



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE MADRID

LOS LÍMITES DEL DEBER PRECONTRACTUAL DE INFORMACIÓN

IÑIGO DE LA MAZA GAZMURI
Madrid 2009



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE MADRID

LOS LÍMITES DEL DEBER PRECONTRACTUAL DE INFORMACIÓN

Trabajo presentado para la
obtención del grado de doctor
por Iñigo de la Maza Gazmuri,
realizado bajo la dirección del
Prof. Dr. D. Antonio Manuel
Morales Moreno

Madrid 2009

INTRODUCCIÓN	1
---------------------------	---

PRELIMINAR. UNA PREGUNTA PERSISTENTE

I. DOS CASOS CONSPICUOS	23
A. EL MERCADER DE RODAS	23
1. Santo Tomás	26
2. Grocio	27
3. Pothier.....	29
B. LAIDLAW V. ORGAN	32
II. UN TEMA CONFUSO	39
A. LA CONFUSIÓN	39
B. LA COMPLEJIDAD	42
1. La dispersión	42
2. La falta de uniformidad	44
3. La eventual incompatibilidad de los intereses protegidos	46
III. ACCIÓN Y OMISIÓN	51
IV. CONOCIMIENTO E IMPUTABILIDAD DEL CONOCIMIENTO	55
V. DEBERES PRECONTRACTUALES DE INFORMACIÓN	59
A. DEBERES PRECONTRACTUALES DE INFORMACIÓN Y OBLIGACIÓN DE INFORMAR	60
B. LA ESTRUCTURA DEL DEBER PRECONTRACTUAL DE INFORMAR	62

1. El supuesto de hecho	62
2. La consecuencia jurídica	63

PARTE PRIMERA. DEBERES TÍPICOS

INTRODUCCIÓN	69
§ 1. LA EVICCIÓN Y LOS VICIOS REDHIBITORIOS	73
I. EL ÁMBITO DE ACTUACIÓN DE LOS DEBERES PRECONTRACTUALES DE INFORMACIÓN	79
A. CONSIDERACIONES PREVIAS	79
B. FUNCIONAMIENTO OBJETIVO Y DEBERES PRECONTRACTUALES DE INFORMACIÓN	82
1. El funcionamiento objetivo	82
a. Acciones edilicias	82
b. La evicción	85
2. Deberes precontractuales de información	87
3. Las normas.....	90
II. LA ESTRUCTURA DE LOS DEBERES PRECONTRACTUALES DE INFORMACIÓN	93
A. EL SUPUESTO DE HECHO	93
1. La ignorancia	93
a. El desconocimiento de la información	93
b. La legitimidad de la ignorancia	95
2. El conocimiento.....	98
a. Conocimiento real	99
b. Conocimiento imputado.....	102
(i) Algunos argumentos históricos	103
(ii) Las exigencias de la buena fe	106
(aa) Los vicios redhibitorios	106

(bb) La evicción	107
3. La ignorancia y el conocimiento	110
a. La reticencia intencional	110
b. La reticencia no intencional.....	111
4. La reticencia	112
a. La reticencia y el suministro de información defectuosa.....	112
b. No manifestar.....	114
B. LAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS	116
1. Indemnización de daños y perjuicios	116
a. Los vicios redhibitorios.....	117
b. La evicción.....	120
2. Pactos de exclusión de responsabilidad	122
III. ALGUNAS CONCLUSIONES	125
A. INTERESES PROTEGIDOS	125
B. LA ESTRUCTURA.....	126
1. La ignorancia	127
a. ¿Qué información?	127
b. informarse y no poder ignorar.....	128
2. El conocimiento.....	129
3. La reticencia	130
§ 2. LA DESIGUALDAD ENTRE LAS PARTES	135
I. IGUALDAD Y DESIGUALDAD.....	141
A. EL INDIVIDUALISMO: IGUALDAD Y LIBERTAD.....	141
B. LA DESIGUALDAD.....	146
1. La igualdad de las partes contratantes.....	146
2. La vulnerabilidad	149
C. ASIMETRÍAS INFORMATIVAS.....	151
1. Falta de información	153
2. Racionalidad imperfecta	154
3. Algunos supuestos de déficit informativo.....	159
II. TÉCNICAS DE PROTECCIÓN	161

A. DEBERES PRECONTRACTUALES DE INFORMACIÓN COMO TÉCNICA DE PROTECCIÓN DE LA PARTE MÁS DÉBIL	162
1. El entorno comunitario	162
2. El derecho español.....	167
3. Información y deberes precontractuales de información.....	173
a. El interés de conservación	174
b. La protección del mercado	176
c. El ámbito de los deberes precontractuales de información.....	177
B. LAS VENTAJAS Y LÍMITES DE LOS DEBERES PRECONTRACTUALES DE INFORMACIÓN	179
1. Ventajas	179
2. Limitaciones	181
a. Limitaciones fácticas.....	181
(i) Los costos (informarse para informar)	181
(ii) Racionalidad imperfecta.....	181
b. Limitaciones normativas.....	183
III. NORMAS DE PROTECCIÓN	189
A. EL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY GENERAL PARA LA DEFENSA DE LOS CONSUMIDORES Y USUARIOS Y OTRAS LEYES COMPLEMENTARIAS (TRLGDCU).....	190
1. Consideraciones preliminares	191
a. Más allá de la información	192
(i) Cláusulas abusivas y condiciones generales.....	192
(ii) Derecho de desistimiento.....	193
b. El suministro de información	195
(i) Interés de conservación	196
(ii) Protección del mercado	197
(iii) Libertad contractual	197
2. Deberes precontractuales de información	199
a. La información.....	201
(i) Sobrecarga de información	202
(ii) Intersticios y buena fe.....	208
(iii) Deber de conocimiento	209

b. Los requisitos de la información	210
(i) Reglas generales.....	211
(ii) Reglas especiales	215
c. La forma de transmisión.....	216
d. Las consecuencias de la infracción de los deberes precontractuales de información	218
B. OTROS DEBERES PRECONTRACTUALES DE INFORMACIÓN.....	224
1. La Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico (LSSICE)	224
a. Los intereses protegidos.....	224
b. Algunas peculiaridades de la contratación por medios electrónicos.....	226
c. Deberes precontractuales de información en la LSSICE	228
(i) La información sobre el prestador	228
(ii) La información sobre el proceso de contratación.....	230
(iii) La información sobre las condiciones generales	231
2. La Ley de Aprovechamiento por Turno de Bienes Inmuebles de Uso Turístico y Normas Tributarias (LDAT)	233
a. La complejidad del objeto de la prestación	233
b. Deberes precontractuales de información.....	235
c. El derecho de desistimiento	237
d. Las consecuencias.....	239
CONCLUSIONES DE LA PRIMERA PARTE	243

PARTE SEGUNDA. DEBERES ATÍPICOS

INTRODUCCIÓN	251
§ 1. EL DERECHO INGLÉS: LA NEGATIVA Y SUS RAZONES	255
I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES	259
A. LA OPINIÓN DE LA DOCTRINA Y DE LOS TRIBUNALES.....	259
B. DEBER DE INFORMAR.....	263

II. MISREPRESENTATION: A PROPÓSITO DEL SUMINISTRO DE INFORMACIÓN DEFECTUOSA	265
A. LA DECLARACIÓN	266
1. Las posibles manifestaciones de la declaración	267
2. El contenido de la declaración	271
a. Los términos y las representaciones	272
b. Las declaraciones excluidas	275
B. LA INDUCCIÓN	279
III. DUTY TO DISCLOSE Y ERROR: EL ÁMBITO DE LA OMISIÓN	283
A. DEBERES TÍPICOS	283
B. EL ERROR (MISTAKE)	285
1. El error unilateral conocido o reconocible	287
a. El error sobre el contenido del contrato (<i>mistake about the terms of the contract</i>)	288
b. El error sobre la identidad	291
c. El error sobre el objeto (<i>subject-matter</i>) del contrato	292
2. La renuencia frente al error	294
a. La seguridad jurídica	295
(i) Un problema de distribución de riesgos	296
(ii) El test objetivo	296
b. El rechazo de las exigencias de la buena fe	298
§ 2. UNA CUESTIÓN DE LÍMITES	303
I. LA BUENA FE COMO FUNDAMENTO DIRECTO DE LOS DEBERES PRECONTRACTUALES DE INFORMAR ATÍPICOS	307
A. EL DERECHO EUROPEO DE CONTRATOS	307
1. Derecho nacional y armonización del derecho de contratos	307
2. La buena fe y las negociaciones del contrato	312
a. Derecho nacional	313
b. Derecho uniforme y <i>soft law</i>	315
3. La buena fe y el deber de informar	320
a. Una breve mirada al derecho francés, alemán e italiano	320

(i) El derecho francés.....	320
(ii) El derecho alemán.....	323
(iii) El derecho italiano.....	325
b. El <i>soft law</i>	326
(i) Los Principios de UNIDROIT y los PECL.....	327
(ii) El Proyecto de Pavía.....	329
(iii) El DCFR.....	329
(iv) El Project de Cadre Commun.....	331
B. EL DERECHO ESPAÑOL.....	332
1. La buena fe y las negociaciones del contrato.....	332
a. La doctrina.....	333
b. Los tribunales.....	337
2. La buena fe y el deber de informar.....	339
a. La doctrina.....	340
(i) La buena fe.....	340
(ii) Los límites.....	343
(aa) Morales Moreno: el error como un problema de distribución de riesgos.....	344
(bb) Paz-Ares: los efectos de la información.....	346
(cc) Gómez Calle: la moral y la economía.....	348
(dd) Verda y Beamonte: los límites del deber de advertir el error esencial.....	351
b. La opinión de los tribunales.....	352
II. BUENA FE: LA PREGUNTA, NO LA RESPUESTA.....	355
A. ¿UN DEBER GENERAL DE INFORMAR?.....	355
1. La generalidad del deber.....	356
2. No siempre, ni siquiera muy ampliamente.....	360
a. El modelo económico.....	360
b. Autorresponsabilidad.....	364
c. Una extrapolación incorrecta.....	367
B. LA CONCRECIÓN DE LA BUENA FE.....	369
1. Un fundamento complejo.....	370
a. Un mismo fundamento, diversas opiniones.....	370

b. Las bases legales de la buena fe en cuanto fundamento de los deberes precontractuales de informar atípicos.....	372
2. Las ventajas y los riesgos	376
a. Las ventajas.....	377
b. Los riesgos.....	379
3. Ponderación y tipificación.....	382
a. La ponderación de los intereses.....	382
(i) Un ejemplo	383
(ii) La idea de ponderación.....	385
(iii) Un ejemplo de incorporación de los diversos intereses a través de la buena fe.....	387
b. La tipificación	389
§ 3. LA CONCRECCIÓN DE LA BUENA FE	395
I. LA INCARDINACIÓN	399
A. LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL	401
B. EL INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL	403
1. Algunos ejemplos	404
2. Algunas conclusiones	407
II. EL ERROR, EL DOLO Y LA ESTRUCTURA DEL DEBER	
PRECONTRACTUAL DE INFORMAR	409
A. UN EJEMPLO	409
1. El caso.....	410
2. Las consecuencias	411
a. El error.....	413
b. El dolo.....	414
3. Una afirmación que debe ser matizada.....	417
B. EL SUPUESTO DE HECHO DEL DEBER PRECONTRACTUAL DE INFORMAR	418
1. La ignorancia.....	419
a. El error.....	419
(i) Subjetividad y objetividad	420
(ii) La opinión del Tribunal Supremo	422
(iii) El contenido del contrato.....	426

b. El dolo.....	426
2. El conocimiento.....	428
a. La materia del conocimiento	428
b. La reconocibilidad del error.....	429
(i). El significado de la reconocibilidad en el derecho español	429
(ii). La valoración de la conducta del destinatario de la declaración	431
(iii) La comparación de las conductas	432
3. La reticencia y sus manifestaciones.....	434
a. La reticencia, acciones y abstenciones.....	435
(i). El error.....	435
(ii). El dolo	436
b. La importancia de la distinción entre acciones y abstenciones	438
(i) Abstenciones y omisiones.....	438
(ii) Acciones y abstenciones	440
III. EXCUSABILIDAD	443
A. LOS INTERESES	444
1. El error.....	444
a. Un comentario preliminar: la distribución del riesgo.....	445
b. Los criterios: la autorresponsabilidad y la protección de la confianza	447
(i) El principio de autorresponsabilidad y la confianza del destinatario de la declaración	448
(aa) Autorresponsabilidad	448
(bb) La confianza del destinatario de la declaración (seguridad del tráfico jurídico).....	451
(ii) La protección de la confianza del <i>errans</i>	452
2. El dolo	453
a. La opinión de la doctrina	454
(i) La relevancia de la negligencia	454
(ii) La irrelevancia de la negligencia	456
(iii) La negligencia y la existencia del error doloso	457
b. La opinión de los tribunales	458
3. Tres breves conclusiones	462

B. LA PONDERACIÓN.....	464
1. La comparación de las conductas de las partes.....	465
2. La protección de la confianza.....	467
a. La inducción de la confianza.....	468
b. La confianza razonable.....	470
c. El umbral mínimo de confianza	473
(i) Incumplimiento e invalidez	473
(ii) La información obtenida por medios ilícitos.....	477
d. Relaciones de confianza	478
(i) Presunciones de confianza	481
(ii) La facticidad de la relación	483
e. El grado de protección de la confianza	486
3. Autorresponsabilidad.....	487
a. El deber de informarse y el acceso a la información	488
(i) El deber de informarse	488
(ii) El acceso a la información.....	489
(iii) Asunción del riesgo	490
(aa). Ignorancia consciente	491
(bb). El contexto social	492
b. La valoración de la conducta	493
(i) Algunos factores para determinar la diligencia de quien padece el error	493
(aa). La condición de experto o profesional	494
(bb). El asesoramiento de expertos.....	495
(cc). El acceso a la información	496
(dd) Las circunstancias personales.....	498
(ii) La comparación de las posiciones de las partes	502
(aa) Simetría y asimetría en el acceso a la información: el sentido económico de la distinción	502
(bb) Un enfoque complementario	503
(iii) Los recursos endógenos de la negociación	506
(iv) Preguntas y respuestas	508

(aa) La posibilidad de formular preguntas: secretos profundos y secretos superficiales	509
(bb) Un deber de responder ¿y un derecho a mentir?	510
(cc) Levmore y la "deshonestidad óptima"	515
C. RECAPITULACIÓN	519
IV. LA FUNCIÓN INTERSTICIAL DE LAS CONSIDERACIONES DE EFICIENCIA	523
A. EL ESCENARIO	524
1. Baldus, ni confianza ni autorresponsabilidad	524
a. El caso	524
b. Ni confianza ni autorresponsabilidad	525
2. El error más allá de la diligencia del <i>errans</i>	527
a. Fragonard	527
b. Reticencia y anulabilidad	528
B. CONSIDERACIONES DE EFICIENCIA	534
1. Un enfoque <i>ex ante</i>	535
2. Los criterios.....	537
a. Algunas consideraciones de eficiencia asignativa	538
b. Los criterios	542
(i) La forma en que se adquiere la información	542
(aa) Kronman: información gratuita y deliberada	542
(bb) Eficiencia asignativa: algunas inconsistencias	545
(ii) Los efectos de la información	548
CONCLUSIONES	555
ÍNDICE DE JURISPRUDENCIA.....	563
BIBLIOGRAFÍA	575

ABREVIATURAS

A.A.M.N.	Anales de la Academia Matritense del Notariado
AA.VV.	Autores varios
AC	Aranzadi Civil
ACQP	Principles of the Existing EC Contract Law (Acquis Principles)
ADC	Anuario de Derecho Civil
Am. J. Comp. L.	American Journal of Comparative Law
Art.	Artículo
Berkeley Tech. L. J.	Berkeley Technology Law Journal
Cal. L. Rev.	California Law Review
cap.	Capítulo
CC	Código civil
CCJC	Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil
CE	Constitución Española
CEE/CE	Comunidad Económica Europea
Chron.	Chroniques
CISG	Convención de Viena de Compraventa internacional de mercaderías de 1980
CL	Colección Legislativa
Colum. L. Rev.	Columbia Law Review
Comp.	Compilador
Coord.	Coordinador
Coords.	Coordinadores
D.	Digesto
DCFR	Draft Common Frame of Reference
Del. J. Corp. L.	Delaware Journal of Corporate Law
Dir.	Director
Dirs.	Directores
DM	Deutsche Mark
DOCE	Diario oficial de la Comunidad Europea
EC	European Community
ed.	Edición
Edit.	Editor
Edits.	Editores
E.J.B.	Enciclopedia Jurídica Básica
Et al.	Et alii
Excmo.	Excelentísimo
FD	Fundamento de Derecho
Harv. J.L. & Pub. Pol'y	Harvard Journal of Law & Public Policy
Harv. L. Rev.	Harvard Law Review
Hofstra L. Rev.	Hofstra Law Review

íbid.	Íbidem
id.	Idem
i.f.	<i>in fine</i>
Iowa L. Rev.	Iowa Law Review
J. Legal Stud.	Journal of Legal Studies
JUR	Repertorio Jurídico Aranzadi
LCGC	Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación
LCS	Ley del Contrato de Seguro
LDAT	Ley de Derechos de Aprovechamiento por Turno de Bienes Inmuebles de Uso Turístico y Normas Tributarias
LSSICE	Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y del Comercio Electrónico
LGCDU	Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios
Loc. cit.	Lugar citado
Maastricht J. Eur. & Comp. L.	Maastrich Journal of European and Comparative Law
Md. L. Rev.	Maryland Law Review
Minn. L. Rev.	Minnesota Law Review
nº	número
N.Y.U. L. Rev.	New York University Law Review
Ohio St. L. J.	Ohio State Law Journal
P.	Partidas
p.	página
PECL	Principles of European Contract Law
PECL-LTCC	Principles of European Private Law "Long Term Commercial Contracts: Commercial Agency, Distribution, Franchise"
pp.	páginas
principios UNIDROIT	Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales
Pte.	Ponente
RCDI	Revista Crítica de Derecho Inmobiliario
RDP	Revista de Derecho Privado
RdPat	Revista de Derecho Patrimonial
RGDC	Revista General de Derecho onstitucional
RJ	Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi
RJC	Revista Jurídica de Cataluña
RTDC	Revue Trimestrielle de Droit Civil

SA	Sociedad Anónima
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
Seton Hall L. Rev.	Seton Hall Law Review
Sr.	Señor
ss.	siguientes
Stan. L. Rev.	Stanford Law Review
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
t.	tomo
Texas L. Rev.	Texas Law Review
Tex. Wesleyan L. Rev.	Texan Wesleyan Law Review
trad.	Traductor
trads.	Traductores
TRLGCDU	Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y usuarios y otras Leyes Complementarias
TS	Tribunal Supremo
U. Chi. L. Rev.	University of Chicago Law Review
UCLA L. Rev.	University of California Law Review
U. Pa. L. Rev.	University of Pennsylvania Law Review
US	United States
v.	versus
Va. L. Rev.	Virginia Law Review
vol.	Volumen
Wm. & Mary L. Rev.	William and Mary Law Review
Yale L. J.	Yale Law Journal

INTRODUCCIÓN

El objeto de esta investigación son los deberes precontractuales de información.

