendiendo la propiedad, socios, siquiatra y paciente, rabino y su congregación, y mandatario y mandante⁶⁹.

Junto con estas «relaciones de confianza», hay supuestos en los cuales sin existir una relación entre las partes que haga presumir la existencia de un nivel especial de confianza, es posible desprender dicha confianza de la facticidad de la relación pues, como muestran las SSTs citadas anteriormente una de las partes, de alguna manera, induce a la otra a fiarse de una cierta conducta o apariencia⁷⁰.

Finalmente, en mi opinión, con independencia de cuál sea la relación entre las partes, las funciones económico-sociales que se busca satisfacer a través de la contratación parecen exigir que se proteja un determinado «umbral mínimo de confianza». Así, por ejemplo, parece correcto afirmar que cada contratante puede confiar razonablemente, al menos, en que se le suministrará información respecto a la existencia de causas de invalidez que puedan afectar al contrato⁷¹ e información acerca de circunstancias ya existentes en el momento de la celebración del contrato que modifiquen negativamente las presuposiciones de éste en términos de configurar un incumplimiento⁷².

⁶⁷ TREITEL, *The Law of Contract*, p. 408.

⁶⁸ Ver CALAMARI, J. y PERILLO, J., *Contracts*, 3.ª ed., Westpublishing Co. Minnesota, 1987, p. 370.

⁶⁹ Ver PALMERI, «Good Faith Disclosure» p. 127.

⁷⁰ Ver pp. 1705-1707 Sobre este tipo de supuestos puede consultarse TREITEL, *The Law of Contracts*, p. 413. Algunos ejemplos en SMITH, *Atiyah's Introduction*, p. 286.

⁷¹ La doctrina española parece encontrarse de acuerdo en que las exigencias de la buena fe imponen a las partes informarse recíprocamente sobre la existencia de causas de nulidad del contrato. Así, por ejemplo, se ha señalado que en el deber precontractual de informar se comprenden fundamentalmente las causas de nulidad. Ver ALONSO PÉREZ, *La responsabilidad*, pp. 907-908. Ver también ASÚA GONZÁLEZ, *La culpa in contrahendo*, p. 262; GARCÍA RUBIO, *La responsabilidad precontractual*, p. 187, GÓMEZ CALLE, *Los deberes precontractuales*, pp. 101-116. Por su parte, VERDA Y BEAMONTE («La reticencia», p. 12) señala, en términos más amplios, que:

«... el principio de la buena fe, durante los tratos preliminares y al tiempo de la conclusión del contrato, impone a las partes contratantes el deber de informarse recíprocamente de la existencia de las causas de invalidez negocial, conocidas o reconocibles mediante el uso de una regular diligencia.»

⁷² Para comprender esto último es importante señalar que la mayoría de las sentencias citadas en este trabajo en las que se declara la nulidad del contrato por error o dolo muestran

2. *El principio de autorresponsabilidad*

En general, se acepta tanto por los autores⁷³ como por los tribunales⁷⁴ que las partes deben comportarse responsablemente durante la negociación de un contrato. La idea es que como corolario de la libertad que el ordenamiento jurídico concede a las personas de vincularse a través del ejercicio de la autonomía privada, también las hace responsables de los efectos de sus actos⁷⁵. Conviene, sin embargo, formular una precisión, pues se puede ser responsable en, al menos, dos sentidos distintos⁷⁶. De una parte, frente a terceros, en cuyo caso, la responsabilidad se traduce en una obligación de indemnizar los perjuicios causados. De otra parte, se puede ser responsable en el sentido de que las declaraciones de voluntad que emite una persona le son imputables. A este segundo sentido puede denominársele «autorresponsabilidad»⁷⁷ y, en sede de negociacio-

que aquello de lo que no se informó afectaba negativamente al contenido del contrato, en términos tales que determinaba su incumplimiento. Así sucede, por ejemplo, en aquellos casos en los que no se informó de que el local no podía destinarse a supermercado, o que el trastero no era legalmente habitable, o que el bar no tenía licencia de apertura o, finalmente, la imposibilidad de edificar en un terreno. En todos estos casos, la circunstancia que se omitió informar repercute negativamente sobre las presuposiciones del contrato –es decir, los motivos que se encuentran incorporados en su contenido–. Una presuposición del contrato de compraventa de local comercial era que éste podía destinarse a supermercado, aquello que no se informó es que ese destino no era legalmente posible; otra presuposición es que el trastero era legalmente habitable, lo omitido es que no lo era ni podía serlo; por último, otra presuposición es que el bar tenía todas sus licencias al día, la verdad es que no las tenía.

A partir de estos ejemplos, es posible deslindar una regla según la cual debe suministrarse toda aquella información de la que se dispone que recaiga sobre circunstancias que modifiquen negativamente las presuposiciones del contrato en términos de configurar su incumplimiento. Lo contrario –esto es, mantenerse en silencio respecto de dichas circunstancias que se conocen– parece un ejemplo palmario de mala fe. En definitiva, en todos estos casos el objeto entregado no es el previsto en el contrato, no es útil para satisfacer el interés contractual del acreedor.

⁷³ Ver, por todos, CARIOTA FERRARA, L., *El negocio jurídico*, trad. M. Albaladejo, Aguilar, Madrid, 1959, p. 53; BETTI, E., *Teoría general del negocio jurídico*, 2.ª ed., trad. A. Martín Pérez, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1959, p. 326; CASTRO Y BRAVO, F. de, *El negocio jurídico*, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1971, p. 116, refiriéndose al «principio de responsabilidad negocial», que exige: «valorar la buena fe de la conducta y el modo de cumplir según ella los deberes de informar y de informarse»; y ALBALADEJO, M., *Derecho civil*, t. I, *Introducción y parte general*, 17.ª ed., Edisofer, Madrid, 2006, p. 622.

⁷⁴ Especialmente respecto del error. Así, por ejemplo, las SSTs de 18 de febrero de 1994 (RJ 1994, 1096) y de 6 de febrero de 1998 (RJ 1998, 408) refiriéndose al «principio de autorresponsabilidad».