La tesis que pretendo defender es que, si bien puede aceptarse que los deberes precontractuales de informar constituyen manifestaciones de las exigencias que impone la buena fe a las partes durante la negociación del contrato, es erróneo afirmar que la buena fe impone siempre o, al menos, en términos extremadamente amplios a las partes el deber de suministrarse recíprocamente información mientras negocian un contrato. El objetivo de este trabajo, entonces, es contribuir a la tarea de precisar bajo qué condiciones surgen deberes precontractuales de informar para las partes mientras negocian un contrato.

Ésta es una tarea ardua, y mis pretensiones son modestas. Lo que sugiero en esta investigación, y pretendo demostrar, es que se puede ganar claridad respecto de las condiciones bajo las cuales la buena fe impone deberes precontractuales de informar si se tiene presente: (1) que existen diversos intereses en juego que es necesario ponderar al intentar precisar dichas condiciones, y (2) que es útil distinguir dos ámbitos: (a) el de los deberes precontractuales de informar típicos y (b) el de los deberes precontractuales de informar atípicos.

I. LOS INTERESES Y SU PROTECCIÓN

1. En lo que respecta a los intereses, utilizo esta expresión en un sentido bastante amplio, que no sólo comprende derechos subjetivos. Lo que deseo designar con esta expresión son consideraciones, ya sea de carácter individual –es decir, que atienden predominantemente a la posición de las partes en la relación contractual-, o social –es decir, que, predominantemente, atienden a los objetivos sociales del derecho de contratos- que resulta conveniente tener en cuenta cuando se trata de determinar si, en ciertas situaciones, deben o no imponerse deberes precontractuales de información.

Probablemente, el interés al que se puede recurrir de forma más evidente para justificar la imposición de un deber precontractual de informar sea la libertad contractual, en el sentido de libertad de decisión. En términos jurídicos, económicos y filosóficos, el valor de la voluntad depende, parcialmente al menos, de cuán informado esté el que la emite. En general, es deseable –ya sea en términos de justicia conmutativa o de eficiencia- que quien celebra un contrato disponga de cierta información. Por ejemplo, información sobre aquello que es objeto del contrato en términos tales que le permita saber si dicho objeto es útil para satisfacer el interés que persigue a través de la celebración del negocio (*v. gr.*, información sobre la presencia de vicios redhibitorios o sobre el riesgo de evicción); los términos en que se obliga (*v. gr.*, información sobre las condiciones generales); la forma en que se celebra el contrato (*v. gr.* información sobre las peculiaridades de los contratos celebrados a distancia), o información sobre algunos derechos particulares del tipo de negocio que está celebrado (*v. gr.*, información sobre el derecho a desistirse unilateralmente del contrato celebrado).

Un segundo interés cuya protección se utiliza frecuentemente como argumento para justificar la imposición de deberes precontractuales de informar es la lealtad contractual, en virtud de la cual se estima que las partes deben comportarse de forma honesta durante la negociación del contrato, colaborando en la consecución de sus respectivos intereses.

Esta idea tiene antecedentes antiguos; en el derecho romano, la idea de *fides* se vincula a la confianza en la honesta y leal conducta de los contratantes. Se trata, además, de una idea que ha permeado la comprensión moderna de la buena fe.

Existe, todavía, un tercer interés, que, a diferencia de los dos anteriores, no se relaciona directamente con la posición que ocupan las partes involucradas en la negociación, sino con la protección general del mercado, específicamente con la promoción de su transparencia. Así sucede, por ejemplo, con las reglas que disciplinan la publicidad. Aunque no se trata, en rigor, de deberes precontractuales de informar, dichos preceptos regulan el suministro de información destinada a promover el consumo de bienes y servicios.

En conjunto con estos intereses mencionados que favorecen la imposición de deberes precontractuales de informar, existen otros cuya protección aconseja más bien establecer límites a la posibilidad de imponer dichos deberes. Así sucede con el principio de autorresponsabilidad, en virtud del cual se asume que cada persona debe negociar sus contratos con diligencia, protegiendo sus propios intereses y, por lo tanto, procurándose la información relevante para tomar la decisión de contratar. En virtud de este principio, se asume que a quien se comporta negligentemente en la negociación de un contrato –no procurándose la información necesaria– se le imputan los efectos de su decisión, aun cuando ésta haya sido formulada por error. Un buen ejemplo de la actuación de este principio se encuentra en el funcionamiento del error inexcusable.

Un segundo interés que puede tomarse en cuenta para establecer límites a la imposición de deberes precontractuales de informar es la seguridad jurídica, principio según el cual se aspira a que los contratos mantengan su eficacia no obstante el error en que pueda haber incurrido una de las partes. Así, por ejemplo, lesiona la seguridad jurídica el hecho de que se anule un contrato por dolo negativo consistente en que una parte no suministró cierta información a la otra. La lesión a la seguridad jurídica se

produce toda vez que los efectos de la nulidad pueden alcanzar a terceros que han confiado legítimamente en la eficacia de dicho contrato.

Finalmente, un tercer interés, que muestra con toda claridad la inconveniencia de establecer deberes precontractuales de informar, es el de crear incentivos para que las personas adquieran y utilicen la información de que disponen. La razón es que una de las principales formas de crear este incentivo es permitir a las partes apropiarse de los beneficios económicos que produce la información de la que disponen, y, durante la negociación de un contrato, esto, básicamente, significa no revelar cierta información a la otra parte. Así, por ejemplo, en el supuesto de una empresa de prospecciones mineras que invierte fuertes sumas de dinero en detectar la existencia de yacimientos minerales hay una razón de eficiencia para no imponerle un deber de informar a los propietarios de los terrenos que planea adquirir acerca de la existencia de yacimientos en dichos terrenos: al hacerlo, estaría externalizando los beneficios de su investigación hacia los propietarios, disminuyendo sus incentivos para volver a invertir en el futuro en producir información sobre yacimientos.

2. Asumiendo que todos estos intereses son dignos de protección, la segunda tarea que sale al paso consiste en prestar atención a las opciones disponibles para protegerlos. No obstante, antes de presentar las diversas opciones, es necesario esbozar mínimamente la situación que pone en juego la presencia de los diversos intereses. En su formulación más sencilla, es la siguiente: durante la negociación de un contrato una de las partes no dispone de la información necesaria para formar y emitir, adecuadamente, su voluntad. En el marco de esta situación existen cuatro opciones a través de las cuales se puede buscar la protección de los diversos intereses.

La primera opción consiste en imponer un deber de informar a la parte que conoce la información respecto de aquélla que la ignora, de tal forma que, si no comunica la información requerida, se le sanciona de alguna manera. Así, por ejemplo, tratándose de los vicios redhibitorios, el

artículo 1.486 CC establece que el vendedor que conoce los defectos de la cosa y no se los comunica al comprador debe responder por los perjuicios que ocasione a este último.

La segunda opción es imponer un deber de informar a una de las partes, con independencia de que disponga de dicha información. Así, por ejemplo, en la normativa de protección de los consumidores, se entiende que el empresario debe proporcionar al consumidor cierta información, con independencia de si la conoce o no. Dicho en otras palabras, el empresario debe conocerla, y si esto no sucede, se le imputa el conocimiento de dicha información.

La tercera opción ya no se refiere a la imposición de un deber, sino al establecimiento de una garantía. No se exige que una de las partes conozca o deba conocer cierta información, basta con que el objeto de la prestación no sea conforme con lo previsto en el contrato para que se desencadenen ciertos efectos jurídicos. Nuevamente, los vicios redhibitorios permiten ilustrar esta opción. Aun cuando el vendedor desconozca el defecto de la cosa –y no tenga cómo saberlo– el comprador que recibe la cosa con defectos puede exigir la resolución del contrato o una disminución en el precio. El vendedor garantiza que el bien posee ciertas cualidades, y el riesgo sobre la defectuosa información respecto de ellas se le adjudica a él mismo, aun cuando no hubiera podido tener, razonablemente, conocimiento de ellas.

La cuarta opción consiste en asumir que, durante la negociación de un contrato, cada una de las partes debe procurarse su propia información; quien no lo haga soporta el riesgo de que su voluntad se haya formado con una defectuosa información. Es lo que sucede, en ciertos casos, tratándose del error inexcusable, en los que el *errans* queda obligado por un contrato que no desea o en términos diversos de aquellos que hubiera elegido de haber contado con información completa; prestó su voluntad para un determinado contrato porque su información no era suficiente como para advertir que no deseaba celebrar el contrato o que deseaba celebrarlo en otros términos. Se le imputa dicha voluntad, en parte al

menos, porque no se comportó con la diligencia debida. Concretamente, porque no fue diligente en reunir la información necesaria.

Pues bien, cuál de estas cuatro opciones se asuma depende de la ponderación de los intereses en juego.

En ocasiones, los diversos intereses convergen y existen argumentos vinculados a la libertad contractual, a la lealtad contractual, a la protección de la transparencia del mercado, a la autorresponsabilidad y a la creación de incentivos que aconsejan imponer un deber de informar a quien conoce la información, o bien imputar el conocimiento de la información a quien debería haberla conocido, o bien, directamente, establecer una garantía a cargo de quien ofrece el bien o servicio. En otras ocasiones, sin embargo, los intereses divergen, así, la protección de la libertad contractual apuntará, por ejemplo, hacia la imposición de un deber precontractual de informar, pero, si quien ignora la información fue negligente en procurársela, la autorresponsabilidad sugerirá imputarle a este último el riesgo de la defectuosa información a quien padeció el error. Por otra parte, si la imposición de un deber de informar establece desincentivos a la producción y uso de la información, en determinadas circunstancias podrá acudir a consideraciones de eficiencia para criticar la imposición de dicho deber.

3. Una vez que han quedado identificados los intereses que deben protegerse y las opciones de que se dispone para hacerlo, es posible extraer dos conclusiones extremadamente útiles para una investigación sobre los deberes precontractuales de información.

La primera de ellas es que quien se ocupa de investigar los deberes precontractuales de información, en realidad, dirige su atención a la forma en que el ordenamiento jurídico organiza la convivencia de los distintos intereses protegidos.

La segunda conclusión a la que se llega es que es necesario desprenderse, desde ahora, de la idea –relativamente frecuente– según la

cual la buena fe impone un deber general de información en términos tales que cada una de las partes debe suministrar a la otra toda la información de la que disponga y que sea necesaria para que se forme adecuadamente su voluntad. Desde luego, hay algo de cierto en esta afirmación: de las exigencias de la buena fe es posible desprender deberes precontractuales de información. Sin embargo, no es correcto afirmar que de las exigencias de la buena fe se desprenda un deber general de informar en los términos expuestos. El carácter complejo de la buena fe, en cuanto principio general del derecho, impide obtener una conclusión tan apresurada.

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

II. DEBERES TÍPICOS Y ATÍPICOS

Para comprender la forma en que se ponderan los diversos intereses en el derecho español a la hora de imponer deberes precontractuales de informar, es útil distinguir dos ámbitos diversos: el de los deberes precontractuales de información típicos y el de los deberes precontractuales de información atípicos.

1. El ámbito de los deberes típicos queda comprendido por aquellos supuestos en los que el legislador se ha ocupado expresamente de la ponderación de los intereses, o, para decirlo de otra manera, el legislador

ha concretado en la ley algunas de las exigencias de la buena fe en lo que se refiere al deber de informar. Un ejemplo evidente de esto se encuentra en la legislación de protección al consumidor, en la que se ha considerado que una forma de proteger a los consumidores consiste en la imposición a los empresarios de deberes precontractuales de informar.

En el ámbito de los deberes atípicos, el legislador no ha efectuado una ponderación expresa de los intereses en juego, dicho de otra forma, las exigencias de la buena fe no han sido concretadas a través de la ley y es tarea del aplicador del derecho hacerlo. Para ilustrar este ámbito puede pensarse en el caso de quien vende un famoso cuadro creyendo que se trataba de una imitación a un comprador que conoce perfectamente la verdadera autoría ¿debe el comprador informar de ello al vendedor? No hay una norma en el ordenamiento jurídico español que imponga al comprador el deber de suministrar dicha información. Sin embargo, se acepta por la doctrina y por los tribunales que es posible derivar deberes de informar de las exigencias de la buena fe.

2. Junto a la buena fe, que opera como fundamento normativo de los deberes atípicos, existen ciertas figuras como el error y el dolo a través de las cuales se puede alegar el incumplimiento de dichos deberes.

3. La distinción entre el ámbito de los deberes típicos y atípicos es clarificadora, según espero mostrar, cuando, en un caso concreto, se intenta responder a la pregunta acerca de si se debe o no proporcionar cierta información; pero su utilidad no debe ser exagerada. No es, por así decirlo, una *summa divisio*. La concreción de las exigencias de la buena fe plasmada a través de los deberes típicos de informar nunca es completa: el legislador puede contestar algunas preguntas, nunca todas. Este carácter fragmentario de la tipicidad de los deberes precontractuales de información determina que ahí donde el legislador no ha resuelto la duda, sea necesario efectuar la ponderación de los intereses en juego.

III. DELIMITACIÓN DEL CAMPO DE ESTUDIO

Establecido el trasfondo, conviene ahora detenerse en la delimitación del campo de estudio de esta investigación.

1. Durante la negociación de un contrato, existen dos supuestos a partir de los cuales se configuran los deberes precontractuales de información. El primero de ellos consiste, simplemente, en abstenerse de proporcionar a la otra parte la información necesaria para que la otra parte pueda tomar la decisión de contratar y en qué términos hacerlo; el segundo supuesto corresponde al suministro de información defectuosa. Una hipótesis evidente de falta de entrega de información se produce cuando el vendedor de un inmueble no comunica al comprador que la edificación está infestada de termitas. Una hipótesis de suministro de información defectuosa tiene lugar, por ejemplo, cuando uno de los negociantes comunica a otro que la máquina que le está vendiendo permite una determinada producción, cuando, en verdad, su capacidad de producción es muy inferior.

2. El campo de estudio de esta investigación queda circunscrito por el primero de los supuestos: la falta de información. El motivo de esta elección es que, desde mi punto de vista, se trata de un supuesto jurídico más desafiante que el relativo al suministro de información defectuosa. En general, existe acuerdo respecto de que quien proporciona información, debe proporcionar información correcta; por lo mismo –una vez más, en general-, suele considerarse que quien entregue información defectuosa debe sufrir consecuencias jurídicas desventajosas. No existe acuerdo, en cambio, respecto de bajo qué condiciones surge el deber de proporcionar información. Probablemente la razón sea que existe una diferencia extremadamente relevante en términos jurídicos entre ambos supuestos. Concretamente, cuando se transmite una información defectuosa, se está causando la equivocación de la otra parte; en cambio, cuando el supuesto se verifica por la falta de entrega de información, lo que hay es una abstención, de manera que no existe vínculo causal fáctico entre el no hacer y la equivocación. Esta falta de

vínculo determina que, para imputar la equivocación que sufre uno de los contratantes a la otra parte que, simplemente, no actuó, sea necesario justificar la presencia de un deber de actuar, consistente en deshacer el error de la otra parte.

3. No obstante lo anterior, incluso si se enfoca una investigación hacia el supuesto de la falta de entrega de la información, se advierte, ya desde el principio, que la demarcación entre las acciones y las abstenciones – entre causar una equivocación y no evitarla- no es en absoluto clara y que existen supuestos en que se entremezclan unas y otras, a los que también debe prestarse atención. Así sucede, por ejemplo, si una persona ofrece para la venta un terreno que se encuentra edificado a pesar de que está prohibida la edificación. Existe, desde luego, una abstención: no informar de que no es posible edificar el terreno; pero, además, puede haberse creado una apariencia de edificabilidad, bien porque, al momento en que se negocia el contrato, la persona y su familia viven en la edificación, o bien porque el vendedor es un agente inmobiliario.

Por otra parte, el estudio de los deberes precontractuales de informar quedaría incompleto si no se presta atención a ciertos supuestos en los que resulta relevante la forma en la que se exige que se suministre la información. Así sucede, por ejemplo, con las normas que disciplinan deberes precontractuales de informar en las relaciones de consumo, en las cuales se indica, de una parte, qué información debe suministrarse y, de otra, de qué forma debe suministrarse.

IV. LA ESTRUCTURA DE LA INVESTIGACIÓN

Delimitado el campo de estudio de esta investigación resulta útil exponer ahora su estructura.

El trabajo se encuentra dividido en un capítulo preliminar, de carácter introductorio, y dos partes.

1. El capítulo introductorio tiene como objetivo, de una parte, ilustrar a través de dos ejemplos especialmente conspicuos el problema que se trata de investigar y, de otra, justificar la delimitación del campo de estudio.

2. Tras el capítulo introductorio, la primera parte de la investigación corresponde a los deberes de informar típicos, la segunda a los atípicos. Conviene justificar, primero la división y, posteriormente, el orden en que expongo ambas partes.

3. La razón que justifica tratar por separado los deberes precontractuales de informar típicos y atípicos es la siguiente: tratándose de deberes típicos, como ha quedado dicho, el legislador ya ha efectuado la ponderación de los intereses en juego. Aunque ésta pueda tener un carácter fragmentario, lo cierto es que ciertas preguntas ya han quedado respondidas. Así, por ejemplo, no tiene demasiado sentido preguntarse qué información debe proporcionar el organizador o el detallista al consumidor en un contrato de viaje combinado, puesto que el legislador ya ha respondido a través de un extenso catálogo contenido en el artículo 152 del Texto Refundido de la Ley General de Consumidores y Usuarios. Esto no sucede cuando se trata de deberes atípicos: en ese ámbito es necesario preguntarse si quien compra un famoso cuadro debe mencionar al vendedor, que lo ignora, la verdadera autoría de la tela.

Por otra parte, se ha considerado que el deber de informar es un tema confuso; probablemente, parte de esta confusión se disuelve si se trata de forma diferenciada los deberes precontractuales de información típicos y los atípicos. Al hacerlo de esta manera, se advierte que las preguntas acerca del deber de informar no admiten respuestas únicas, sino que es necesario distinguir según los contextos en que se formulen.

Respecto de tratar en primer lugar los deberes de informar típicos y luego los atípicos, la razón es sencilla: como los segundos carecen de una disciplina autónoma resulta más fácil comprenderlos e intentar perfilarlos como una categoría dogmática, una vez que, previamente, se han

analizado los supuestos en que, el legislador ya lo ha hecho. Una segunda razón que justifica este orden es que en los deberes de informar típicos el legislador ya ha efectuado la ponderación de los diversos intereses en juego; por lo tanto, puede tratarse de un modelo útil ahí donde es necesario realizar la ponderación.

Justificada la división y el orden, ahora es el momento de exponer, sucintamente, cada una de las dos partes.

4. La primera parte está constituida por dos capítulos. El primero de ellos se dedica a deberes precontractuales de información a propósito de los vicios redhibitorios y la evicción. El segundo capítulo analiza una serie de supuestos de deberes precontractuales de información, cuyo denominador común es que todos ellos se presentan en relaciones caracterizadas por la presencia de asimetrías informativas entre las partes de la negociación en términos tales que se estima que una de ellas no es, por regla general, capaz de tutelar sus propios intereses.

Antes de dar alguna breve noticia sobre el contenido de ambos capítulos me interesa formular dos advertencias.

La primera de ellas es que se trata, únicamente, de una muestra de deberes precontractuales de informar típicos. Por su variedad, no es posible ofrecer un estudio completo de todos ellos. Esta constatación precisa justificar por qué he elegido estos supuestos y no otros. Existen dos razones que lo explican. (1) La evidente importancia histórica de la regulación de los vicios redhibitorios y la evicción. Se trata, probablemente, de los primeros supuestos en que se sanciona la reticencia de una de las partes. (2) Mi opción por los deberes agrupados en torno a la desigualdad de las partes se explica porque se trata, en mi opinión, del esfuerzo de tipificación más ambicioso que se haya emprendido hasta el momento y resulta inconcebible una investigación sobre deberes precontractuales de información que no los considere.

La segunda advertencia que quiero hacer se refiere a la reunión, en la primera parte, de deberes de información tan diferentes como los que es posible desprender, por ejemplo, de la disciplina de los vicios redhibitorios o de la regulación del contrato de viaje combinado. Eventualmente, existen diferencias muy marcadas entre los deberes precontractuales de información que considero en esta primera parte. Así por ejemplo, mientras que en el ámbito de los vicios redhibitorios, la imputabilidad del conocimiento del defecto al vendedor es excepcional, tratándose de relaciones de consumo, dicha imputabilidad constituye la regla general. Por otra parte, tratándose de la evicción la información que debe suministrarse se encuentra especificada en términos muy amplios, en las normas que disciplinan las relaciones de consumo, por el contrario, suelen emplearse listados extremadamente detallados de datos que el empresario debe suministrar al consumidor. Finalmente, mientras que en las normas que regulan las relaciones de consumo existe una gran preocupación respecto de la forma en que se suministra la información, dicha preocupación no existe en relación a la evicción o a los vicios redhibitorios.

A pesar de estas y otras diferencias que existen entre los diversos deberes precontractuales de informar típicos, existen ciertas similitudes que permiten y aconsejan el tratamiento conjunto de todos ellos. La principal similitud es que, en todos los supuestos, la estructura del problema es la misma: una de las partes ignora cierta información que es determinante para la correcta formación de su voluntad, la otra parte conoce (o se le imputa el conocimiento) dicha información, así como la ignorancia de la primera parte y la importancia de dicha información. En segundo lugar, en todos los supuestos se asocia una consecuencia jurídica desventajosa a quien no proporciona la información.

5. El primer capítulo se ocupa de los vicios redhibitorios y de la evicción. La pregunta que conviene formular a propósito de estas figuras es ¿en qué medida puede hablarse de deberes precontractuales de información a propósito de ellas? Es posible hablar de deberes precontractuales de

informar en la medida en que, si se presta atención al funcionamiento de la evicción y de los vicios redhibitorios, se advierte que el mismo no es totalmente objetivo. Es patente que, a través de ambas figuras, el vendedor garantiza que la cosa es “como parece ser” –esto es, sin defectos ocultos y de propiedad del vendedor- en términos tales que satisface el interés contractual. Sin embargo, junto a este funcionamiento objetivo, existe un aspecto subjetivo en ambas figuras: si el vendedor conoce la existencia de los vicios redhibitorios o el hecho de que la cosa pertenece a otra persona y no se lo comunica al comprador, debe indemnizarle daños y perjuicios. Existe, entonces una sanción a quien, conociendo esta información, no comunica cierta información al comprador. La regulación de los vicios redhibitorios y la evicción incorpora, por tanto, la disciplina de un deber precontractual de información. El interés de examinar estos deberes de información, como ya se ha dicho, reside en que se trata del primer supuesto histórico –o, al menos, el más documentado- en el que se sanciona la reticencia, y en que, a través de él, se puede inducir la estructura de un deber precontractual de información –esto es, su supuesto de hecho y su consecuencia jurídica-, lo cual presta una utilidad, al enfrentarse después a los deberes atípicos. De otra parte, cuando se examinan dichos deberes, se advierte cómo se ha ensanchado el alcance de ambas figuras, convirtiéndolas en verdaderos sistemas especiales de responsabilidad contractual.

6. El segundo capítulo de la primera parte agrupa una serie de supuestos de deberes típicos de informar en los que lo determinante para su imposición es la desigualdad de las partes en términos tales que dichos deberes de información han sido diseñados como técnicas de protección a la parte más débil de la negociación. En este capítulo, interesa examinar cómo protegen dichas normas a la parte más débil y cuáles son sus limitaciones. A diferencia de los supuestos del primer capítulo, los deberes aquí tratados son más complejos. De una parte, se estima que la protección de la libertad contractual requiere de una mayor intervención del legislador, lo que determina no sólo el deber de suministrar

información, sino, además, por ejemplo, el establecimiento de normas que disciplinan cuidadosamente cómo se debe transmitir la información (v. *gr.*, por escrito), o bien de normas que otorgan al consumidor periodos de reflexión con posterioridad a la celebración del contrato, durante los cuales puede optar por desvincularse de dicho negocio. De otra parte, los contenidos de la información que se ha de suministrar suelen ser más amplios. Tratándose de los vicios redhibitorios y de la evicción, la información se refiere fundamentalmente al objeto del contrato, en cambio en los deberes tratados en este capítulo, por ejemplo en el caso de la normativa de protección al consumidor, a dicha información se añade la relativa a los datos del empresario, a las cláusulas del contrato, a los riesgos de utilización del producto o servicio, etc.

Por otra parte, los deberes precontractuales de informar típicos tratados en este capítulo ponen un mayor énfasis en la imputación del conocimiento de la información al sujeto pasivo del deber de informar; esto es, no sólo se considera que se ha incumplido un deber de informar cuando no se proporciona información que se conoce, sino también cuando no se proporciona información que se ignora, pero que debería conocerse.

7. Una vez que se han analizado los deberes precontractuales de información típicos, la segunda parte de esta investigación estudia los denominados deberes precontractuales de información atípicos. Para ello, se estructura en tres capítulos.

8. El primer capítulo de la segunda parte examina la situación de los deberes precontractuales de información en el derecho inglés. Se trata, por así decirlo, de un capítulo de transición entre los deberes típicos y atípicos. La razón por la que acudo al ordenamiento jurídico inglés es que puede utilizarse como un elemento de contraste muy útil frente a los ordenamientos jurídicos continentales y, específicamente, al ordenamiento jurídico español. Respecto de los ordenamientos continentales, la opinión general es que reconocen la existencia de

deberes precontractuales de informar, mientras que, por lo que respecta a los países del *common law* suele afirmarse que carecen de un deber precontractual de informar. Sin embargo, si se examina con cierto detenimiento la situación del derecho inglés, se advierte con rapidez que (1) la entrega de información defectuosa se sanciona severamente y (2) existen múltiples deberes de información precontractuales. ¿En qué radica, entonces, la diferencia que los comparatistas suelen subrayar en el tratamiento de los deberes precontractuales de información entre los países de derecho continental y los del *common law*? La respuesta es que la diferencia se encuentra en los deberes atípicos y, concretamente, en el supuesto de la no entrega de información. En el derecho inglés no se acepta la existencia de un deber de negociar de buena fe; por ello, no se entiende que existan otros deberes de información más allá de aquellos tipificados a través de la ley o del precedente. En otras palabras, no se admite que el juez pueda extraer deberes precontractuales de información directamente de la buena fe. Una mirada al derecho inglés permite, además, comprender las razones que justifican esta renuencia frente a los deberes atípicos de información. Se trata de razones que resultan extremadamente útiles al considerar los límites de los deberes precontractuales de informar atípicos en los ordenamientos continentales y, específicamente, en el derecho español.

9. A continuación, en el segundo capítulo de esta segunda parte me ocupé de mostrar que en el derecho continental, y, por lo tanto, también en el derecho español, las cosas son distintas. La amplia acogida que aquí recibe el principio general de la buena fe en materia de contratos determina un amplio reconocimiento a la posibilidad de derivar de sus exigencias deberes atípicos de información, eso no significa, sin embargo, que exista un "deber general de informar", entendido en el sentido de que la buena fe exija siempre, o en la mayoría de las ocasiones, el suministro de información. Existen buenas razones para oponerse a esta idea. Para comprenderlas, basta con recordar la presencia de diversos intereses que es necesario ponderar y el hecho de que en esa ponderación no necesariamente deben vencer aquellos intereses que

aconsejan la imposición de un deber de informar, sino que pueden vencer otros que aconsejen exactamente lo contrario. Sólo una vez que se han ponderado los diversos intereses en juego es posible concretar las exigencias de la buena fe y responder a la cuestión de si la buena fe impone o no, en el caso concreto, la transmisión de información. Cuando se considera de esta manera la buena fe, surge la pregunta acerca de cómo deben ponderarse los diversos intereses, o dicho de otra manera, ¿cómo se concretan las exigencias de la buena fe?

10. La mejor doctrina española e importantes precedentes en derecho comparado aconsejan recurrir a la práctica de los tribunales en esta labor de concreción. Por ese motivo, el capítulo final de la segunda parte está dedicado a la concreción de las exigencias de la buena fe en lo que a deberes precontractuales de información atípicos se refiere. Desarrollar esta tarea precisa, previamente, advertir de que los deberes atípicos carecen de una regulación autónoma, por lo mismo, si se pretende analizar las decisiones de los tribunales sobre deberes atípicos, es necesario determinar en qué figuras jurídicas se incardinan las pretensiones de las partes. Una mirada al derecho comparado y al ordenamiento jurídico español indica que quien considere que no se le ha informado suficientemente durante la negociación de un contrato puede canalizar su pretensión a través de la normas de la responsabilidad extracontractual, del incumplimiento contractual, del error vicio del consentimiento o del dolo *in contrahendo*. En el derecho español, la práctica judicial muestra que las principales figuras son el error y el dolo. Tanto el error como el dolo suelen ser considerados como dispositivos de protección del consentimiento. Sin embargo, cuando se mira con atención la forma en que funcionan, se advierte que la libertad contractual no es el único interés que se protege, es necesario ponderar dicho interés con la seguridad jurídica, la autorresponsabilidad, la protección de la confianza y la creación de incentivos. El examen que se realiza de las decisiones judiciales sobre error y dolo se estructura a partir de dos preguntas. La primera de ellas es en qué medida se puede hablar de deberes precontractuales de informar a propósito de la disciplina del error y del

dolo. Frente a esta pregunta, la respuesta es que dicha posibilidad existe en la medida en que es posible reconocer en la disciplina de ciertos supuestos de error y de dolo la estructura de un deber precontractual de informar. La segunda pregunta es en qué medida contribuyen las decisiones de los tribunales a concretar las exigencias de la buena fe en lo que se refiere a deberes precontractuales de informar atípicos; es decir, qué intereses consideran y cómo los ponderan. La respuesta es que existen múltiples intereses; tratándose de los supuestos de error conocido –que son los que más interesan aquí, sea que se canalicen a través de la disciplina del error o del dolo- los principales intereses son la lealtad contractual y la autorresponsabilidad. En la ponderación de ellos es necesario determinar si existe una confianza que deba ser protegida y si la información era accesible para aquella parte que la ignoraba. En conjunto con este examen, me ocupo de un interés que no se desprende de las decisiones de los tribunales, pero que es ampliamente considerado por la doctrina que se ha ocupado del tema: la creación de incentivos para la producción y utilización de información socialmente valiosa, y muestro cómo puede ser considerado junto a los demás que pueden extraerse de las sentencias judiciales.

V. BREVES CONSIDERACIONES METODOLÓGICAS

1. Antes de concluir con esta introducción, me interesa justificar dos opciones que he seguido a lo largo de esta investigación ahí donde han resultado pertinentes. La primera de ellas es el uso de derecho comunitario y de algunos instrumentos de *soft law* vinculados a lo que se ha denominado la armonización del derecho europeo de contratos. La segunda opción es el uso de consideraciones de eficiencia para contribuir a determinar la fisonomía de los deberes precontractuales de información.

2. Respecto del uso de derecho comunitario, he utilizado ciertas Directivas en el capítulo dos de la primera parte. La razón es evidente,

buena parte de las leyes a que se hace mención en ese capítulo –de hecho, buena parte de las leyes que establecen deberes precontractuales de información en el derecho español– corresponden a transposiciones de Directivas comunitarias. En el caso de los instrumentos de *soft law* la justificación precisa algunas palabras más. Más adelante me detengo sobre el proceso de armonización del derecho de contratos, por ahora basta advertir de que se trata, probablemente, del hito más importante para el derecho de contratos europeo desde el proceso de codificación. Por otra parte, el derecho español de contratos se encuentra, actualmente, en un acelerado proceso de revisión. Mi intuición es la siguiente, quien desee conocer la fisonomía que, en el futuro, tendrá el derecho español de contratos debe prestar una cuidadosa atención a estos instrumentos de *soft law*. Esta consideración reviste especial importancia en un tema que, como los deberes precontractuales de informar, aún no ha recibido la atención suficiente por parte de la doctrina española y del que, en cambio, han estado pendientes quienes han participado en la redacción de los instrumentos de *soft law*.

3. Ahora es el turno de las consideraciones de eficiencia. Al análisis económico del derecho se le debe la introducción de consideraciones de eficiencia para explicar y evaluar las instituciones jurídicas. En términos muy gruesos, existen dos formas de emplear las consideraciones de eficiencia. Denominaré a la primera imperialista y, a la segunda, complementaria. La forma imperialista consiste en considerar que la eficiencia (en alguna de sus diversas descripciones) es el único –o el principal– elemento que debe emplearse al explicar y evaluar las instituciones jurídicas. Las pretensiones de la forma complementaria son más modestas, consiste, simplemente, en advertir que el enfoque dogmático tradicional es incompleto y que algunas herramientas propias del análisis económico permiten iluminar ciertas zonas del fenómeno jurídico que el enfoque dogmático relega a la opacidad. Mi opción es por la forma complementaria. Como espero quede claro en el último capítulo de esta investigación, las consideraciones de eficiencia no son ni el único ni el principal criterio para determinar los contornos de los deberes

precontractuales de información, sin embargo, al utilizarlas descubrimos ciertos aspectos del fenómeno que el enfoque dogmático ni siquiera se molesta en considerar.