⁷⁵ Sobre esta idea puede consultarse BETTI (*Teoría general*, p. 125) quien ha sugerido que «[t]oda la dialéctica del negocio jurídico se apoya sobre esta antinomia entre libertad, que es antes, y autorresponsabilidad que viene después». Una idea, por lo demás, antigua: «*Contractus ab inito est voluntas, ex post facto necessitatis*».

⁷⁶ CARIOTA FERRARA, L., *El negocio jurídico*, p. 53. Ver, también, PIETROBON, V. (*El error en la doctrina del negocio jurídico*, trad. M. Alonso Pérez, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1971, pp. 268-269), relacionando, en sede de error, la autorresponsabilidad.

⁷⁷ El principio de autorresponsabilidad ha sido reconocido por el STS de 15 de noviembre de 2006 (RJ 114, 2006, pte. Excmo. Sr. D. C. Auger Liñán, FD 3) como esencial en los siguientes términos:

nes de un contrato, significa que, bajo ciertas condiciones, la persona que celebra un contrato debe «sufrir los efectos del negocio que realiza»⁷⁸, aun cuando no los desee.

La relación entre el principio de autorresponsabilidad y los DPI es evidente, como ha sugerido Díez-Picazo, una de las premisas claras desde donde debe arrancar la investigación de los deberes de información es «que corresponde a cada parte el deber de buscar la información»⁷⁹. Se trata de una opinión compartida, generalmente, por la doctrina española⁸⁰ y comparada⁸¹. Por su parte, el Tribunal Supremo ha señalado, en reiteradas ocasiones, que la buena fe no sólo impone el deber de informar, sino, además, el de informarse⁸². Lo que parece querer decir con dicha afirmación es que «cada parte debe informarse de las circunstancias y condiciones que son esenciales o relevantes para ella»⁸³. En caso contrario, se le imputan los

«El artículo 1281 del Código Civil recoge y proclama las grandes normas de la hermenéutica (*sic*) contractual que se pueden resumir en tres principios esenciales como son: el principio de tomar en cuenta la voluntad común de las partes contratantes; el principio de la autorresponsabilidad (*sic*) de dichas partes contratantes; y el principio de la confianza, buena fe en ellas.»

Ver también el fundamento de derecho tercero de la STS de 18 de febrero de 1994 (RJ 1994, 1096, pte. Excmo. Sr. D. L. Martínez-Calcerrada y Gómez) y el fundamento de derecho cuarto de la STS de 20 de diciembre de 2001 (RJ 2001, 352, pte. Excmo. Sr D. P. González Poveda).

⁷⁸ CARIOTA FERRARA, L., *El negocio jurídico*, p. 53.

⁷⁹ Díez-PICAZO, *Fundamentos*, I, p. 312.

⁸⁰ Ver, por ejemplo, GÓMEZ CALLE (*Los deberes precontractuales*, p. 89) advirtiendo que «[l]a ignorancia de uno de los contratantes puede quedar justificada por la imposibilidad o gran dificultad de obtener por sí solo la información precisa» (itálicas en el original). *Contrario sensu*, si no hay imposibilidad o gran dificultad de conseguir la información, la ignorancia será ilegítima. Por su parte, LLOBET I AGUADO (*El deber de información*, p. 111), señala que: «la obligación de información aparecerá cuando desaparezca la carga de informarse».

⁸¹ Así, por ejemplo, incluso un autor especialmente atento a las relaciones entre derecho y moral como RIPERT, G. (*La règle morale dans les obligations civiles*, LGDJ, París, 1949, p. 89) ha señalado que en el contrato «Chacun est le gardien de ses propres intérêts et doit par conséquent se renseigner lui-même». En el mismo sentido, JOURDAIN, P., «Le devoir de “se” renseigner», *Dalloz*, 1983, *Chron.* p. 139.

La misma idea puede encontrarse en la doctrina alemana en las opiniones de VON THUR (*Derecho civil. Teoría general del derecho civil alemán*, vol. II, *Los hechos jurídicos*, trad. T. Ravá, Marcial Pons, Madrid, 2005, p. 544) y MARKESINIS, et al. (*The German Law*, pp. 130 y 307) cuando advierten que en el comercio cada cual debe cuidar de sus propios intereses.

Sobre esto también pueden consultarse algunas de las iniciativas de soft law consideradas. Así, por ejemplo, el artículo 4:107 (*Fraud*) de los PECL establece que uno de los factores que debe tomarse en consideración para determinar si la buena fe exige suministrar información es: «whether the other party could reasonably acquire the information for itself». Por su parte, el artículo 2:102 (*Devoir d'information*) del *Projet de Cadre* comienza señalando: «Il appartient en principe à chacune des parties au contrat de se renseigner sur les conditions de sa conclusion».

⁸² Así, en las SSTs de 4 de enero de 1982 (RJ 1992, 179. Pte. Excmo. Sr. D. J. de Castro CDO 5) y 13 y 22 de mayo de 2006 (ver supra nota 88) se lee: «pues si el adquirente tiene el deber de informarse, el mismo principio de responsabilidad negocial le impone al enajenante el deber de informar».

⁸³ Ver STS de 18 de febrero de 1994 (RJ 1994, 1096) Ponente: Excmo. Sr. D. L. Martínez-Calcerrada y Gómez, FD 8.

efectos de su declaración, aún cuando ésta haya quedado determinada por un error.

La idea, entonces, es ésta: uno de los principios sobre los que se estructura el derecho de contratos es que cada una de las partes debe comportarse diligentemente y, en lo que interesa aquí, procurarse su propia información. En caso contrario, debe soportar los costes de su equivocación.

La plausibilidad de esta solución reposa, sin embargo, sobre el hecho de que la información haya sido accesible para quien la ignoraba. Así, según ya ha quedado dicho, el Tribunal Supremo ha señalado que cada parte debe procurarse su propia información, pero, en numerosas ocasiones, añade a ello: «en los casos en que tal información le es fácilmente accesible»⁸⁴. De esta manera, la pregunta hacia la cual reconduce la autorresponsabilidad es bajo qué condiciones se entiende que la información era accesible para aquella parte que la ignoraba.

*

Si no existe un grado de confianza suficiente que justifique la imposición de un deber precontractual de informar, la regla es el *caveat emptor*. Esto, siempre y cuando la información sea accesible. Como sucede con las consideraciones de confianza, cuándo resulte accesible la información no es algo que se pueda contestar totalmente al margen de las peculiaridades del contexto en el que se formula la pregunta, sin embargo, una vez más, es posible avanzar algunas directrices.