PRELIMINAR

UNA PREGUNTA PERSISTENTE

El objetivo de este capítulo preliminar es doble. De una parte, se trata de ilustrar, a través de dos casos especialmente importantes, el problema en torno al cual se articula esta investigación. De otra parte, se explicita y justifica la delimitación del campo de estudio.

I . DOS CASOS CONSPICUOS

La pregunta acerca de si, durante la negociación de un contrato, las partes deben informarse es antigua y persistente. Para ilustrar esta afirmación servirán dos casos –separados en el tiempo por, aproximadamente, dos mil años- que han ocupado a algunos de los mejores juristas de cada época, uno ficticio: el mercader de Rodas y otro real: *Laidlaw v Organ*.

A. EL MERCADER DE RODAS

Probablemente el caso más utilizado por los autores que han prestado su atención a los deberes precontractuales de información sea el del

mercader de Rodas.¹ Como es sabido, se trata de un ejemplo utilizado por CICERÓN para ilustrar un supuesto en que, aparentemente, lo útil no se compadece con lo honesto:

“Un hombre bueno lleva desde Alejandría a Rodas una carga de trigo en un tiempo en que los rodios sufren de escasez y hambre por falta de alimentos, sabiendo él que habían levantado anclas del puerto de Alejandría otros mercaderes y viendo que las naves cargadas de trigo iban rumbo a Rodas “¿debe decir esto a los rodios, o se callará para vender su mercancía más cara?”²

En la resolución del problema, CICERÓN plantea una discusión ficticia entre Diógenes de Babilonia y su discípulo Antípatro. El primero defiende, de una parte, la legitimidad de mantener ciertos secretos de los cuales se obtiene un beneficio y, de otra, argumenta la posibilidad de la parte ignorante de obtener por si misma la información silenciada. El segundo, justifica el deber de informar en la existencia de lazos establecidos por la naturaleza que vinculan a la sociedad humana.

CICERÓN considera este caso junto a otro –el de un hombre que vende una casa silenciando el hecho que está deteriorada y que amenaza ruina– y estima que en ambos casos existe un deber de informar, hacerlo de esa manera no solo es honesto, sino además útil:

¹ Así, por ejemplo, SANTO TOMÁS, GROCIO, POTHIER y PUFENDORF (ver *infra* notas 5 a 14). Ver también RUDDEN, B., “Le juste et l’inefficace. Pour un non-devoir de renseignements”, *RTDC* 1985, p. 98; FABRE-MAGNAN, *De l’obligation d’information dans les contrats. Essai d’une théorie*, LGDJ, París, 1992, p. 27; PALMIERI, N., “Good Faith Disclosures Required During Precontractual Negotiations”, *Seton Hall L. Rev.*, vol. 24, 1993, p. 81; DUGGAN, A., BRYAN, M. y HANKS, F., *Contractual Non-Disclosure. An Applied Study in Modern Contract Theory*, Longman Professional Publishing, Hong Kong, 1994, pp. 1-3; DALLEY, P., “From Horse Trading to Insider Trading: the Historical Antecedents of the Insider Trading Debate”, *Wm. & Mary L. Rev.*, vol. 39, 1998, p. 1295; VAN ROSSUM, M., “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. 300-301; KRAWIEC, K. y ZEILER, K., “Common-Law Disclosure Duties and the Sin of Omission: Testing the Meta-theories”, *Va. L. Rev.*, vol. 91, 2005, p. 1818.

² CICERÓN, M. T., *Sobre los deberes*, Estudio preliminar, traducción y notas de J. Guillén Cabañero, Tecnos, Madrid, 1989, p. 156.

“Aquel comerciante de trigo no debió ocultar nada a los rodios (...) Porque el ocultar no consiste en callar una cosa cualquiera, sino el querer en tu provecho que lo que tú sabes lo ignoren aquellas personas a quienes sería útil el saberlo. ¿Quién no advierte la índole de este ocultar y de quien es propia? No lo es ciertamente de un hombre abierto, sencillo, ingenuo, justo y bueno, sino de un hombre taimado, misterioso, astuto, falaz, malicioso, sagaz, hábil, bellaco ¿No es inútil el hacerse merecedor de tantos y de otros muchos nombres infamantes?”.³

Sin duda, se trata de una respuesta sugerente, pero, probablemente, algo etérea desde la mirada de un jurista. El autor no parece estar reflexionando, exactamente, sobre un deber jurídico, sino más bien sobre uno moral. Al menos, esto es lo que se desprende si se presta atención a ciertas expresiones que emplea en su respuesta y al hecho de que, en los tiempos de CICERÓN, los juristas romanos admitían el derecho de los negociantes a permanecer en silencio respecto de los factores que afectaban al valor de la cosa.⁴

La respuesta de CICERÓN para el caso del mercader de Rodas no convenció a SANTO TOMÁS. GROCIO, por su parte, consideró que el silencio del vendedor podía violar la regla de la caridad, pero no se encontraba en pugna con el derecho. Más tarde, POTHIER, con mayores dudas, pensó que ese tipo de reticencias obligaban sólo en el foro de la conciencia, pero que, en cambio, podían resultar problemáticas en términos de justicia conmutativa.

³ *Ibíd.*, p. 159.

⁴ Ver SCHERMAIER, J., “*Bona fides in Roman Contract Law*”, en Zimmerman, R. y Whittaker, S., *Good Faith in European Contract Law*, Cambridge University Press, 2000, p. 91. Desde luego, una conspicua excepción a esto se encuentra en la evicción y la presencia de vicios redhibitorios. Volveré sobre la protección del comprador en el derecho romano en la Primera parte, § 1.

1. SANTO TOMÁS

Alrededor de doce siglos después de CICERÓN, los casos del mercader de Rodas y la casa ruinosa son retomados por SANTO TOMÁS DE AQUINO en la *Suma Teológica*, II-IIae (*Secunda secundae*) a propósito de la cuestión 77: “El fraude que se comete en las compraventas”⁵. Allí, el Aquinate se pregunta si el vendedor está obligado a informar de los defectos de la cosa vendida. En la respuesta, distingue los dos casos que CICERÓN había igualado –el del mercader de Rodas y el de la casa ruinosa. Para SANTO TOMÁS, el problema con los defectos de la cosa no se encuentra en clave de protección del consentimiento, sino, siguiendo en esto a Aristóteles, en clave de igualdad en el intercambio, es decir, de justicia conmutativa.

Tratándose de un defecto (la obra ruinosa), el problema es que se produce una diferencia entre lo que se paga y el justo precio de la cosa y aquí radica el punto, como señala el propio SANTO TOMÁS:

“(…) el valor de las cosas que están destinadas al uso del hombre se mide por el precio a ellas asignado, para lo cual se ha inventado la moneda, como se dice en V *Ethic*. Por consiguiente, si el precio excede al valor de la cosa, o, por lo contrario, la cosa excede en valor al precio, desaparecerá la igualdad de justicia. Por tanto, vender una cosa más cara o comprarla más barata de lo que realmente vale es en sí injusto e ilícito”.⁶

En el caso del mercader de Rodas esto no sucede. Una vez más es útil citar al Aquinate:

“El defecto de una cosa hace que ésta sea de menor valor en el presente del que aparenta. Pero, en el caso recogido en la objeción [el del mercader de Rodas], sólo para más adelante se espera que el trigo tenga menor valor por la llegada de muchos negociantes, que es ignorada por los compradores; de ahí se sigue que el vendedor que

⁵ SANTO TOMÁS DE AQUINO, *Suma de Teología*, t. III, Parte II-II(a), Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid, 1990, p. 593.

⁶ *Ibíd.*, p. 594.

vende una cosa según el precio corriente no parece quebrantar la justicia al no manifestar lo que va a suceder después. Sin embargo, si lo expusiera o rebajase su precio, practicaría una virtud más perfecta, aunque a esto no parece estar obligado por deber de justicia”.⁷

Para SANTO TOMÁS, entonces, en el caso del mercader de Rodas, no existe un deber jurídico de informar⁸, la justicia conmutativa que, en su planteamiento, debe imperar en los contratos no lo exige. En el momento en que se celebró el contrato de compraventa, la escasez de grano determinaba el precio cobrado por el mercader; los términos del intercambio fueron, entonces, adecuados en términos de justicia conmutativa.⁹

2. GROCIO

El caso del mercader de Rodas ocupa la atención de GROCIO en su tratamiento de los contratos, específicamente, a propósito de la igualdad de los contratantes.

Dicha igualdad puede referirse tanto a los actos a través de los cuales se contrata como a aquello sobre lo que se negocia. Cuando se trata de los actos, la igualdad comprende tanto a los actos principales –es decir, la

⁷ *Ibíd.*, p. 598.

⁸ Podrá existir un deber moral, pero en opinión de SANTO TOMÁS, no cualquier deber moral debe ser exigido jurídicamente. Así se lee a propósito de la *questio* 96 (a.2) (*Suma de Teología*, t. II, Parte I-II, p. 749):

“Ahora bien, la ley humana está hecha para la masa, en la que la mayor parte son hombres imperfectos en la virtud. Y por eso la ley no prohíbe todos aquellos vicios de los que se abstienen los virtuosos, sino sólo los más graves, aquellos de los que puede abstenerse la mayoría y que, sobre todo, hacen daño a los demás, sin cuya prohibición la sociedad humana no podría subsistir, tales como el homicidio, el robo y cosas semejantes”.

⁹ Una discusión acerca de la opinión al respecto de Cayetano, Francisco de Vitoria, Juan Medina y Silvestre de Prietas puede encontrarse en FERNÁNDEZ, P. *La justicia en los contratos. Comentarios a Summa Theologiae*, 77-78, trad. T. López y M^a Zorroza, Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 2007, pp. 91-97.

celebración del contrato- como a los precedentes –es decir aquellos actos a través de los que se negocia el contrato.¹⁰ Al tratar los actos precedentes, el autor estima que las exigencias de la igualdad demandan que “quien contrata con otro debe indicar los defectos conocidos de él en la cosa”.¹¹ No sucede lo mismo, sin embargo, respecto de las circunstancias extrínsecas¹², que son precisamente las que están en juego en el caso del mercader de Rodas. En este sentido, resultan particularmente elocuentes las palabras de GROCIO:

“Mas no se ha de decir lo mismo de lo que no toca a la cosa: como si uno sabe que hay en camino muchas naves, que traen trigo, pues indicar una cosa semejante es seguramente justo y laudable, de manera muchas veces que no puede omitirse sino violando la regla de la caridad, mas no es injusto, esto es en pugna con el derecho de aquel con quien se negocia”.¹³

En lo que importa aquí, la idea de GROCIO es que no existe jurídicamente un deber de informar; el silencio no pugna con el derecho de aquel con

¹⁰ GROCIO, H., *Del derecho de la guerra y la paz*, Libro II, cap. XII, nº VIII (Traducción J. Torrubiano Ripoll), Editorial Reus, Madrid, 1925, p. 199.

¹¹ *Ibid.*, nº IX, p. 199.

¹² Vuelvo, más adelante, a tratar más detalladamente las circunstancias extrínsecas, ver p. 420 nota 40.

¹³ *Ibid.*, pp. 200-201. La misma opinión mantendrá PUFENDORF, en *Of the Law of Nature and Nations*, L. V. trad. W. Percivale, c. III, n. IV, Ed. Basil Kennett, Oxford, Lichfield, 1703. En sus palabras:

“Good nature does not oblige me, to do another Man a Courtefie *gratis*, except he be in extream want of it. But this was no the Cafe of the *Rhodians*, they wanted Corn indeed, but not Money, for they were famous among the Ancients for their Riches. Befides, I am not oblig'd to do a Kindnefs, when 'tis like to tend me to the Detritment of the Giver than the Benefit of the Receiver, But, in this Cafe, the Merchant would have loft more than the Purchasers would have got by the Intelligence. For it he vended it to a great many Purchafers at the Market Price, each would have felt but little, and if any one Man had engroft the whole, he might thank his own Avarice, if he loft by it; and indeed we cannot expect, in the common way of the World, that Men fhould be to very exact in the Performance of this Duty: For provided the Love of Money does not tempt the Merchants to cheat us, we may eafily excufe them from what the Law of Courtefie and Good-nature may feem to oblige them to”.

quien se negocia.¹⁴ Al igual que lo hiciera SANTO TOMÁS, GROCIO considera que quien informe practicará una virtud más perfecta, pero no una virtud que exija el derecho.

3. POTHIER

El autor francés se detiene en el caso del mercader de Rodas a propósito de los deberes (*engagements*) que se derivan de la buena fe para el vendedor. En el artículo I del Libro II –dedicado a las exigencias de la buena fe– se lee, en el número 233:

“(…) néanmoins dans les contrats intéressés, du nombre desquels est le contrat de vente, la bonne foi ne défend pas seulement tout mensonge, mais toute réticence de tout ce que celui avec qui nous contractons a intérêt de savoir touchant la chose qui fait l'objet du contrat.

“La raison est que la justice et l'équité dans ces contrats consistent dans l'égalité; tout ce qui tend à la blesser est donc contraire à l'équité. Il est évident que toute réticence de la parte d'un des contractants, de tout ce que l'autre auroit intérêt de savoir touchant la chose qui fait l'objet du contrat, blesse cette égalité car dès que l'un a plus de connaissance que l'autre touchant cette chose, il a plus d'avantage que l'autre à contracter; il sait mieux ce qu'il fait que l'autre, et par conséquent l'égalité ne se trouve plus dans le contrat.

En faisant l'application de ces principes au contrat de vente, il s'ensuit que le vendeur est obligé de déclarer tout ce qu'il sait touchant la chose vendue à l'acheteur qui a intérêt de le savoir; et qu'il pèche contre

¹⁴ Una excepción, sin embargo, existe a propósito del contrato de seguro. Al tratarlo, GROCIO señala que éste será nulo si los contratantes supieren y no se informaren recíprocamente, según corresponda de que la cosa de que se trata llegó salva a su destino o pereció (*Ibid.*, nº XXIII, p. 216). La razón de imponer un deber de informar aquí no es sólo la igualdad entre las partes, sino, además, el hecho de que la incertidumbre del daño sea un elemento esencial en dicho acuerdo.

bonne foi qui doit regner dans ce contrat, lorsqu'il lui en dissimule quelque chose".¹⁵

Del pasaje transcrito pareciera desprenderse que existe un deber de informar derivado de las exigencias de la buena fe que es extremadamente amplio. Sin embargo, en el número siguiente (234), POTHIER se refiere a un pasaje de Florentino contenido en el *Digesto* sobre el dolo y al tratamiento que prodigaban los romanos a los defectos de la cosa, de donde podría pensarse que es únicamente en ese tipo de supuestos donde las exigencias de la buena fe en lo que se refiere al deber de informar se plantean de manera tan severa.

Para calibrar adecuadamente la opinión de POTHIER, conviene recordar que el jurista francés diferencia aquellos deberes propios del foro de la conciencia de aquellos propios del foro externo. Los primeros se refieren a la moralidad de la conducta, los segundos a su legalidad.¹⁶ Por lo que respecta al foro externo –y en lo que importa aquí–, el autor se pregunta qué reticencias obligan y a qué obligan, y sobre esto considera aquellos silencios deliberados del vendedor respecto de ciertas cargas, rentas o hipotecas especiales que gravan la cosa vendida, precisando que, en esos casos, el silencio es doloso y determina el surgimiento de la obligación del vendedor de indemnizar los daños y perjuicios (*dommages et intérêts*) que con su silencio ocasione al comprador.¹⁷

A continuación, se detiene sobre las circunstancias extrínsecas que el vendedor ignora y tiene interés en conocer, e ilustra esta situación con el caso del mercader de Rodas y, citando la respuesta de CICERÓN transcrita anteriormente, señala que:

¹⁵ POTHIER, *Traité du contrat de vente*, en *Oeuvres de Pothier, Nouvelle édition*, t. IV, *Contrat de vente, Retraits, Beaucé*, Libraire de S.A.R. Mgr. Duc d'Angoulême, París, 1818, pp. 138-139.

¹⁶ Ver PERILLO, J., "Robert J. Pothier's Influence on the Common Law of Contract", *Tex. Wesleyan L. Rev.*, vol. 11, 2005, p. 283.

¹⁷ POTHIER, *Traité du contrat de vente*, pp. 140-141.

“Cette question ne concerne que le for de la conscience; car il n’est pas douteux que dans le for extérieur, un acheteur n’est pas écouté se plaindre que le vendeur ne l’a pas instruit des circonstances extrinsèques à la chose vendue, quelque intérêt qu’ eât l’acheteur de les savoir”.¹⁸

La reticencia del mercader no es, para POTHIER, un problema propio del foro exterior, sino del de la conciencia. Y, aún en el foro de la conciencia existirían argumentos para cuestionar la existencia de un deber moral en este caso, así, refiriéndose al beneficio que obtiene el mercader con su venta, señala:

“Le profit qu’il fait en vendant son blé au prix qu’il vaut aujourd’hui, quoiqu’il sache qu’il vaudra beaucoup moins dans peu, n’a rien d’injuste; c’est une juste récompense de la diligence qu’il a faite pour arriver le premier”.¹⁹

Con todo, la opinión del jurista francés es más compleja. Como el mismo advierte, los argumentos a favor de no imponer un deber de informar pueden producir consecuencias que, en términos de justicia conmutativa, no resultan tolerables. Así sucede en el caso del mercader de Rodas, una de las partes posee información que se refiere a una disminución en el precio de la cosa y esa disminución probablemente sea muy considerable y tenga lugar en un plazo muy cercano. En dichos supuestos, POTHIER advierte que le resultaría difícil no considerar injusto (*j’aurais de la peine à excuser d’injustice*) el beneficio que recibe el comprador gracias a su reticencia.²⁰

¹⁸ *Ibid.*, p. 143.