En primer lugar, existen ciertos supuestos en los que las personas deciden asumir el riesgo de su error⁸⁵. En ese contexto, eviden-

⁸⁴ Ver, por ejemplo, STS de 18 de febrero de 1994 (ver supra nota 15 FD 8), señalando que «cada parte debe informarse de las circunstancias y condiciones que son esenciales o relevantes para ella en los casos en que tal información le es fácilmente accesible», en el mismo sentido, STS de 23 de julio de 2001 (RJ 2001,8413) Ponente: Excmo. Sr. D. A. Gómez Lorenzo y de 12 de julio de 2002 (RJ 2002,7145) Ponente: Excmo Sr. D. A. Romero Lorenzo, ambas utilizando el mismo pasaje citado.

Este pasaje ha sido también generosamente reproducido por las Audiencias Provinciales. Ver, por ejemplo: SAP de Castellón de 23 de junio de 2006 (AC 2006,1610), SAP de Cantabria de 25 de octubre de 2005 (JUR 2006,1816), SAP de Bizkaia de 29 de abril de 2005 (AC 2005,1525), SAP de Sevilla de 22 de abril de 2005, (JUR 2005,138060), SAP de Tarragona de 5 de abril de 2005 (JUR 2005,172706), SAP de Zaragoza de 2 de diciembre de 2004 (AC 2005,347), SAP de Madrid de 28 de julio de 2004 (JUR 2004,233081), SAP de Sevilla de 8 de octubre de 2003 (JUR 2003,276152), SAP de Málaga de 3 de abril de 2003 (JUR 2003,238722), SAP de Burgos de 31 de diciembre de 2002 (JUR 2003,44358), SAP de Toledo de 4 de junio de 2002 (JUR 2002,228812), SAP de Zaragoza de 20 de junio de 2000 (JUR 2000,272927), SAP de Córdoba de 22 de noviembre de 1999 (AC 1999,2096), y SAP de Ciudad Real de 3 de mayo de 1999 (AC 1999,5400).

⁸⁵ Así sucede, por ejemplo, tratándose de la «ignorancia consciente» (*conscious ignorance*). Se trata de un supuesto que ha recibido especial atención en el derecho estadounidense. Una mirada al *Restatement (Second) of Contracts* y al *Restatement (Third) of*

temente, el hecho de que la información no haya sido accesible en términos razonables pierde relevancia. En segundo lugar, los tribunales españoles se han servido de múltiples factores para determinar la diligencia de quien padece un error que pueden resultar útiles aquí. Así, por ejemplo, la condición de experto o profesional de quien padece el error⁸⁶, el asesoramiento de expertos⁸⁷, la senci-

Restitution muestra que si una parte concluye una negociación consciente de su ignorancia, generalmente deberá soportar el riesgo de cometer un error. Refiriéndose a estas reglas FARNSWORTH (*Alleviating Mistakes. Reversal and Forgiveness for Flawed Perceptions*, Oxford University Press, 2004, p. 37) ha señalado que:

«There is a difference between just not knowing something and being aware that one not knows something. If one is aware of one's ignorance as to the pertinent facts, the doctrine of conscious ignorance steps in and denies reversal if one decides to act on the basis of such limited knowledge.»

Un caso contribuirá a explicar el uso de esta doctrina. En *Nelson v. Rice* (12 P.3d 238 Ariz. Ct. App. 2000), un tribunal de apelaciones conoció de la venta en pública subasta de los bienes de una mujer muerta, realizada por sus albaceas. Dichos albaceas contrataron a un tasador para que evaluara los bienes que conformaban el patrimonio de la mujer, entre dichos bienes había dos cuadros respecto de los cuales el tasador les advirtió que no era experto en arte y que no podía valorarlos adecuadamente. No obstante esto, sin contratar un nuevo tasador, los bienes fueron subastados según la tasación inicial. Los dos cuadros eran de autoría de Martin Jonson Heade, un famoso pintor del siglo XIX y fueron adquiridos por un precio de 60 dólares por una persona que detectó la similitud de la firma de ellos con la firma del famoso pintor y luego los revendió por 1.072.000 dólares. La Corte de Apelaciones de Arizona no dio lugar al error invocado por los vendedores toda vez que consideró que ellos habían asumido el riesgo de su ignorancia al no contratar a otro tasador experto en arte.

En casos como el descrito, el problema no es exactamente si la parte que ignoraba la información podría haber accedido o no a ella en términos razonables, sino más bien que, con plena conciencia de su ignorancia, decide celebrar un contrato. No existiendo un nivel especial de confianza entre las partes, ni estando la información comprendida dentro del umbral mínimo de confianza, parece ser que el riesgo de la ignorancia debe asignarse a quien opta por ella.

⁸⁶ La STS de 9 de abril de 1980 (RJ 1980, 1411) Ponente: Excmo Sr. D. J. Santos Briz estima que «no es excusable un error de superficie como el alegado, que demuestra en ellos una diligencia impropia de un ordenado constructor». La STS de 9 de octubre de 1981 (RJ 1981, 3595. Pte. Excmo. Sr. M. González Alegre y Bernardo), dispone que la excepcionalidad del error impide su invocación «cuando éste pudo ser evitado con tan sólo la más normal diligencia, más exigible en supuestos como el presente en el que se trata de personas peritas, conocedoras del negocio». La STS de 12 de julio de 2002, ya citada, conoce del caso de una compraventa judicial donde los compradores alegan haber cometido un error sobre la cosa que los llevó a valorarla en un precio más de cinco veces superior a su valor real (aparentemente el error se refirió a una edificación que los compradores creyeron que se encontraba en la propiedad y que, en realidad no existía). El TS comparte la opinión del tribunal de instancia según la cual:

«(...) teniendo en cuenta la habitual participación de la recurrente en operaciones como la que pretende invalidarse, concurrían en ella determinados conocimientos que le imponían una comprobación exhaustiva.»

Finalmente, la STS de 17 de febrero de 2005 (RJ 2005,1680) Ponente: Excmo. Sr. D. A. Romero Lorenzo declara inexcusable el error cometido por una editorial sobre el contenido normativo de un contrato de impresión, argumentando que la editorial se dedicaba habitualmente a la publicación y distribución de obras.

⁸⁷ La STS de 4 de diciembre de 1990 (RJ 1990, 9546. Pte. Excmo. Sr. D. J. Santos Briz FD 2), dedica una parte significativa de su fundamento de derecho segundo a determinar si el error sobre el contenido de un contrato de compraventa que alegaron unos extranjeros que no hablaban español era o no excusable. Sobre esto se señala:

llez en el acceso a la información⁸⁸, o algunas circunstancias personales de las partes⁸⁹. En tercer lugar, parece aconsejable comparar las respectivas posiciones de las partes para determinar si el acceso a la información era simétrico o asimétrico⁹⁰. Finalmente, parece conveniente prestar atención al hecho de que aún cuando una parte no pueda acceder directamente a la información, pueda hacerlo a través de la negociación⁹¹.

«No se puede alegar error si se hubiese podido evitar con una normal diligencia, por lo que el que haya omitido tal diligencia no puede invocar haber incurrido en error para anular la declaración, máxime cuando en el contrato, como se demostró, intervino un letrado que asesoró a los contratantes en lo relativo a los requisitos jurídicos.»

La STS indica que ésta es una doctrina deducida de las SSTS de 14 de junio de 1943, 8 de mayo de 1963, 25 de mayo y 15 de junio de 1983.

La STS de 24 de enero de 2003 (RJ 2003, 1995. Pte. Excmo. Sr. D. J. de Asís Garrote, FD 3) recae sobre una partición hereditaria donde se alegó un error padecido por los demandantes al dar su consentimiento determinados por una equivocación en los cálculos realizados por el contador dirimente sobre la superficie de unas casas. El TS estimó que el error era inexcusable pues «con un medio estudio de [los planos], el error claramente se hubiera puesto de manifiesto, a lo que hay que añadir que los recurrentes, estuvieron siempre aconsejados y asistidos por su dirección letrada».

⁸⁸ La STS de 25 de enero de 1996 (RJ 1996,318. Pte. Excmo. Sr. D. A. Villagómez Rodil, FD 1) conoce de un error alegado a propósito de un contrato de arrendamiento de un local. La arrendataria sustenta su demanda en que la superficie del local no correspondía a la estipulada en el contrato y en el hecho de que el local carecía de algunas obras de terminación. En una curiosa argumentación el TS señala que «se desvanece la condición de esencialidad del error (...) al tratarse de situación fácilmente evitable, mediante el empleo de una mínima diligencia». Esa mínima diligencia consistía en haber medido el local o bien observarlo con cuidado –la arrendataria inspeccionó el local antes de celebrar el contrato– para percatarse de su estado. La STS de 30 de abril de 2002 (RJ 2002,4796. Pte. Excmo. Sr. D. A. Villagómez Rodil) conoce de la alegación de la existencia de error en el aumento de capital de una sociedad a través de la aportación unas fincas. Se señala que una de las fincas se incluyó por error. El TS advierte en el fundamento de derecho único de la sentencia que:

«[el error] se les ha de imputar [a quienes lo padecieron] en razón del deber que tenían de informarse de las circunstancias referentes a la situación de las fincas, lo que resulta relevante, tratándose de información de la que disponían.»

⁸⁹ La STS de 15 de julio de 1987 (sn 146), sobre dolo que vicia el consentimiento, que toma en consideración que la parte engañada «es de nacionalidad portuguesa, es mujer de avanzada edad y viuda desde hace muchos años. Vive sola y carente de ambiente y afecto familiares.» La STS de 14 de febrero de 1994 (sn 50) considera excusable el error del comprador de un bar que carecía de la documentación suficiente poniendo atención, aparentemente, en el bajo nivel de instrucción del comprador al señalar en su fundamento de derecho séptimo que era «un pintor de brocha gorda de profesión». Finalmente, la SAP de Salamanca de 26 de febrero de 2007 (JUR 2007,254071) toma en cuenta, para justificar la excusabilidad del error de unos vendedores que incluyeron en la escritura un bien que no deseaban vender, el hecho de que todos eran de muy avanzada edad, alguno de ellos de más de ochenta años.

⁹⁰ Ver, por ejemplo, GHESTIN, *Traité*, pp. 625 ss.; FABRE-MAGNAN, *De l'obligation d'information*, pp. 199 ss.; KRONMAN, *Mistake, Disclosure*, p. 4; POSNER, *Economic Analysis of Law*, p. 90; RUDDEN, *Le juste et l'inefficace*, p. 96; JOURDAIN, *Le devoir*, p. 138; SCHÄFER y OTT, *Manual*, p. 324; Díez-PICAZO, *Fundamentos*, I, p. 312; GÓMEZ CALLE, *Los deberes precontractuales*, p. 89, y PÉREZ GARCÍA, *La información*, pp. 173-176.

⁹¹ Es posible que la parte ignorante pueda acceder a la información a través de técnicas de negociación comúnmente aceptadas (Ver NORTON, E., *Bargaining and the Ethics*, p. 532), por ejemplo –la más evidente de todas–, a través de preguntas, o bien, en el caso de un contrato de compraventa, estableciendo un pacto de retroventa. Cuando es posible acceder a la información a través de la negociación no hay razón para imponer un deber precontractual de informar, pues la información puede ser extraída de la propia negociación. En

3. Primacía

La confianza precede a la autorresponsabilidad. Ambas priman sobre las consideraciones de eficiencia.

Con respecto a lo primero –la primacía de la confianza sobre la autorresponsabilidad–, la razón es bastante obvia cuando se trata de DPI en los que una de las partes conoce la información y la otra la ignora. La utilización del principio de autorresponsabilidad involucra la posibilidad de formular un juicio de reproche a la parte ignorante: no se informó *debiendo* hacerlo⁹². Sin embargo, tal y como lo entiende la doctrina en general, la existencia de un nivel suficiente de confianza entre las partes funciona justificando la ignorancia de una de ellas, esta razón, en el espacio que ocupa la confianza el principio de autorresponsabilidad se queda sin juego, de ahí que las consideraciones de confianza priman por sobre el principio de autorresponsabilidad.