¹⁹ *Loc. cit.*

²⁰ *Ibid.*, p. 144.

Las opiniones de POTHIER al respecto no sólo tuvieron eco en el ámbito francés, sino que se extendieron hacia América²¹, donde fueron utilizadas por el juez Marshall en la sentencia de *Laidlaw v. Organ*.

B. LAIDLAW V. ORGAN

Es posible afirmar, sin equivocarse, que si el mercader de Rodas es el caso ficticio sobre deberes precontractuales de información más citado, *Laidlaw v. Organ*²² ocupa el mismo puesto dentro de los casos reales.²³ Los hechos, según constan en la sentencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos son los siguientes:

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

²¹ Sobre la influencia de POTHIER en el derecho de contratos estadounidense puede consultarse PERILLO, "Robert J. Pothier's", pp. 267-288. Señala PERILLO que: "In America, Pothier was the Blackstone of Contract Law. Reading Pothier was part of the education on many apprentice lawyers" (*Ibid.*, p. 268). Es interesante advertir que la influencia de POTHIER no se limitó a Estados Unidos, sino que, además, alcanzó al derecho inglés, sobre esto puede consultarse ZIMMERMANN, R., *Estudios de derecho privado europeo*, trad. A. Vaquer Aloy, Civitas, Madrid, 2000, pp. 225-227. Ver, además, CARTWRIGHT, J., "The rise and fall of mistake in the English law of contract", en Sefton Green, R. (edit.) *Mistake, Fraud and Duties to Inform in European Contract Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2005, p. 68, nota 15.

²² *Laidlaw v. Organ*, 15 U.S. (2 Wheat.) 178.

²³ Sobre la gran importancia de esta sentencia para el derecho estadounidense puede consultarse KAYE, J., "Disclosure, Information, the Law of Contracts, and the Mistaken Use of *Laidlaw v. Organ*", pp. 1-4, disponible en http://works.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1000&context=joshua_kaye. Visitado 22/12/2007. En el ámbito europeo, la sentencia también ha sido profusamente citada. Así, por ejemplo, FABRE-MAGNAN, *De l'obligation d'information*, p. 75; KÖTZ, H., "Precontractual Duties of Disclosure: A Comparative and Economic Perspective", *European Journal of Law and Economics*, vol. 9, 2000, p. 16; MUSY, A., "The Good Faith Principle in Contract Law and the Precontractual Duty to Disclosure: Comparative Analysis of New Differences in Legal Cultures", *Global Jurist Advances*, vol. 1, 2001, p. 13; y VERDA Y BEAMONTE, J. R., "El dolo in contrahendo", *RDP*, nº 16, 2006, p. 45.

armada británica sobre Nueva Orleans mantuvo los precios del tabaco inusualmente bajos. Como resultado de la firma 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 pública²⁴ 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. El tribunal de instancia falló a favor del demandante. La decisión judicial fue apelada por los abogados de *Laidlaw*. En el escrito de los recurrentes se lee:

“Suppression of material circumstances within the knowledge of the vendee, and not accessible to the vendor, is equivalent to fraud, and vitiates the contract (...) The parties treated on an unequal footing, as the one party had received intelligence of the peace of Ghent, at the time of the contract, and the other had not (...) In answer to the question whether there was any news calculated to enhance the price of the article, the vendee was silent. This reserve, when such a question

²⁴ La compraventa se negoció entre las 9 y las 10 de la mañana, aparentemente la noticia se hizo pública aproximadamente dos horas más tarde.

was asked, was equivalent to a false answer, and as much calculated to deceive as the communication of the most fabulous intelligence".²⁵

La respuesta del comprador –Organ- frente al recurso formula la misma distinción que hizo POTHIER entre el foro de la conciencia y el foro externo, señalando que la máxima de *caveat emptor*²⁶ diferencia las leyes morales y civiles en esta materia:

"The only real question in the cause is, whether the sale was invalid because the vendee did not communicate information which he received precisely as the vendor might have got it had he been equally diligent or equally fortunate? And, surely, on this question there can be no doubt. Even if the vendor had been entitled to the disclosure, he waived it by not insisting to an answer to his question; and the silence of the vendee could easily have been interpreted as a negative answer to the vendor's question. In principle, however, the vendee was not bound to disclose any information unknown to the vendor.

Even admitting that his conduct was unlawful, in foro conscientiae, does this admission prove that it was so in the civil forum? Human laws are imperfect in this respect, and the sphere of morality is more extensive than the limits of civil jurisdiction. The maxim of *caveat emptor* could never have crept into the law if the province of ethics had been coextensive with it. There was, in the present case, no circumvention or manoeuvre practiced by the vendee, unless rising early in the morning, and obtaining by superior diligence and alertness that intelligence by

²⁵ 15 U.S. (2 Wheat.) 184-90.

²⁶ La doctrina del *caveat emptor*, tal y como era entendida en el siglo XIX en los sistemas del *common law* significaba que en la negociación de un contrato cada parte se protegía a sí misma y no tenía derecho a confiar en la asistencia de la otra. Ninguna de las partes, por lo tanto, debía informar a la otra sobre aspectos que fueran determinantes para la correcta formación del consentimiento. Además no debía existir control del contrato en términos de justicia conmutativa. Sobre esto puede consultarse ATIYAH, P., *The Rise and Fall of Freedom of Contract*, Clarendon Press, Oxford, 1979, pp. 464-479. Sobre la comprensión del *caveat emptor* en el derecho estadounidense, sus orígenes, auge y su actual discusión puede consultarse WEINBERGER, A., "Let the Buyer Be Well Informed – Doubting the Desmise of Caveat Emptor", *Md. L. Rev.*, vol. 55, 1996, pp. 387-423. Para la relación entre deberes precontractuales de información y la doctrina del *caveat emptor* en Estados Unidos puede consultarse PALMIERI, "Good Faith Disclosures", pp. 74 y 109-119.

which the price of commodities was regulated, be such. It is a romantic equality that is contended for on the other side. Parties never can be precisely equal in knowledge, either of facts or the inferences from such facts, and both must concur in order to satisfy the rule contended for".²⁷

Sin embargo, los recurrentes estimaron que, en este caso, las exigencia de la moral y del derecho (*rule of law*) eran las mismas. Respecto de la máxima *caveat emptor*, consideraron que el monopolio de la información que poseía el comprador impedía al vendedor protegerse:

"The information was monopolized by the messengers from the British fleet, and not imparted to the public at large until it was too late for the vendor to save himself. The rule of law and of ethics is the same. It is not a romantic, but a practical and legal rule of equality and good faith that is proposed to be applied".

La decisión de la Corte Suprema fue emitida por el juez Marshall, quien, con buen conocimiento de las ideas de POTHIER²⁸, enfatizó que, en este caso, se trataba de información extrínseca²⁹ y que no parecía sencillo

²⁷ *Ibid.*, pp. 193-194.

²⁸ En la sentencia de la Corte Suprema se lee una cita de POTHIER según la cual, en general, los autores de la tradición del derecho natural:

"are of opinion, that the good faith which ought to govern the contract of sale, only requires that the vendor should represent the thing sold as it is, without dissimulating its defects, and not to sell it above the price which it bears at the time of the contract; that he commits an injustice in selling at this price, although he knows that the price must soon fall; that he is not obliged to disclose to the vendee a knowledge which he may have of the circumstances that may produce a depression of the price; the vendee having no more right to demand that the vendor should impart this knowledge than he should give away his property" (15 U.S. (2 Wheat.) 187-188, nota b).

²⁹ En el derecho estadounidense la distinción entre circunstancias intrínsecas y extrínsecas ha sido formulada por la autorizada opinión de Story (según la cita de KRAWIEC y ZEILER, "Common Law Disclosure", p. 1801) en los siguientes términos:

"Intrinsic circumstances are properly those which belong to the nature, character, condition, title, safety, use, or enjoyment, &c (*sic*) of the subject-matter of the contract, such as natural or artificial defects in the subject-matter. Extrinsic circumstances are properly those which are accidentally connected with it, or rather bear upon it at the time of the

determinar cuáles serían los límites de una doctrina que impusiera el deber de entregar este tipo de datos durante la negociación de un contrato. En sus palabras:

"The question in this case is, whether the intelligence of extrinsic circumstances, which might influence the price of the commodity, and which was exclusively within the knowledge of the vendee, ought to have been communicated by him to the vendor? The court is of opinion that he was no bound to communicate. It would be difficult to circumscribe the contrary doctrine within proper limits, where the means of intelligence are equally accessible to both parties. But at the same time each party must take care not to say or do anything tending to impose upon the other".³⁰

En general, las voces más autorizadas en la doctrina estadounidense, consideran que el *dictum* del juez Marshall es derecho vigente en los Estados Unidos.³¹ Sin embargo, lo que no resulta tan pacífico es el alcance y la justificación del precedente que establece este caso. Así, respecto del alcance, hay quienes afirman que sirve para ilustrar que en el derecho estadounidense no existe un deber general de informar durante las negociaciones de un contrato.³² Otros lo utilizan en forma más circunscrita para señalar que, en general, los compradores, mientras negocian el contrato, no tienen el deber de revelar a los vendedores información sobre la cosa objeto del contrato.³³

contract, and may enhance or diminish its value or price, or operate as a motive to make or decline the contract; such as facts respecting the occurrence of peace or war, the rise or fall of markets, the character of the neighborhood (*sic*), the increase or diminution of duties, or the like circumstances".

³⁰ *Laidlaw v. Organ*, 15 U.S. (2 Wheat.) 194.

³¹ Ver, por ejemplo, CALAMARI, J. y PERILLO, J., *Contracts*, 3ª ed., Westpublishing Co. Minnesota, 1987, p. 367; DOBBS, D., *The Law of Torts*, 9ª ed., West Group, Minnesota, 2000, p. 1376; EPSTEIN, R., *Cases and Material on Torts*, 8ª ed., Aspen, Nueva York, 2004, p. 1117.

³² CALAMARI y PERILLO, *Contracts*, p. 367.

³³ DOBBS, *The Law of Torts*, p. 1376.

Respecto a las razones que justificaron la decisión del juez Marshall, las cosas tampoco son pacíficas. Prescindiendo de las críticas que ha suscitado el caso³⁴, quienes parecen estar de acuerdo con la sentencia lo hacen por razones diversas. Así, por ejemplo³⁵, KRONMAN ha sugerido consideraciones de eficiencia asignativa (*allocative efficiency*).³⁶ COLEMAN, HECKATHORN y MASER, por su parte, enfatizan la disponibilidad de recursos endógenos en la negociación que permitían al vendedor protegerse adecuadamente frente al comprador.³⁷ BARNETT estima que decisiones como la del juez Marshall permiten que la información acerca del cambio de valor de los recursos llegue con la mayor rapidez posible al mercado.³⁸ Finalmente, SCHEPPELE señala que la decisión se justifica en la medida que el acceso a la información de las partes era estructuralmente simétrico.³⁹

³⁴ Tempranamente, en 1825, VERPLANK, G. (*An Essay on the Doctrine of Contracts: Being an Inquiry How Contracts are Affected in Law and Morals by Concealment, Error, or Inadequate Price*, G. & G. Carvill, Nueva York, 1825, p.128) criticó la decisión del juez Marshall señalando que la idea de *caveat emptor* que subyace en la sentencia es inadecuada en la medida que exige a las personas negociar como tramposos (*sharps*).

³⁵ Vuelvo más detenidamente sobre todos estos argumentos. Ver pp 523-552.

³⁶ KRONMAN, A., "Mistake, Disclosure and the Law of Contract", *The Journal of Legal Studies*, vol. 7, nº 1, 1978, p. 12.

³⁷ 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. 691-706.

³⁸ 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. 796.

³⁹ SCHEPPELE, K., *Legal Secrets. Equality and Efficiency in the Common Law*, The University of Chicago Press, Chicago, 1988, pp. 122-123.

II. UN TEMA CONFUSO

El deber de informar es un tema antiguo y persistente. A esto, que ya se ha dicho, se puede añadir que su persistencia se explica por la perplejidad que ha suscitado entre los autores. Una perplejidad que, como se verá inmediatamente, se mantiene y que obedece a la complejidad del tema.

A. LA CONFUSIÓN

En la sexta edición de los *Fundamentos de derecho civil patrimonial*, DÍEZ-PICAZO dedica un apartado a los deberes precontractuales de información, señala este autor que:

“No puede dudarse de la existencia de deberes precontractuales de información, regidos en muy buena medida por los criterios de buena fe y uso de los negocios (...) Debemos dar por supuesto que el deber de información es también del deber de que la información facilitada sea veraz o, por lo menos, responda al conocimiento que la parte que la suministra pueda tener al respecto.

La materia expuesta y la introducción de criterios valorativos y de arbitrariedad, debe arrancar de dos premisas claras. Es la primera que

corresponde a cada parte el deber de buscar la información (...) La segunda es el deber de dar respuesta a las peticiones expresas de información que la otra parte pueda formular.

Sin embargo, más allá de estas claras premisas iniciales, la zona de investigación se torna por demás confusa. No puede decirse fácilmente que una de las partes esté en el deber de informar a la otra por el hecho de que esta última se encuentre en una situación de imposibilidad o gran dificultad de obtener información por si misma (...)

Puede admitirse que, en algunos casos, cuando entre las partes existe una situación de específica confianza, esta determine un especial deber de información (...)

Tampoco es especialmente claro si en la existencia de los deberes precontractuales de información influye el que esta última sea costosa o no".⁴⁰

Las lúcidas palabras de DíEZ-PICAZO pueden ser comprimidas en dos ideas. La primera de ellas se refiere a la buena fe y a los usos del comercio. Es ampliamente reconocido que el fundamento de los deberes precontractuales se encuentra en las exigencias de la buena fe o de los usos del comercio.⁴¹ De ellos se derivan dos exigencias, a saber: suministrar información y que la información suministrada sea correcta.

La segunda idea, que es la que interesa ahora, es que se trata de un tema confuso. Existen, según el autor citado, dos premisas claras, más allá de ellas impera la confusión. Mi impresión es que, efectivamente, es un tema confuso, probablemente en mayor medida de lo que advierte el propio DIEZ-PICAZO. Ni siquiera las dos premisas que el autor identifica como claras –deber de autoinformarse y deber de respuesta- siempre lo

⁴⁰ DIEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, t. I, *Introducción. Teoría del contrato*, 6ª ed., Thomson Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2007, pp. 312-313.

⁴¹ Desarrollo esta idea posteriormente en el capítulo 2 de la segunda parte.

son.⁴² No es evidente que en cualquier circunstancia las partes deban autoinformarse. Así, si entre ellas existe una relación de confianza no será el caso, como, por ejemplo, sucede en el contrato de mandato.⁴³ Tampoco es siempre claro que se deba dar respuesta a las peticiones expresas de información. A propósito de *Laidlaw*, BARNETT ha sugerido que un vendedor no puede pretender que el comprador le conteste con honradez a la pregunta de si estaría dispuesto a pagar más por lo que le estoy vendiendo. Cualquiera que se involucre en una negociación sabe que la respuesta "no, esta es mi última oferta" no constituye un engaño que la ley sancione.⁴⁴

Aún dentro de esta segunda idea –el carácter confuso del tema- DIEZ-PICAZO se refiere a los criterios que pueden ser utilizados para responder a la pregunta acerca de si se debe o no informar: la imposibilidad o la dificultad en el acceso a la información de quien la ignora; la existencia de una situación de confianza; y el hecho de que la información sea costosa. Se trata, efectivamente, de criterios ampliamente utilizados por los autores que se han dedicado al tema –aunque, desde luego, no los únicos-,⁴⁵ sin embargo, DIEZ-PICAZO lleva razón al presentarlos con cautela por, al menos, dos razones. (1) Ninguno de los criterios es totalmente concluyente si se considera en forma aislada. Así, por ejemplo, no es posible afirmar sin más que si existe una relación de confianza se debe informar y, en caso contrario, no.⁴⁶ (2) La segunda razón es que la utilización de los criterios suele ser compleja. Siguiendo

⁴² Más adelante trataré con detenimiento ambas cosas, respecto del deber de autoinformarse ver p. 487-519. Respecto del deber de dar respuesta, ver pp 508-519.

⁴³ El mandante puede confiar en que su mandatario le transmitirá toda la información relevante que posea, no es necesario que el mandante sea diligente en procurarse dicha información. Ver GHESTIN, J., *Traité de droit civil. Les obligations. La formation du contrat*, LGDJ, París, 1993, p. 634.

⁴⁴ Ver BARNETT, "Rational Bargaining", p. 799.

⁴⁵ Dedico un apartado del § 3 de la segunda parte a examinar estos criterios.

⁴⁶ Aún si no existe ninguna confianza entre el vendedor y el comprador, el primero, según se verá, debe informar al segundo de la presencia de los vicios redhibitorios.

con el ejemplo de la situación de confianza ¿Qué significa exactamente que exista una situación de confianza entre las partes? Hay situaciones – *v. gr.*, las relaciones de familia- en las que la respuesta puede aparecer con claridad, en otras –por ejemplo, relaciones de negocios- puede no ser tan sencilla. Por otra parte, ¿Qué sucede, por ejemplo, si los criterios apuntan en direcciones diferentes? Así, por ejemplo, existe una situación de confianza, pero la información ha sido costosa de adquirir.