En lo que se refiere a la primacía de las consideraciones de confianza y autorresponsabilidad sobre las consideraciones de eficiencia. La razón que justifica la primacía de las primeras sobre las segundas tiene que ver con el hecho de que la relación contractual, tal y como está diseñada en el derecho privado, es, fundamentalmente, una relación entre partes, de manera que los argumentos válidos en dichas relaciones se refieren, generalmente, o bien a las partes individualmente consideradas o bien a su interacción. Si se acepta esto, es sencillo concluir que la introducción de consideraciones de eficiencia –que no atienden a la interacción de las partes en la relación contractual, sino a consideraciones de bienestar social– únicamente puede tener lugar en los intersticios que dejan aquellas consideraciones que atienden a la interacción de las partes, de otra manera –si se prefiriera las consideraciones de eficiencia– simplemente se desnaturalizaría el carácter de derecho privado de los contratos⁹³.

C) Los intersticios de la confianza y la autorresponsabilidad: casos realmente difíciles

Tiempo de una pequeña recapitulación. Un caso difícil es aquel respecto del cual no existe una respuesta preprogramada por el ordenamiento jurídico. Para estos efectos, se trata de un supuesto

situaciones como esas, las partes poseen suficientes recursos endógenos para protegerse a sí mismas sin necesidad de intervención del legislador o del juez (COLEMAN, et al., *Bargaining Theory*, p. 698).

⁹² En términos más técnicos la pregunta en torno a la cual se desenvuelve el principio de autorresponsabilidad es si la parte ignorante tiene o no la carga de informarse.

⁹³ Un poderoso argumento al respecto en WEINRIB, J., *The Idea of Private Law*, Harvard University Press, Cambridge, 1995, pp. 1-21.

en el que la pregunta acerca de si se debe o no informar, no queda respondida a través de un DPI típico. Frente a este tipo de supuestos no es posible –en mi opinión– acudir inmediatamente a consideraciones de eficiencia. Es necesario determinar, en primer lugar, si existió entre las partes un nivel de confianza que justifique la imposición del deber. Si existió dicho nivel, éste es suficiente para fundamentar la imposición del deber de informar, al margen de lo que aconsejen las consideraciones de eficiencia. Si no existió dicha confianza, entonces es necesario determinar si la parte ignorante se comportó con la diligencia debida, lo cual precisa examinar si la información era o no accesible. Si era accesible, la declaración de voluntad es imputable a quien la formuló, aún cuando haya quedado determinada por un error. Una vez más las consideraciones de eficiencia –al menos productiva– no parecen relevantes.

La pregunta que resta es qué sucede si no existe confianza y la información no es accesible para quien la ignora. Este es un caso «realmente difícil» y es en esta especie de supuestos cuando las consideraciones de eficiencia prestan, en mi opinión, su mejor servicio en la concreción de las exigencias de la buena fe.

En las páginas que restan me ocuparé de dos tareas. La primera consiste en ilustrar, a través de un ejemplo, un caso realmente difícil. La segunda tarea es explicar y justificar el uso de consideraciones de eficiencia en dicho caso.

1. *El ejemplo*

En términos muy sencillos, los hechos del caso son los siguientes: una persona sin especiales conocimientos en la materia vende, en una subasta pública, a un profesional cincuenta fotografías de un prestigioso fotógrafo (Baldus) por un precio unitario de mil francos franceses⁹⁴. Un tiempo después, la misma vendedora ofrece, privadamente, otro lote de fotografías al mismo comprador y por el mismo precio. La vendedora ignora que se trata de fotografías de Baldus y el precio que cobra por ellas no se aproxima, ni remotamente, a su valor de mercado⁹⁵. El comprador, desde luego, conocía la autoría de las fotos.

⁹⁴ Tomo la narración de los comentarios de MESTRE, J. y FAGES, B. sobre sentencias judiciales recaídas sobre materia de obligaciones y contratos especiales, en *RTDC*, 2000, pp. 566-568. Un análisis del caso en SEFTON-GREEN, R., «Duties to Inform versus Party Autonomy: Reversing the Paradigm (from Free Consent to Informed Consent)? – A Comparative Account of French and English Law», en Howells, G., Janssen, A. y Schulze, R. (eds.), *Information Rights and Obligations. A Challenge for Party Autonomy and Transactional Fairness*, Ashgate, 2005, p. 182.

⁹⁵ El comprador revendió el primer lote en dos millones de francos.

Una vez que la vendedora se entera del verdadero valor de las fotografías solicita la anulación del segundo contrato de compra-venta por dolo del comprador, consistente en no haberle informado acerca de la autoría de las fotografías. La Corte de Apelaciones de París consideró que la falta de lealtad de la conducta del comprador justificaba la anulación del contrato por dolo. Posteriormente, la Corte de Casación estimó que el comprador no tenía el deber de informar al vendedor de que las fotografías eran de un prestigioso artista, por lo que desestimó la alegación de dolo.

2. *Ni confianza ni autorresponsabilidad*

El caso descrito en el epígrafe anterior ilustra una situación en la cual no existe una confianza entre las partes que proteger ni es posible reprochar negligencia a la vendedora por su ignorancia.

Comienzo explicando por qué no existe confianza. La información en cuestión se refiere a la autoría de las fotografías, no se trata, entonces, de información que quede cubierta por el umbral mínimo de confianza. Tampoco existe una relación de confianza entre las partes, en términos tales que la vendedora pudiera fiarse de que, de conocer la información, el comprador se la suministraría. Para advertir por qué no existe dicha confianza, es necesario poner de relieve que se trata de información sobre la prestación de la vendedora y, además, información que aumenta el valor de dicha prestación⁹⁶.