En definitiva, los deberes precontractuales de información son un tema confuso, ni siquiera las premisas que, en un primer momento, aparecen claras, en definitiva, lo son; a esto hay que añadir que los criterios que se utilizan para responder a la pregunta acerca de si debe o no suministrarse información (es decir si existe o no un deber precontractual de información) no son concluyentes y su utilización es compleja.

B. LA COMPLEJIDAD

El deber de informar es un tema complejo y esto contribuye a explicar las confusiones que suscita. Tres razones, al menos, explican esta complejidad: la dispersión de su regulación, su falta de uniformidad, y la protección de intereses que no siempre son compatibles.

1. LA DISPERSIÓN

La regulación del deber de informar se encuentra dispersa a través de un gran número de normas y figuras jurídicas. GÓMEZ CALLE, quien ha realizado en España el intento más ambicioso y logrado de presentar en forma monográfica los deberes precontractuales de información, incluye dentro del marco jurídico de estos⁴⁷:

⁴⁷ GÓMEZ CALLE, E., *Los deberes precontractuales*, La Ley, Madrid, 1994, pp. 27-80.

- a. El error y el dolo
- b. Los contratos celebrados por menores que se hacen pasar por mayores de edad
- c. La responsabilidad por vicios ocultos
- d. La responsabilidad del vendedor de inmuebles
- e. La responsabilidad por evicción
- f. La nulidad contractual
- g. La publicidad falsa o engañosa

Se trata de un número importante de figuras y normas jurídicas. Sin embargo, no son todas las que configuran el marco jurídico de los deberes precontractuales de informar. Así, simplemente, por citar algunas más, es posible considerar la normativa propia del contrato de seguros y las reglas pertinentes –distintas de aquellas que regulan la publicidad falsa o engañosa- de la, entonces vigente, Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.

La dispersión de normas que disciplinan los deberes precontractuales de informar no es patrimonio exclusivo del derecho español, en general, en el derecho comparado, las investigaciones acerca de los deberes precontractuales de información suelen mostrar un mosaico de normas jurídicas provenientes de figuras jurídicas diversas que, en forma más o menos similar, sancionan la reticencia o la entrega de información defectuosa. Así, por ejemplo, en el derecho francés, GHESTIN, además de reconocer una serie de leyes especiales que imponen deberes de informar, alude al error, el dolo, los vicios redhibitorios, la responsabilidad extracontractual, y la falta de conformidad del bien objeto del contrato.⁴⁸ En el ámbito italiano, GRISI considera el error, el dolo, los artículos 1.337 y 1.338 del Código civil italiano que disciplinan la

⁴⁸ GHESTIN, *Traité*, pp. 585-589 y 614-653.

buena fe durante las negociaciones del contrato y el deber precontractual de informar las causas de nulidad del contrato, las reglas de protección al consumidor, las reglas que disciplinan la intermediación financiera, los contratos informáticos, y el seguro, entre otros.⁴⁹ Por su parte, en el *common law* las cosas son similares. Así, por ejemplo, para el derecho inglés, WADDAMS señala algunos supuestos de *misrepresentation*, las *guarantees*, el contrato de seguro, el rescate marítimo, el derecho de daños, el error, el enriquecimiento injusto, la doctrina de la *unconscionability*, y las relaciones fiduciarias⁵⁰; para el derecho australiano FINN identifica siete fuentes del deber de información precontractual: la *deceit action*, los deberes fiduciarios, el *tort of negligence*, ciertos deberes de los funcionarios públicos, la doctrina de la equidad (*equitable stoppel* y *unconscionability*), la *Trade Practices Act* de 1974 y, finalmente, las garantías implícitas (*implied warranties*).⁵¹ Finalmente para el derecho estadounidense, PALMIERI indica algunas formas de *misrepresentation* (*active concealment*, *duty to correct prior statement*, y *partial or ambiguous statement*), las relaciones fiduciarias, la doctrina de los '*special facts*', el contrato de seguro, y ciertas leyes especiales.⁵²

2. LA FALTA DE UNIFORMIDAD

El importante número de normas y figuras jurídicas que contemplan deberes precontractuales de información no es la única razón que explica la complejidad del tema. Otro problema añadido es que el tratamiento que se prodiga a los deberes precontractuales de información no es

⁴⁹ GRISI, G., *L'obbligo precontrattuale di informazione*, Jovene, Nápoles, 1990, *passim*.

⁵⁰ WADDAMS, P., "Precontractual Duties of Disclosure", en Cane P. y Stapleton J., *Essays for Patrick Atiyah*, Clarendon Press, Oxford, 1991, pp. 238-248.

⁵¹ FINN, P., "Good Faith and Nondisclosure", en Id., *Essays on Torts*, The Law Book Company Limited, Sydney, 1989, pp. 153-155.

⁵² PALMIERI, "Good Faith Disclosure", pp. 125-140.

siempre uniforme si se comparan las distintas normas que los regulan. Como ha señalado alguna autora, el ordenamiento jurídico no considera en forma simétrica los distintos escenarios en que se presenta el problema.⁵³ Un ejemplo bien evidente de esto se encuentra en el tratamiento que, al respecto, reciben las relaciones de consumo, lo que ha llevado a un autor a afirmar que:

“De acuerdo con la teoría tradicional, corresponde a cada uno de los contratantes adquirir la información precisa sobre las prestaciones objeto del contrato y el alcance tanto de su compromiso como del de su contraparte (*caveat emptor, emptor debet esse curiosus*). Los eventuales problemas se resuelven –fundamentalmente– bien por la vía de los vicios del consentimiento (...), bien por la de los vicios ocultos (...)

Este principio (...) se revela[n] insuficiente[s] cuando existe, como ocurre actualmente en relación con los consumidores, una situación de déficit de información a cargo del consumidor, que puede afectar notablemente a la calidad de su consentimiento contractual (...) De ahí que se haya invertido la regla tradicional, imponiendo a los profesionales un genérico deber de información respecto del consumidor”.⁵⁴

Un segundo ejemplo de la falta de uniformidad en las distintas normas que disciplinan los deberes precontractuales de información puede encontrarse en el diferente tratamiento que recibe la conducta de la parte ignorante en el error y los vicios redhibitorios.⁵⁵ Así, tratándose del error suele afirmarse que este debe ser excusable y que pierde este carácter

⁵³ Ver DEMOTT, D., “Do You Have the Right to Remain Silent?: Duties of Disclosure in Business Transactions”, *Del. J. Corp. L.*, vol. 19, 1994, p. 66. En parte esto se explica –no solo en el derecho estadounidense o inglés, sino también en el español– porque, como ha advertido WADDAMS (“Precontractual Duties of Disclosure”, p. 237), los deberes precontractuales de información son impuestos a través de una serie de técnicas judiciales, algunas de las cuales no fueron diseñadas precisamente con ese objeto.

⁵⁴ MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., “Trascendencia del principio de protección a los consumidores en el derecho de obligaciones”, *ADC*, 47-1, 1994, pp. 79 y 80.

⁵⁵ Ver capítulo 2 de la primera parte y 3 de la segunda parte.

cuando pudo ser evitado empleando una diligencia media o regular.⁵⁶ En cambio, tratándose de los vicios redhibitorios, algunas de las opiniones más autorizadas han señalado que al comprador que no es perito únicamente se le exigiría no incurrir en culpa lata.⁵⁷

3. LA EVENTUAL INCOMPATIBILIDAD DE LOS INTERESES PROTEGIDOS

Además de la falta de simetría en el tratamiento de los supuestos existe otra dificultad añadida: la pluralidad y eventual incompatibilidad de los intereses protegidos.⁵⁸ Tanto el caso del mercader de Rodas como *Laidlaw v. Organ* servirán para mostrar esto.

CICERÓN, según se ha visto, afirma que lo propio de un hombre justo y bueno es informar. El personaje de Diógenes de Babilonia, en cambio estima que es lícito conservar los secretos de los que se deriva un beneficio económico. POTHIER, al tratar el mismo caso, se incomoda considerando el beneficio desmesurado que puede obtener quien oculta información y el atentado que esto significa contra las exigencias de la justicia conmutativa.⁵⁹ Sin embargo, también advierte que en la tradición del derecho natural, la mayoría de los autores consideraba que la

⁵⁶ Ver DIEZ-PICAZO, *Fundamentos*, I, p. 215. Esto, sin embargo, es más complejo, pues, como ha sugerido MORALES MORENO, A. M. (*El error en los contratos*, Editorial Ceura, Madrid, 1988, p. 221) para apreciar el nivel de diligencia exigible a una parte debe considerarse su propia situación y la conducta de la otra parte. Vuelvo sobre esto al tratar la inexcusabilidad del error, ver pp. 465-467.

⁵⁷ Ver MORALES MORENO, A.M., "El dolo como criterio de imputación de responsabilidad al vendedor por los defectos de la cosa", *ADC*, 35-3, 1982, p. 646 y VERDA Y BEAMONTE, J.R., *Saneamiento por vicios ocultos. Las acciones edilicias*, Monografía asociada a *Revista de Derecho Patrimonial*, Thomson Aranzadi, Madrid, 2004, p. 87.

⁵⁸ Tomo esta idea de EISENBERG, M., "Disclosure in Contract Law", *Cal. L. Rev.*, vol. 91, 2003, p. 1652.

⁵⁹ Ver POTHIER, *Traité du contrat de vente*, p. 144, afirmando:

"l'équité veut que ce que chacune des parties donne, soit l'équivalent de ce qu'elle reçoit, et que l'une des parties ne veuille pas profiter aux dépens de l'autre".

ganancia obtenida por el mercader era una justa recompensa por la diligencia que empleó en el viaje y que le permitió llegar primero.⁶⁰

En *Laidlaw v. Organ* los argumentos cruzados por las partes (transcritos anteriormente) evidencian el mismo conflicto. El problema es si el ámbito moral es coextensivo con el jurídico. Los representantes de *Laidlaw* piensan que sí, los de *Organ*, lo contrario: en una negociación cada cual se cuida a sí mismo y cada cual puede aprovecharse de las ventajas que le da su posición, eso es *caveat emptor*. Por otra parte, el juez Marshall considera que no existe un deber de informar para el comprador, su reticencia, por lo tanto, es lícita. El argumento es que, en los casos de simple reticencia resultaría difícil circunscribir los límites de una doctrina que impusiera a las partes que negocian el contrato un deber de informar cada vez que la información no fuera igualmente accesible para ambas partes.

La tensión entre consideraciones morales y, por llamarlas así, comerciales, ha sido magníficamente resumida por KEETON a propósito de *Laidlaw v. Organ* señalando que:

“If those facts were given to the normal person, as an abstract question, he would probably say that the buyer’s conduct was unethical; on the other hand, if the same individual were given the opportunity that the buyer had in *Laidlaw v. Organ*, he would do precisely the same thing”.⁶¹

El conflicto entre las consideraciones puede ser desarrollado tomando en cuenta los diversos intereses que se encuentran en juego en ambas situaciones.

Convendrá ejemplificar lo anterior con los casos del mercader de Rodas y *Laidlaw v. Organ*.

⁶⁰ *Ibid.*, p. 143.

⁶¹ KEETON, W., “Fraud-Concealment and Non-Disclosure”, *Texas L. Rev.*, vol. 15, 1936, p. 32.

Cuando se mira con atención el caso del mercader de Rodas y *Laidlaw v. Organ*, y los desarrollos a que han dado lugar, se advierte la presencia de una serie de intereses protegidos y la eventual incompatibilidad que se produce entre la protección de ellos.

El interés más evidente es la libertad contractual, entendida como la libertad de decisión⁶², es decir que las personas sólo quedan vinculadas por un contrato jurídico cuando así lo deciden y que esa decisión no sólo debe ser libre en el sentido que no sea coaccionada, sino, además de que sea querida y esto último precisa que la decisión se haya tomado con la información suficiente.⁶³ En este sentido los deberes precontractuales de información suelen considerarse como medidas que tutelan la correcta formación de la voluntad, favoreciendo un consentimiento libre y reflexivo⁶⁴.

Sin embargo, la protección de este interés puede resultar incompatible con la de otros intereses. Así, por ejemplo, *Organ* alegó en el juicio que cada contratante debe protegerse a si mismo durante la negociación de un contrato. Aún cuando esta afirmación resulta excesiva contiene algo de verdad, en términos que cada uno de los negociantes debe

⁶² Sobre la relación entre deberes precontractuales de información y la libertad de decisión ver EHMANN, H. y SUTSCHET, H., *La reforma del BGB. Modernización del derecho alemán de obligaciones*, trads. C. López Díaz y U. Salas de Sánchez, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2006, pp. 204-205.

⁶³ Desde luego, este no es el único sentido en que se puede utilizar la expresión "libertad contractual", junto a él existen, al menos, otros tres: (a) libertad entendida como no interferencia del Estado (es decir libertad negativa); (b) libertad en el sentido de disponer de opciones genuinas y valiosas (libertad positiva) y; libertad en el sentido de disponer de cierta protección del Estado respecto de ciertas actividades (ver 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. 670-671. En esta investigación, sin embargo, utilizaré únicamente, el primer sentido.

⁶⁴ Ver, por ejemplo, TERRÉ F., SIMLER, PH. y LEQUETTE, Y., *Droit civil. Les obligations*, 6ª ed., Dalloz, París, 1996, p. 165. Ver también GRISI, G., voz: "Informazione (obblighi di)", en AA.VV., *Enciclopedia Giuridica*, vol. XVI, Roma, 1989, p. 13. Como ha sugerido LARROUMET, CH. (*Droit civil*, t. III, 1ª parte, *Les obligations. Le contrat*, 6ª ed., Economica, París, 2007, p. 313), "[el deber de informar] constitue une excellente prévention contre l'erreur ou le dol".

comportarse diligentemente mientras negocia el contrato⁶⁵, es lo que puede denominarse el principio de autorresponsabilidad.⁶⁶

No obstante lo anterior, el principio de la autorresponsabilidad debe ser considerado a la luz de otro interés jurídico que conviene considerar, la lealtad contractual⁶⁷, del cual se deriva la protección de la confianza. Existirán ocasiones en las que, aún cuando la información haya sido accesible para una de las partes y ésta no haya puesto el menor esfuerzo para procurársela será razonable considerar que la otra parte debió haberle suministrado dicha información porque la primera confiaba –y su confianza se encontraba justificada- en que así sucedería.⁶⁸

En fin, sin ánimo exhaustivo⁶⁹, todavía es posible recordar el argumento que CICERÓN pone en boca de Diógenes de Babilonia, según el cual es lícito conservar los secretos de los cuales se deriva un beneficio económico.⁷⁰ En el ejemplo del mercader de Rodas, si se le impusiera un deber de informar a sus compradores que otros barcos cargados de trigo pronto llegarán a puerto, se le está privando de la ganancia que obtendría por haber llegado antes. Si para llegar antes asumió ciertos riesgos, no tendrá incentivos económicos para volver a asumirlos, ni él ni otros mercaderes. Por lo mismo, la próxima vez que haya una hambruna es posible que ninguno de los mercaderes asuma riesgos para llegar antes con su mercancía. La enseñanza es ésta: si no se permite a las personas beneficiarse de la información de que disponen, dejarán de

⁶⁵ Ver pp. 487-519.

⁶⁶ Ver pp. 364-367.

⁶⁷ Vuelvo sobre esta idea, según la cual las partes deben abstenerse de comportamientos estratégicos y tutelar no sólo sus intereses, sino también los de la otra parte, en el capítulo 2 de la segunda parte.

⁶⁸ Ver pp. 467-487.

⁶⁹ Para una muestra más amplia de los intereses involucrados en los deberes precontractuales de información puede encontrarse en SEFTON-GREEN, R., "General Introduction" en Id., *Mistake, Fraud and Duties to Inform in European Contract Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2005, p. 14.

⁷⁰ Ver p. 24.

invertir en procurársela y, en términos de bienestar social esto constituye una pérdida.⁷¹

⁷¹ Reviso con mayor detalle estas consideraciones en pp. 523-552.

III. ACCIÓN Y OMISIÓN

El mercader de Rodas y *Laidlaw v Organ* son casos en los que el problema se presenta porque una de las partes se abstiene de suministrar cierta información. Existen otros múltiples supuestos en los que el problema es diverso: se suministra información – espontáneamente o en cumplimiento de una norma jurídica o de un contrato- pero la información suministrada es defectuosa. En estos supuestos puede afirmarse que el deber de informar se ha infringido a través de una acción.⁷²

A lo largo de este trabajo me ocuparé, mayoritariamente, de la abstención. Hay buenas razones para hacerlo de esta forma.

Lo primero que es necesario advertir es que no trato como iguales la abstención y la omisión. Toda omisión supone una abstención, esto es un no hacer, sin embargo, no cualquier abstención configura, en sentido técnico, una omisión. Para explicar esto resultará útil introducir una distinción entre abstenciones y omisiones, propuesta por HONORÉ para el

⁷² Como es evidente, en los escenarios en que se suministra información defectuosa, no se proporciona la información correcta y, en ese sentido podría hablarse de reticencia. Pero, en dichos escenarios lo importante no es lo que se deja de hacer, sino lo que se hace. No se sanciona por haber dejado de informar, sino por haber informado mal.

derecho inglés, pero que resulta perfectamente extrapolable al ordenamiento español.⁷³ Este autor distingue aquellos supuestos en los que una persona simplemente no hace algo, a los que denomina abstenciones, de aquellos en que no hace algo que el derecho le ordena hacer, estas serían las omisiones. Lo que diferencia a las abstenciones de las omisiones es que, en las segundas, existe un deber de actuar que se infringe.

Para entender esto es preciso advertir que las omisiones involucran un complejo problema de causalidad. Como ha sugerido BARROS BOURIE:

“(…) la acción genera por sí misma el riesgo de un daño, la omisión se refiere a la posibilidad de evitar un riesgo cuyo origen es independiente de la persona pretendidamente responsable”.⁷⁴

En el mismo sentido, PANTALEÓN PRIETO ha advertido que tratándose de omisiones no es posible hablar con propiedad de causalidad en las omisiones: *ex nihilo nihil fit*.⁷⁵

Ahora bien, las reglas de derecho civil suelen considerar la distinción entre infligir un mal y evitar prevenirlo⁷⁶; lo que está generalmente

⁷³ HONORÉ, T., “Are Omissions Less Culpable?”, en Cane, P. y Stapleton, J., *Essays for Patrick Atiyah*. Clarendon Press, Oxford, 1991, p. 37.

⁷⁴ BARROS, E., *Tratado de responsabilidad extracontractual*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2006, p. 124.

⁷⁵ PANTALEÓN PRIETO, F., “Comentario artículo 1.902”, en *Comentarios al Código civil*, t. II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, p. 1984. Ver también REGLERO CAMPOS, F. «El nexos causal. Las causas de exoneración de responsabilidad: culpa de la víctima y fuerza mayor. La concurrencia de culpas», en Id. (coord.), *Tratado de responsabilidad civil*, 2ª ed., Aranzadi Thomson, Elcano (Navarra), 2003, p. 327.

⁷⁶ Ver WEINRIB, E., “The Case for a Duty to Rescue”, *Yale L. J.*, vol. 90, 1980, p. 247. Probablemente la distinción tenga que ver con una cierta idea de libertad que suele subyacer a las reglas de derecho privado. En este sentido BARROS (*Tratado de responsabilidad*, p. 124) parece llevar razón cuando advierte que 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”. (*Loc. cit.*).

prohibido es lo primero, lo segundo requiere una imposición especial. Como ha sugerido DÍEZ-PICAZO:

“Aunque nuestro Código civil no lo diga de un modo especialmente claro, su procedencia francesa, donde la identificación entre omisión y negligencia aparece más clara y otros muchos datos, permiten sostener que la omisión sólo es fuente de responsabilidad si existe un especial deber legal o negocial de obrar”.⁷⁷

De ahí que, tratándose de omisiones, sea necesario, en primer lugar, justificar la existencia de un deber de actuar, pues no toda abstención constituye una omisión. Conviene insistir sobre esto, porque casos como el del mercader de Rodas o *Laidlaw v. Organ* muestran que la abstención no siempre es ilícita. Por eso es que cuando se trata simplemente de un no hacer, determinar si involucra o no una omisión pasa por examinar la legitimidad del silencio.

Pues bien, una primera razón para preferir los escenarios en que simplemente no suministra información es que son dogmáticamente más desafiantes. Quien informa –espontáneamente o en cumplimiento de la ley o el contrato- debe hacerlo correctamente, esta es una regla bien extendida, así lo muestran las palabras de DIEZ-PICAZO⁷⁸ y así lo acredita el hecho que un ordenamiento jurídico tan reacto como el inglés lo exija tan severamente.⁷⁹ En esto no hay motivo de extrañeza, tratándose de suministro de información defectuosa es esa acción la que causa el daño. En la omisión, ya se ha visto, el silencio no es la *causa* del daño.

La segunda razón es que, como se verá a propósito del derecho inglés, cuando los comparatistas discuten si, durante las negociaciones de un contrato, existe o no un deber de informar, la discusión se plantea en los

⁷⁷ DIEZ-PICAZO, L., *Derecho de daños*, Civitas, Madrid, 1999, p. 290. En un sentido similar se ha señalado que en el caso la omisión no puede hablarse de causalidad salvo que exista un deber previo de actuar. Ver REGLERO CAMPOS, *Tratado de responsabilidad civil*, p. 327.

⁷⁸ Ver p. 40.

⁷⁹ Ver p. 269-281.

escenarios en que una de las partes se abstiene de transmitir información, no a aquellos en que entrega información defectuosa.⁸⁰

⁸⁰ Ver Segunda parte, § 1 *passim*.

IV. CONOCIMIENTO E IMPUTABILIDAD DEL CONOCIMIENTO

El mercader de Rodas y *Laidlaw v Organ*, son casos en los cuales la parte que no informa, conoce cierta información que la otra ignora, el hecho de que la ignora y su importancia, y no se la revela.

Existen, sin embargo, otros supuestos diversos en los que ninguna de las dos partes conoce la información, o bien la parte que la conoce no sabe que la otra parte la ignora o la importante que es para ella.⁸¹

La distinción entre ambos supuestos es interesante porque contribuye a mostrar una diferencia entre dos escenarios diversos en que se plantea el problema del deber de informar. El primero de ellos tiene lugar cuando una de las partes conoce la información que la otra ignora y elige no revelársela. El segundo escenario tiene lugar cuando se ignora la información, pero, aún así, el ordenamiento jurídico considera que dicha información debió ser suministrada, por lo mismo, lo que aparece como

⁸¹ Un enfoque similar puede encontrarse 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. (edits.), *Information Rights and Obligations. A Challenge for Party Autonomy and Transactional Fairness*, Ashgate, 2005, pp. 173-174) quien señala que existe una diferencia entre informar (*inform*) y revelar (*disclosure*). La expresión "informar" tiene un alcance más amplio, "revelar" parece utilizarse para designar aquellos supuestos en que una parte oculta a otra algo que la última ignora y que debería informarle.

reprochable jurídicamente es que la persona que debió suministrar esta información la ignorase.

La diferencia entre estos dos escenarios –aquel en que se conoce la información y se elige no suministrarla y aquel en que se ignora aquella información que debería suministrarse, pero su conocimiento se imputa– es importante al momento de considerar deberes precontractuales de información. Solemos tratar en forma diferente a: (1) aquel que, durante la negociación de un contrato, conoce cierta información que es relevante para la otra parte y que ésta ignora, y elige no revelársela, de (2) quien no informa aquello que ignora.

En ambos escenarios se plantean preguntas distintas. En el de quien conoce la información (por ejemplo en *Laidlaw v. Organ* o en el mercader de Rodas) la pregunta es si debió suministrarla. En lo que respecta a quien ignoraba la información que debía suministrar (por ejemplo, un empresario respecto de la peligrosidad de un producto) la pregunta es si se le puede imputar el conocimiento, lo que, en general, supone determinar si debió informarse para informar.

A lo largo de este trabajo se irá viendo la importancia de distinguir entre ambos escenarios. Así, simplemente por adelantar algunos de los principales ejemplos:

- En los vicios redhibitorios y en la evicción infringe un deber precontractual de informar quien, conociendo la existencia de dichos vicios, no los comunica a la otra parte. Sin embargo, en general, no infringe un deber de informar –y, por lo tanto, no debe indemnizar daños y perjuicios– quien ignora la existencia de los vicios, salvo que dicha ignorancia se debiera a culpa grave, en cuyo caso el conocimiento se imputa al vendedor.⁸²

- Tratándose del error y el dolo, la distinción también tiene sentido, sólo quien no revela aquello que conocía puede ser acusado de reticencia

⁸² Ver pp. 102-109.

dolosa. En caso contrario –esto es si ignoraba el error que estaba cometiendo- lo que puede haber es un error reconocible que queda disciplinado por las normas del error.⁸³

- En fin, suele aceptarse que el deber de informarse para informar es excepcional, bastante más que el de suministrar información que se conoce.⁸⁴

⁸³ Ver pp. 429-434.

⁸⁴ Ver pp431-432.

V ■ DEBERES PRECONTRACTUALES DE INFORMACIÓN

En las páginas anteriores he señalado que los deberes precontractuales de información constituyen un tema complejo por tres razones: (1) la dispersión de su regulación, (2) la falta de coherencia que es posible advertir en ésta y (3) la presencia de intereses jurídicos, eventualmente, contradictorios. Una vez que se consideran en conjunto estos tres factores es natural preguntarse qué es exactamente lo que estoy denominando con la expresión deberes precontractuales de información, después de todo, la empleo en ámbitos bastante diversos. Concluyo este capítulo intentando responder a esta pregunta. Con ese fin, distinguiré, en primer lugar, deberes precontractuales de información y obligaciones de información. En segundo lugar, me detendré sobre la estructura de los deberes precontractuales –es decir su supuesto de hecho y su consecuencia jurídica de información- tal y como los concibo aquí.

A. DEBERES PRECONTRACTUALES DE INFORMACIÓN Y OBLIGACIÓN DE INFORMAR

Tanto en el derecho español como en el ámbito comparado se han utilizado, indistintamente, las expresiones “deber de informar” y “obligación de informar” para referirse al mismo fenómeno, es decir a la imposición a una de las partes de una determinada conducta –suministrar información– durante la negociación de un contrato. Así, por ejemplo, en el ámbito español, GÓMEZ CALLE se refiere a “deberes precontractuales de información”⁸⁵ y LLOBET Y AGUADO a la “obligación de informar”.⁸⁶ En el derecho comparado, los autores franceses emplean, mayoritariamente, la expresión “obligación de informar” (*obligation d’information, obligation de renseignement*).⁸⁷ Por su parte, los autores italianos utilizan ambas expresiones (*doveri di informazione, obbligo di informazione*) indistintamente.⁸⁸ Finalmente, en el derecho alemán, parece primar la expresión deber de informar (*Aufklärungspflicht*).⁸⁹

A lo largo de esta investigación emplearé la expresión “deber” y prescindiré, en general de “obligación”. Conviene justificar esta decisión. Para hacerlo, es necesario comenzar advirtiendo que, aún cuando ambas expresiones (“deber” y “obligación”) se utilicen, con alguna frecuencia, indistintamente, sus significados no son coincidentes. La idea de deber jurídico evoca un imperativo de conducta, la de obligación, en cambio, se

⁸⁵ Ver GÓMEZ CALLE, *Los deberes precontractuales, passim*.

⁸⁶ Ver LLOBET I AGUADO, J., *El deber de información en la formación de los contratos*, Marcial Pons, Madrid, 1996. Aunque el título se refiere al deber de informar, en el contenido de la obra se utiliza la expresión “obligación de informar” para designar el mismo fenómeno.

⁸⁷ Ver, por ejemplo, FABRE-MAGNAN, *De l’obligation d’Information, passim.*, y GHESTIN, *Traité*, pp. 576-653.

⁸⁸ Así, por ejemplo, GRISI, *L’obbligo precontrattuale, passim.* y DE MAURO, A. y FORTINGUERRA, F., *La responsabilità precontrattuale*, CEDAM, Padua, 2002, pp. 145-148, refiriéndose al *doveri di informazione*.

⁸⁹ Ver MARKESINIS, B., UNBERATH, H. y JOHNSTON, A., *The German Law of Contract. A Comparative Treatise*, 2ª ed., Hart Publishing, Portland, 2006, pp 308-310.

utiliza "para expresar el enlace entre un derecho y un deber".⁹⁰ Existe entonces una relación de género a especie, el género son los deberes jurídicos, una de cuyas especies es la obligación. Tratándose de la obligación, la nota distintiva parece encontrarse en la presencia de un derecho correlativo al deber. Si éste existe, entonces se trata de una especie de deber jurídico denominado "obligación".

Teniendo en cuenta que esta investigación se ocupa de la información durante el periodo precontractual, no parece aconsejable, en términos técnicos, referirse a una "obligación de informar" porque lo cierto es que es que en esa fase de la vida del contrato no existe enlace entre deber y derecho subjetivo. En otras palabras, no existe un deber de prestación, en virtud del cual, una vez incumplido el deber de informar se pueda exigir su cumplimiento forzoso. Una vez que se infringe el deber de informar y se ha celebrado el contrato, lo normal será que la entrega de información ya no interese a su destinatario. Su pretensión será, generalmente, privar de efectos al negocio y, en forma copulativa o alternativa, que se le reparen los perjuicios que le produjo la falta de información. El deber de informar, entonces, sería un deber jurídico impuesto por una norma al cual no corresponde un derecho subjetivo de otra persona.⁹¹

La expresión "obligación de informar", en cambio, es plenamente adecuada cuando se utiliza para referirse al objeto de una prestación

⁹⁰ DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, t. II, *Las relaciones obligatorias*, 6ª ed., Thomson Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2008, pp. 63-64. En el mismo sentido, ALBALADEJO, M., *Derecho civil*, t. I, *Introducción y parte general*, 16ª ed., Edisofer S.L., Madrid, 2004, p. 439.

⁹¹ Como ha sugerido LARENZ (*Derecho civil. Parte general* (Traducción y notas de M. Izquierdo y Macías-Picavea), Editorial Revista de Derecho privado, Madrid, 1978, p. 263. En el mismo sentido VON THUR, A., *Tratado de las obligaciones* (traducción de W. Rocés), Editorial Reus S. A., Madrid, 1934, pp. 4-7):

"los deberes jurídicos existen no sólo en correspondencia con derechos subjetivos de otra persona, sino que pueden derivarse también de normas que convierten en deber una conducta determinada sin dar a otro un derecho subjetivo respecto a ese deber".

derivada de un contrato⁹². Así, por ejemplo, el informe que entrega un tasador o un auditor a sus respectivos clientes en cumplimiento del contrato que los vincula.⁹³ Igualmente, suele considerarse como una obligación accesoria del abogado mantener informado a su cliente acerca del estado del proceso.⁹⁴

Pues bien, lo que existe durante la negociación del contrato –en lo que respecta al suministro de información– no es un deber de prestación, sino que se aproxima, más bien, a lo que se ha denominado “deber de protección”, es decir, un imperativo de respetar ciertos intereses jurídicamente protegidos, paradigmáticamente, la libertad contractual o de decisión.⁹⁵

B. LA ESTRUCTURA DEL DEBER PRECONTRACTUAL DE INFORMAR

Al referirme a la estructura de un deber precontractual de información dirijo mi atención hacia dos cosas distintas, una es el supuesto de hecho de dicho deber y otra la consecuencia jurídica de su infracción.

1. EL SUPUESTO DE HECHO

Por supuesto de hecho entiendo aquí el conjunto de circunstancias que determinan la imputación de una determinada consecuencia jurídica. Teniendo en cuenta que esta investigación se encuentra delimitada a aquellos supuestos en que una de las partes no suministra cierta

⁹² De esta, manera, siguiendo a FABRE-MAGNAN (*De l'obligation d'information*, pp. 11-12) es posible distinguir entre el contrato que es objeto de la información precontractual y el contrato que es fuente de una obligación de informar.

⁹³ Ver DEL OLMO GARCÍA, P., “Responsabilidad por daño puramente económico causado al usuario de informaciones falsas”, *ADC 54-1*, 2001, pp. 261-262.

⁹⁴ Ver CRESPO MORA, M., *La responsabilidad del abogado en el derecho civil*, Thomson Civitas, Madrid, 2005, p. 174.

⁹⁵ Sobre esto puede consultarse EHMANN, E. y SUTSCHET, H., *La reforma del BGB*, pp. 103-107 y 204-205.

información a otra, dichas circunstancias son las siguientes: la ignorancia, el conocimiento, y la reticencia.

Con respecto de la ignorancia, durante la negociación de un contrato, una de las partes desconoce cierta información que determina que celebre un contrato que, conociendo la información, no hubiera celebrado, o bien hubiera celebrado en términos diversos.

Con respecto al conocimiento, la otra parte conoce –o se le imputa el conocimiento– de la información que la primera ignora, el hecho de que la ignora y la relevancia de la información para la primera parte.

Finalmente, en lo que toca a la reticencia, aquella parte que conoce la información no se la suministra a la parte ignorante.

2. LA CONSECUENCIA JURÍDICA

Presentando las ideas de KELSEN acerca del deber jurídico, NINO señala que “no hay un deber jurídico sin que esté prevista una sanción para la conducta opuesta”.⁹⁶ Al margen de las objeciones que puedan formularse a esta idea⁹⁷, existe, al menos en lo que se refiere a los deberes precontractuales de información, algo valioso en ella, y es que permite advertir que sólo tiene sentido hablar de un deber de informar si su

⁹⁶ NINO, C., *Introducción al análisis del derecho*, 10ª ed., Editorial Ariel S.A. Barcelona, 2001, p. 193. En un sentido similar DÍEZ-PICAZO ha afirmado que: “[E]l deber jurídico puede concebirse como la necesidad conforme a un ordenamiento jurídico dado, de que un determinado comportamiento se adopte o se realice” (*Fundamentos*, II, p. 64. En el mismo sentido CRISTÓBAL MONTES, A., *La estructura y los sujetos de la obligación*, Civitas, Madrid, 1990, p. 52). La idea de necesidad parece referirse aquí a lo que KELSEN, H. (*Teoría pura del derecho*, 2ª ed. [trad. R. Vernengo], Universidad Nacional Autónoma de México, México DF, 1983, p. 17) denominó el sentido específicamente jurídico de un acontecimiento. Lo que designa la expresión “necesidad” aquí es la consecuencia jurídica de la infracción de un deber. Para decirlo con más claridad, la expresión necesidad en este caso simplemente indica que existe una norma jurídica válida que impone el cumplimiento de un cierto deber y cuya infracción justifica la imposición de una consecuencia jurídica.