⁹⁶ En la doctrina existe una cierta tendencia a considerar que tratándose de información que aumenta el valor no debe imponerse un deber de informar (Ver FABRE-MAGNAN, *De l'Obligation d'information*, pp. 151 ss; EISENBERG, «Disclosure in Contract Law», p. 1.676; VILLA, G., «Errore riconosciuto, annullamento del contratto ed incentivi della ricerca di informazione», *Quadrimestre*, n.º 1, 1988, pp. 286-300; VERDA Y BEAMONTE, «La reticencia», p. 17; y, con menor entusiasmo, GÓMEZ CALLE, *Los deberes precontractuales*, p. 137). Existen múltiples argumentos para defender esta solución, algunos de ellos relacionados con consideraciones de eficiencia, otros, con el hecho de que la parte a la cual se le informa obtiene una ganancia inmerecida. Con respecto a las consideraciones de eficiencia, existen razones que se explican desde los desincentivos que produciría una regla que impusiera el deber de informar a quien tiene información que aumenta el valor de la otra prestación. Así, por ejemplo, se ha señalado que en estos casos la imposición de un deber de informar desincentivaría a celebrar el contrato a quien tiene la información (ver FABRE MAGNAN, «Duties of Disclosure», p. 115). El problema de los desincentivos no solo puede ser considerado desde la parte que tenía la información, sino además desde la de quien la ignora. Así, si el negociante que ignora la información sabe que de existir ésta, y teniéndola la otra parte, deberá suministrársela, no existe razón para que él invierta en conseguir por sí mismo esa información. A ello se añade que, en general, cuando se trata de información sobre la propia prestación quien está en mejores condiciones de conseguir la información es precisamente quien se obligó a la prestación (ver *Loc. cit.*).

Respecto de las ganancias inmerecidas, puede defenderse la inexistencia de un deber de informar en los supuestos de información que aumenta el valor desde el enriquecimiento que experimentaría la parte ignorante en el caso de que el contrato se anule, o se le indemnice de alguna manera. Esta crítica ha sido avanzada, entre otros, por RAMSAY («The Buyer-Seller Asymmetry: Corrective Justice and Material Non-Disclosure», *University of Toronto Law Journal*, vol. LVI, n.º 1, 2006, p. 115) a propósito del contrato

Para que una parte confíe razonablemente en que la otra le suministrará esa información en caso de conocerla, la relación de confianza debe ser extremadamente intensa y, en este caso, ciertamente, no lo era.

¿Qué sucede respecto de la autorresponsabilidad? La pregunta que se plantea aquí es si la información en cuestión (la autoría de las fotografías) era accesible para la vendedora en términos razonables. Para hacerse cargo de esta pregunta conviene distinguir si dicha información era directamente accesible o bien podía accederse a ella a través de la negociación.

Respecto del acceso directo a la información, es importante advertir que la vendedora no era una profesional, que no negoció asesorada por expertos y que, aparentemente, la información no era fácilmente accesible. Después de todo, de haberlo sido, probablemente, las fotografías habrían alcanzado un precio más alto en la subasta. Respecto del acceso a través de la negociación, es cierto que, la compradora podría haberle preguntado al vendedor por qué le interesaban las fotografías, pero, es necesario advertir que fue ella quien se las ofreció, por lo tanto no tenía motivos para pensar que el comprador estuviera especialmente interesado en ellas.

Pues bien, si no existe una confianza que proteger, ni una falta de diligencia que reprochar. La pregunta que surge entonces es qué intereses es necesario considerar para determinar si la conducta del comprador es o no dolosa o, formulada de otra manera la pregunta, si el comprador tiene o no un DPI.

3. *El uso de consideraciones de eficiencia*

En abstracto, frente al uso de consideraciones de eficiencia en cuanto argumento propio del discurso jurídico, es posible emprender dos tareas distintas. La primera de ellas consiste en evaluar la pertinencia de la utilización de dichos argumentos⁹⁷. La otra tarea es intentar organizar la convivencia de consideraciones de eficiencia con otras que, históricamente, han sido más afines al discurso jurídico propio del derecho privado. Mi esfuerzo en este trabajo

de venta. Cuestionándose acerca de por qué deberíamos tratar en forma distinta al comprador –liberándolo de entregar información que aumenta el valor– y al vendedor –imponiéndole el deber de comunicar aquella información que disminuye el valor de la cosa–. Su respuesta es que si se impone un deber de informar al comprador, el vendedor dejará la mesa de negociaciones con un beneficio que no tenía al momento de comenzar dichas negociaciones, que adquirió gratuitamente, y que podrá utilizar en tratos sucesivos. En el caso del vendedor no sucede lo mismo, si informa, por ejemplo, de que la cosa tenía un vicio oculto no confiere ningún beneficio al comprador que éste pueda utilizar en futuras transacciones.

⁹⁷ Así, por ejemplo, es posible cuestionar la posibilidad de emplear este tipo de consideraciones en la comprensión del contrato. Esto es lo que hace WEINRIB, *The Idea of Private Law*, *passim*.

apunta hacia la segunda tarea, esto es a organizar la convivencia de las consideraciones de eficiencia con otras. Esto supone que las consideraciones de eficiencia tienen *un* lugar en el razonamiento jurídico y que el problema es *cuál* sea ese lugar.

La razón que me ha llevado a optar por la segunda tarea es que, específicamente tratándose de DPI, las consideraciones de eficiencia parecen ser ampliamente aceptadas por la doctrina comparada y española, aunque, evidentemente, con distintos énfasis⁹⁸. También parece que la eficiencia constituye un elemento que se ha tenido en cuenta al momento de diseñar algunas de las iniciativas más importantes de armonización del derecho europeo de los contratos⁹⁹. Así las cosas, me parece que la opción por radicar la discusión en el lugar que ocupan las consideraciones de eficiencia se encuentra suficientemente justificada.

Si se acepta lo que ha quedado dicho en los dos últimos párrafos, la tarea que resta es precisar el lugar que ocupan las consideraciones de eficiencia en el razonamiento jurídico cuando se trata de DPI atípicos. Sobre esto ya he afirmado que tienen preeminencia las consideraciones de confianza y autorresponsabilidad sobre las de eficiencia. Una vez que se ha determinado su pertinencia, lo que resta por exponer es cómo se aplican las consideraciones de eficiencia. Una mirada a lo que ya ha quedado dicho respecto de las consideraciones de eficiencia asignativa y productiva muestra que Trebilcock está en lo cierto cuando afirma que, en términos de eficiencia, la meta es que la información llegue al mercado con la menor cantidad de costos de transacción posibles¹⁰⁰. Para lograr este cometido, la regla puede exponerse en dos partes:

(1) Si una de las partes tiene información que la otra ignora y que es relevante para la adecuada formación del consentimiento se

⁹⁸ Ver, por ejemplo, EISENBERG, «Disclosure in Contract Law», p. 1652; FABRE MAGNAN, «Duties of Disclosure», *passim*; KÖTZ, H., «Precontractual Duties of Disclosure: A Comparative and Economic Perspective», *European Journal of Law and Economics*, vol. 9, 2000, *passim*; MARKESINIS, B., UNBERATH, H. y JOHNSTON, A., *The German Law of Contract*, p. 181. Sobre la doctrina española ver pp. 20-21

⁹⁹ Así, por ejemplo, aparece de la lectura de los PECL en lo que se refiere a dolo y error (ver pp. 1702-1703). Más explícito aún es el caso del *Draft Common Frame of Reference* (Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference), elaborado por el Study Group on a European Civil Code y el Research Group on EC Private Law (Acquis Group). Editado por Von Bar, Ch., Clive, E., Schulte-Nölke, H., Beale, H., Herre, J., Huet, J., Schlechtriem, P., Storme, M., Swann, S., Varul, P., Veneziano, A. y Zoll, F., edición digital [DCFR]), uno de cuyos principios subyacentes (*underlying principles*) es la eficiencia (ver DCFR, p. 13). Ver, además, EIDENMÜLLER, H., FAUST, F., GRIGOLEIT, H., JANSEN, N., WAGNER, G. y ZIMMERMANN, R., «The Common Frame of Reference for European Private Law Policy Choices and Codification Problems», *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 28-4, 2008, pp. 673-674.

¹⁰⁰ TREBILCOCK, M., *The Limits of Freedom of Contract*, Harvard University Press, Cambridge, 1993, p. 115.

justifica la imposición de un deber de suministrarla, salvo que, al hacerlo de esta manera se ralentice la llegada de la información al mercado.

Así, por ejemplo, en un caso como *Laidlaw v. Organ* no parecen existir consideraciones de eficiencia asignativa que justifiquen proteger la reticencia del comprador. La razón es que la información se hará pública igualmente en un plazo muy breve. Las cosas son diferentes en *Baldus*. Si no se protege la reticencia del comprador, probablemente, la información acerca de la autoría de las fotografías tardará un tiempo considerable en llegar al mercado.

(2) Aún cuando la imposición de un deber de informar ralentice la llegada de la información al mercado, dicha imposición tiene sentido económico si los efectos de la información son predominantemente redistributivos.

No toda información es socialmente valiosa. En términos de eficiencia, entonces, no interesa incentivar la adquisición y utilización de cualquier tipo de información. Así, por ejemplo, sucede en el ejemplo de Paz-Ares en el que una persona tiene información acerca de la construcción de una carretera y adquiere un predio aledaño a ella sin comunicarle la información al vendedor que la ignora¹⁰¹. En la medida de que se acepte que el principal efecto de esa información consiste en desplazar riqueza desde el vendedor al comprador, el hecho de que la imposición de un deber precontractual de información desincentive la adquisición o uso de dicha información es irrelevante en términos de eficiencia.

Tiempo de concluir. La mejor doctrina española ha acogido —con entusiasmo generalmente— el uso de consideraciones de eficiencia para determinar el alcance de los deberes precontractuales de informar. Las páginas anteriores constituyen un esfuerzo por avanzar en esta dirección, intentando agudizar la comprensión sobre las consideraciones de eficiencia en dos sentidos. De una parte, se trata de advertir qué se ha entendido por eficiencia para estos efectos; de otra parte, se busca precisar cómo se articulan las consideraciones de eficiencia con otras más propias del discurso jurídico tradicional. Mi impresión es que se trata de un esfuerzo valioso —otra cosa es, desde luego, el resultado—, porque, en definitiva, una percepción más agudizada de las consideraciones de eficiencia agudiza nuestra percepción del fenómeno jurídico en su conjunto.

¹⁰¹ Ver pp. 1699-1700.

BIBLIOGRAFÍA

- ALBALADEJO, M., *Derecho civil*, t. I, «Introducción y parte general». 17.ª ed., Edisofer, Madrid, 2006.
- ALCHIAM, A., «Property Rights», en *The Concise Encyclopedia of Economics*. Disponible en <http://www.econlib.org/LIBRARY/Enc/PropertyRights.html>. Visitado 27/2/2007.
- BARNETT, R., «Rational Bargaining Theory and Contract: Default Rules, Hypothetical Consent, the Duty to Disclose, and Fraud», *Harv. J.L. & Pub. Pol'y*, vol. 15, 1992.
- BARROS BOURIE, E., *Tratado de responsabilidad extracontractual*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2006.
- BEALE, H., HARTKAMP, A., KÖTZ, H. y TALLON, D., *Contract Law*, Hart, Oxford, 2001.
- BETTI, E., *Teoría general del negocio jurídico*, 2.ª ed., trad. A. Martín Pérez, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1959.
- BAZOSABAL ARRUE, J., «En torno a las obligaciones precontractuales de información», en *ADC* 62-2, 2009.
- BIRMINGHAM, R., «The Duty to Disclose and the Prisoner's Dilemma: Laidlaw v. Organ», *Wm. & Mary L. Rev.*, vol. 29, 1988.
- CABANILLAS SÁNCHEZ, A., «El ámbito de la responsabilidad precontractual o culpa in contrahendo», *RCDI*, n.º 628, 1995.
- CALAMARI, J. y PERILLO, J., *Contracts*, 3.ª ed., Westpublishing Co. Minnesota, 1987.
- CARIOTA FERRARA, L., *El negocio jurídico*, trad. M. Albaladejo, Aguilar, Madrid, 1959.
- CASTRO Y BRAVO, F. de, *El negocio jurídico*, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1971.
- COLEMAN, J., HECKATHORN, D. y MASER, S., «A Bargaining Theory Approach to Default Provisions and Disclosure Rules in Contract Law», *Harv. J.L. & Pub. Pol'y*, vol. 12, 1989.
- COOTER, R. y ULEN, T., *Derecho y economía*, Fondo de Cultura Económica, México D.F. 1998.
- EIDENMÜLLER, H., FAUST, F., GRIGOLEIT, H., JANSEN, N., WAGNER, G. y ZIMMERMANN, R., «The Common Frame of Reference for European Private Law Policy Choices and Codification Problems», *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 28-4, 2008.
- EISENBERG, M., «Disclosure in Contract Law», *Cal. L. Rev.*, vol. 91, 2003.
- FABRE-MAGNAN, M., «Duties of Disclosure and French Contract Law: Contribution to an Economic Analysis», en Beatson, J., y Friedman, D. (eds.), *Good Faith and Fault in Contract Law*, Oxford University Press, Londres, 1997.
- FARNSWORTH, A., *Alleviating Mistakes. Reversal and Forgiveness for Flawed Perceptions*, Oxford University Press, 2004.
- GALGANO, F., *El negocio jurídico*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1992.
- GARCÍA CANTERO, G., (en Castán-García Cantero), *Derecho civil español, común y foral*, t. III, 16.ª ed., Reus, Madrid, 1992.
- GARCÍA RUBIO, M.ª P., *La responsabilidad precontractual*, Tecnos, Madrid, 1991.
- GHESTIN J., «The Precontractual Obligation to Disclose Information», en Harris D., y Tallon, D. (eds.), *Contract Law Today*, Oxford University Press, Oxford, 1991.

- GÓMEZ CALLE, E., *Los deberes precontractuales*, La Ley, Madrid, 1994.
- HIRSHLEIFER, J., «The Private and Social Value of Information and the Reward to Incentive Activity», en *American Economic Review* vol. 61, 1971.
- JOURDAIN, P., «Le devoir de “se” renseigner», Dalloz, 1983, *Chron.*
- KÖTZ, H., «Precontractual Duties of Disclosure: A Comparative and Economic Perspective», *European Journal of Law and Economics*, vol. 9, 2000.
- KRONMAN, A., «Mistake, Disclosure and the Law of Contract», *The Journal of Legal Studies*, vol. 7, n.º 1, 1978
- LANDO, O. y BEALE, H. (eds.), *Principles of European Contract Law*, Kluwer Law International, La Haya, 2000.
- LLOBET I AGUADO, J., *El deber de información en la formación de los contratos*, Marcial Pons, Madrid, 1996.
- MARKESINIS, B., UNBERATH, H. y JOHNSTON, A., *The German Law of Contract. A Comparative Treatise*, 2.ª ed., Hart Publishing, Portland, 2006.
- MORALES MORENO, A. M., *El error en los contratos*, Editorial Ceura, Madrid, 1988.
- PAZ-ARES, C., «Principio de eficiencia y derecho privado», en *Estudios en homenaje a M. Broseta Pont*, t. III, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995.
- PIETROBON, V. *El error en la doctrina del negocio jurídico*, trad. M. Alonso Pérez, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1971.
- POSNER, R., *Economic Analysis of Law*, 7.ª ed., Wolters Kluwer, Nueva York, 2007
- PROBST, T., «Deception», en von Mehren, A. (ed.), *International Encyclopedia of Comparative Law*, v. VII, Contracts in General, parte 2, Mohr Siebeck y Martinus Nijhoff Publishers, Tübinga, 2008.
- QUIÑONERO CERVANTES, E., «El dolo por omisión», *RDP*, 1979.
- RIPERT, G., «La regle morale dans les obligations civiles», *LGDJ*, París, 1949.
- RAMSAY, I., «The Buyer-Seller Asymmetry Asymmetry: Corrective Justice and Material Non-Disclosure», *University of Toronto Law Journal*, vol. LVI, n.º 1, 2006».
- ROJO AJURIA, L., *El dolo en los contratos*, Civitas, Madrid, 1994.
- RUDDEN, B., «Le juste et l'inefficace. Pour un non-devoir de renseignements», *RTDC*, 1985.
- SCHÄFER H.-B. y OTT, C., *Manual de análisis económico del derecho civil*, trad. M. von Carsteeen-Lichterfelde, Tecnos, Madrid, 1991.
- SEFTON GREEN, R., «General Introduction», en Id., *Mistake, Fraud and Duties to Inform in European Contract Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2005.
- «Duties to Inform versus Party Autonomy: Reversing the Paradigm (from Free Consent to Informed Consent)? – A Comparative Account of French and English Law», en Howells, G., Janssen, A. y Schulze, R. (eds.), *Information Rights and Obligations. A Challenge for Party Autonomy and Transactional Fairness*, Ashgate, 2005.
- SHAVELL, S., «Acquisition and Disclosure of Information Prior to Sale», *The Rand Journal of Economics*, vol. 25, n.º 1, 1994.
- SMITH, S., *Atiyah's Introduction to the Law of Contract*, 6.ª ed., Clarendon Press, Oxford, 2005.
- STRUDLER, A., «Moral Complexity in the Law of Non-Disclosure», en *UCLA L. Rev.*, vol. 45, 1997
- TREBILCOK, M., *The Limits of Freedom of Contract*, Harvard University Press, Cambridge, 1993.

- TREITEL, G., *The Law of Contract*, 11.^a ed., Thomson Sweet & Maxwell, Londres, 2003.
- VALÉS DUQUE, P., «La responsabilidad precontractual o culpa in contrahendo», en *Libro-Homenaje al profesor Manuel Amorós Guardiola*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2006.
- VAN ROSSUM, J., «The Duty of Disclosure: Tendencies in French Law, Dutch Law and English Law; Criteria, Differences and Similarities between the Legal Systems», *Maastricht J. Eur. & Comp. L.*, vol. 7, 2000.
- VERDA Y BEAMONTE, J. R., *Error y responsabilidad en el contrato*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
- «La reticencia en la formación del contrato», *Aranzadi Civil*, 22, 1999.
- VILLA, G., «Errore riconosciuto, annullamento del contratto ed incentivi della ricerca di informazione», *Quadrimestre*, n.º 1, 1988.
- VON THUR, A., *Derecho civil. Teoría general del derecho civil alemán*, vol. II, «Los hechos jurídicos», trad. T. Ravá, Marcial Pons, Madrid, 2005.
- WEINRIB, J., *The Idea of Private Law*, Harvard University Press, Cambridge, 1995.
- WHITTAKER, S. y ZIMMERMAN, R., «Good Faith in European contract law: surveying the legal landscape», en Id. (edits.), *Good Faith in European Contract Law*, Cambridge University Press, 2000.
- ZWEIGERT, K. y KÖTZ, H., *An Introduction to Comparative Law*, 3.^a ed., trad. T. Weir, Oxford University Press, Nueva York, 1998.