⁹⁷ Ver NINO, *Introducción al análisis*, p. 194.

contravención puede determinar la aplicación de una consecuencia jurídica desventajosa para quien lo infringe o, según el uso que se dé a la expresión, de una sanción.⁹⁸

Las consecuencias de la infracción de un deber precontractual pueden ser variadas. La más frecuente será la indemnización de perjuicios, sin embargo, junto a ella pueden considerarse, la pérdida de eficacia de pactos de exclusión de responsabilidad⁹⁹, la anulabilidad¹⁰⁰, sanciones administrativas¹⁰¹ y penales.¹⁰² Como es evidente, a efectos de este trabajo interesan únicamente las consecuencias civiles.

¿Qué es lo que determina que se considere como consecuencias de la infracción de un deber de informar a las anteriormente mencionadas? La respuesta es doble. De una parte, es necesario que las consecuencias se encuentren vinculadas directamente a la reticencia de quien no informó

⁹⁸ En la doctrina civil española la expresión "sanción" ha recibido un alcance extremadamente amplio, cubriendo incluso galardones o concesiones legales de premios o ventajas. Ver DELGADO ECHEVERRÍA, J., "¿Sanción de invalidez? Los conceptos de invalidez y de sanción", en Id. (coord.), *Las nulidades de los contratos: un sistema en evolución*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2007, p. 95. Es CASTRO Y BRAVO, F., quien incluye concesión legal de premios o ventajas frente a ciertas conductas, en *Derecho civil de España*, 2ª ed., t. I, Instituto de Estudios Públicos, Madrid, 1949, p. 534.

A efectos de este trabajo habría que entender, junto con DIEZ-PICAZO a la sanción como "la consecuencia que el ordenamiento imputa o anuda a la infracción de sus preceptos", *Fundamentos*, I, p. 558.

⁹⁹ Ver pp. 122-124.

¹⁰⁰ Ver pp. 411-417.

¹⁰¹ Así, por ejemplo, el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios establece un régimen administrativo de sanciones en sus artículos 49 a 52. Según el artículo 49.1. k) constituye infracción el incumplimiento de los requisitos, obligaciones y prohibiciones establecidas en esa ley y los preceptos que la desarrollen. El mismo artículo, esta vez en la letra b) de su número 2 establece como infracción, tratándose de contratación a distancia y fuera de establecimiento mercantil, el incumplimiento de las obligaciones impuestas en materia de información. Las sanciones pueden graduarse como leves, graves, y muy graves según los criterios del artículo 50 TRLGDCU. Las sanciones, para casos de incumplimiento del deber de informar consisten en multas, de acuerdo al artículo 51 del mismo texto.

¹⁰² Ver, por ejemplo, FERNÁNDEZ HIERRO, J. M. (*Sistema de responsabilidad médica*, 5ª ed., Editorial Comares, Granada, 2007 p. 193) quien señala que, en algunos supuestos de intervenciones quirúrgicas sin consentimiento del paciente, existe responsabilidad penal por delito de lesiones u homicidio.

en términos tales que se justifiquen porque una parte conociendo o debiendo conocer una determinada información no la suministró. Así, por ejemplo, en los vicios redhibitorios, la resolución es una consecuencia de la presencia de vicios ocultos, pero no requiere que el vendedor los conociera o los debiera conocer. En este sentido, la resolución no es una consecuencia de la infracción de un deber precontractual de información. La indemnización de perjuicios si lo es, lo que determina su nacimiento es que el vendedor conocía –o no podía ignorar sin culpa grave– los defectos y no los comunicó.¹⁰³ De otra parte, es necesario que esas consecuencias sean desventajosas para quien no informó. Así sucede, evidentemente, tratándose del deber de indemnizar o de la privación de efectos de un pacto de exclusión de responsabilidad.

¹⁰³ Me detengo sobre todo esto en el capítulo siguiente.

PARTE PRIMERA

DEBERES TÍPICOS

INTRODUCCIÓN

En la primera parte de esta investigación, me interesa considerar algunos supuestos en los que el legislador ha tipificado ciertos deberes precontractuales de información. Es decir, ha concretado las exigencias que formula la buena fe a los negociantes durante la etapa precontractual en lo que se refiere al suministro de información.

La tipificación a la que me refiero opera de formas diversas. Por lo mismo los supuestos de deberes precontractuales de informar que se consideran en esta primera parte son diversos. Lo que, sin embargo, permite –y aconseja– reunirlos son dos características que mantienen en común. La primera de ellas es que, en todos estos supuestos es posible detectar lo que he denominado “la estructura” del deber precontractual de información, es decir un determinado supuesto de hecho y consecuencias jurídicas que se le aparejan. En todos los supuestos considerados en esta primera parte, una de las partes de la negociación de un contrato ignora cierta información que le resulta relevante para prestar adecuadamente su voluntad, la otra conoce –o debe conocer esta circunstancia– y no suministra la información. Frente a este supuesto de hecho el ordenamiento jurídico dispone consecuencias desventajosas para la parte que no proporcionó la información.

La segunda característica que aconseja agrupar los diversos supuestos de deberes precontractuales de información que configuran esta primera parte de la investigación es que, en todos ellos, la pregunta acerca de si

se debe o no suministrar información ha sido respondida por el legislador a través de una norma jurídica de la cual puede desprenderse, inequívocamente, la existencia de un deber precontractual de informar.

Pues bien, las dos características apuntadas justifican tratar, reunidos en esta primera parte, los diversos supuestos de deberes precontractuales de informar.

He señalado anteriormente que la tipificación de los deberes precontractuales de información ha operado de formas diversas. En algunas hipótesis se establece una sanción para aquella parte que no informa (así sucede en los supuestos considerados en el primer capítulo), en otras, se establece directamente un deber de informar (es el caso de los supuestos considerados en el segundo capítulo).

Esta forma diferenciada de tipificar evidencia un cambio en la manera que se concibe el derecho de contratos. Se trata de un tránsito desde un paradigma basado en la idea de igualdad entre las partes a uno basado en la idea de desigualdad.

En ámbitos en los que se trata a las partes *como* si fueran iguales la imposición de deberes precontractuales de informar es marginal, la regla es que cada parte debe cuidar de sus propios intereses y, por lo tanto, debe procurarse su propia información. En cambio, cuando se considera que debe tratarse a las partes *como* si estuvieran en una posición de desigualdad, la regla es la inversa: una parte no es capaz de proteger sus propios intereses y, por lo tanto, no debe procurarse su propia información. Teniendo en cuenta que la otra puede acceder a la información que necesita la primera más fácilmente, lo razonable –ya sea en términos de eficiencia o de justicia distributiva- es que se le imponga a esta última un deber de informar.

Esta primera parte se encuentra dividida en dos capítulos. El primero de ellos intenta responder a la pregunta acerca de en qué medida puede afirmarse que las normas de la evicción y de los vicios redhibitorios

disciplinan deberes precontractuales de información. El segundo capítulo intenta responder a la pregunta acerca de cómo protegen los deberes precontractuales de información a las partes que se encuentran en una posición más débil en relaciones contractuales caracterizadas por la desigualdad, en aquellos supuestos en los que la desigualdad entre las partes se explica por la presencia de asimetrías informativas.

§

1. LA EVICCIÓN Y LOS VICIOS REDHIBITORIOS

La idea que interesa defender en este capítulo es que la regulación de la evicción y de los vicios redhibitorios en el Código civil plasma dos deberes precontractuales de información típicos.¹

Por lo mismo, la pregunta de la que es necesario hacerse cargo es ¿en qué medida la regulación de los vicios redhibitorios y la evicción disciplina

¹ No presto atención, entonces, a otras normas que disciplinan la presencia de vicios redhibitorios en el ordenamiento jurídico español. Como es sabido, la regulación de los vicios redhibitorios en el derecho español posee un cierto carácter fragmentario. De una parte, se encuentran las reglas del Código civil y de Comercio que obedecen a una lógica similar. Desde luego existen diferencias en el tratamiento que le prodigan a los vicios redhibitorios el Código civil y de Comercio, pero la lógica de ambos cuerpos –esto es la comprensión del vínculo contractual que ambos poseen– es la misma. Así, por ejemplo –y en lo que interesa aquí– el artículo 342 CCO no individualiza las acciones de que dispone el comprador frente a la presencia de vicios redhibitorios y, en general, la doctrina mercantil ha estimado que proceden las acciones del artículo 1.486.1 CC. Ver, por ejemplo, VERGEZ, M., “El contrato de compraventa y contratos afines”, en Menéndez, A. (dir.), *Lecciones de derecho mercantil*, 5ª ed., Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2000, pp. 600-601 y SÁNCHEZ CALERO, F. y SÁNCHEZ CALERO GUILARTE, J., *Instituciones de derecho mercantil*, 30ª ed, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2007, p. 365.

De otra parte, está el Título V del Libro II del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (TRLGDCU) que contiene las disposiciones anteriormente plasmadas en la ley 23/2003 de 10 de julio, de Garantías en la Venta de Bienes de Consumo, que transpone la Directiva 99/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de mayo de 1999, sobre Determinados Aspectos de la Venta y las Garantías de los Bienes de Consumo. Estas disposiciones obedecen a una lógica diversa a la de los códigos citados. Sobre esto puede consultarse FENOY PICÓN, N. (*El sistema de protección del comprador*, Cuadernos de Derecho Registral, Madrid, 2006, p. 26) advirtiendo que la falta de conformidad en la Ley: “Responde a una concreta construcción del contrato, de su incumplimiento, y de los remedios que este último desencadena”.

deberes precontractuales de información? O, en otras palabras, ¿en qué medida el legislador ha concretado las exigencias de la buena fe, en lo que se refiere a los deberes precontractuales de información, en el tratamiento de los vicios redhibitorios y la evicción?

Para responder a esta pregunta, lo primero que es necesario tener en cuenta es que, con cierta frecuencia, se considera que tanto los vicios redhibitorios como la evicción, poseen un funcionamiento objetivo. El vendedor *garantiza* una posesión útil y pacífica de la cosa.

Esto es correcto; las normas que regulan los vicios redhibitorios y la evicción protegen objetivamente al comprador frente a la menor utilidad y el menor valor de la cosa, tratándose de los primeros, y frente a la privación de la cosa, tratándose de la segunda. El vendedor, por así decirlo, garantiza que la cosa es lo que aparenta ser. Sin embargo, además de aquello que garantizan, los remedios propios de ambas figuras jurídicas extienden su protección más allá: a la tutela de la persona y los bienes del comprador. Una cosa defectuosa o de propiedad de un tercero no sólo impide que el acreedor satisfaga su interés contractual, sino que, eventualmente, puede irrogarle otros daños a éste. La satisfacción del interés contractual se protege en forma objetiva; la tutela frente a otros daños no. Este último es el ámbito de los deberes precontractuales de información.

Para examinar dicho ámbito es necesario prestar atención a la forma en que la regulación de los vicios redhibitorios y la evicción recoge los elementos que configuran la estructura del deber precontractual de informar. Una vez que se analiza esa estructura, es posible extraer valiosas conclusiones tanto para los deberes precontractuales de información, como respecto del tratamiento que prodiga el Código civil a los vicios redhibitorios y la evicción.

El presente capítulo se encuentra dividido en tres partes. En la primera de ellas me ocupé de mostrar el ámbito de actuación de los deberes precontractuales de información. En la segunda parte, examino cómo se

encuentra recogida la estructura de dichos deberes a propósito de la regulación de los vicios redhibitorios y de la evicción. Finalmente, en la tercera parte, presento algunas conclusiones que se pueden obtener del estudio de ambas figuras cuando se miran a través del prisma de los deberes precontractuales de información.

I . EL ÁMBITO DE ACTUACIÓN DE LOS DEBERES PRECONTRACTUALES DE INFORMACIÓN

A. CONSIDERACIONES PREVIAS

En su análisis de la igualdad de las partes en los contratos, GROCIO afirma que quien contrata debe indicar los defectos conocidos de la cosa.² Una opinión semejante mantuvo POTHIER. Este último autor, al analizar las exigencias que la buena fe impone a los contratantes en la compraventa, estimó que dichas exigencias pueden vulnerarse no sólo a través de la mentira, sino, además, a través de la reticencia.³ Desarrollando esta idea, POTHIER cita la definición de dolo de FLORENTINO, según la cual:

“El vendedor debe responder de que no hay en él dolo malo; el cual se halla no solamente en aquel que para engañar habla con oscuridad, sino también en el que insidiosamente y con oscuridad disimula”.⁴

Advierte POTHIER que el vendedor está obligado no sólo a no mentir, sino que, tampoco puede disimular los defectos de la cosa ni, en general, todo aquello que concierne a la cosa, en términos que de haberlo sabido el comprador hubiera modificado su voluntad de adquirirla, pues ésta es la exigencia que le impone la buena fe. En sus palabras:

² GROCIO, *Del derecho*, Libro II, cap. XII, nº IX, p. 199.

³ POTHIER, *Traité du contrat de vente*, p. 157.

⁴ D. 18, 1, 43.

“La bonne foi oblige le vendeur non-seulement à ne rien dissimuler des vices intrinsèques de la chose, mais en général à ne rien dissimuler de tout ce qui concerne la chose, qui pourroit porter l’acheteur à ne pas acheter, ou à ne pas acheter si cher⁵”.

Al ocuparse estas materias, tanto GROCIO como POTHIER se encargan de señalar que a conclusiones similares se había llegado en el derecho romano, donde el vendedor que no informaba sobre la presencia de vicios materiales o jurídicos podía ser condenado a indemnizar al comprador los daños y perjuicios que éste hubiera sufrido como consecuencia del silencio. Esto no significa, sin embargo, que, en general, en otros supuestos distintos de los vicios redhibitorios o la evicción, existiera un deber precontractual de informar.

En opinión de SCHERMAIER, la *bona fides* romana no entrañaba un deber general de informar.⁶ En este mismo sentido, ZIMMERMANN ha sugerido que los abogados romanos eran suficientemente realistas para advertir que los usos del comercio no necesariamente se corresponden con elevados estándares de honestidad y, comentando el caso del mercader de Rodas, el autor alemán señala que, en el derecho romano, las acciones del mercader no se comparaban con ideales éticos abstractos, sino con los estándares de decencia promedio en los negocios.⁷ En la definición de esos estándares, conviene tener presente que la regla general era el *caveat emptor*, cada uno debía ingeniárselas para defender su propio interés.⁸ Lo anterior queda bien descrito en las palabras de POMPONIO: “*in pretio emptionis et venditionis naturaliter licere contrahentibus se circumvenire*”.⁹ Estas palabras adquieren pleno sentido

⁵ POTHIER, *Traité du contrat de vente*, p. 159.

⁶ SCHERMAIER, “*Bona fides*”, p. 93.

⁷ ZIMMERMANN, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford University Press, 1996, pp. 256-257.

⁸ Ver MORALES MORENO, “El dolo como criterio”, p. 611.

⁹ D. 4, 4, 16, 4. Ver también D. 19, 2, 22, 3. Con todo, conviene recordar los límites que imponía a esta libertad la lesión. Sobre esto puede consultarse MARTÍN PÉREZ, *La rescisión del contrato (En torno a la lesión contractual y el*

si se considera que en el derecho romano clásico las relaciones económicas quedaban disciplinadas por lo que hoy denominaríamos economía de libre mercado, de manera que la justicia del precio no era un factor que afectara a la validez del contrato.¹⁰

De aquí no se sigue que los romanos consideraran que cualquier silencio era lícito. Refiriéndose a los deberes precontractuales de información en el derecho romano, SCHERMAIER señala que, comprendidos en el sentido moderno, este tipo de deberes únicamente existió en los supuestos en que se consideraba que el silencio constituía una vulneración de la *bona fides*, y que solamente en el terreno de las garantías por defectos – jurídicos o materiales- tuvo lugar una cierta tipificación que definía supuestos de responsabilidad por dolo.¹¹

De cierta manera –aunque con evidentes discontinuidades- esa tipificación se ha mantenido hasta la codificación.¹² Se trata de deberes

fraude a los acreedores), Bosch, Barcelona, 1995, p. 90, que comenta la *rescindenda venditio*.

¹⁰ ZIMMERMANN, *The Law of Obligations*, p. 256. De esta economía de libre mercado hace excepción lo que se ha venido a denominar la *Lex Secunda*, contenida en C. 4, 44, 2 que disciplina la *laesio ultradimidium* permitiendo al vendedor que recibió del comprador un precio menor a la mitad del valor de la cosa vendida deshacer la venta. Se trata, sin embargo, de una excepción frente a la extendida creencia de que el precio de las cosas quedaba determinado a la libertad de las partes. Un análisis de los probables fundamentos de la ley en cuestión puede encontrarse en MARTÍN PÉREZ, J.A., *La rescisión*, pp. 90-96.

¹¹ SCHERMAIER, J., "Mistakes, Misrepresentations and Duties to Inform in the Civil Law Tradition", en Sefton Green (ed.), *Mistake, Fraud and Duties to Inform in European Contract Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2005, p. 46. Sobre esto puede consultarse, además, SOLIDORO MARUOTTI, L., "«...*Si vero sciens reticuit et emptorem decept...*» (D. 19.1.13 pr.): 'vizi di fatto', 'vizi di diritto' e reticenza del venditore", en AA.VV., *Fides Humanitas Ius. Studii in onore di Luigi Labruna*, t. VIII, Editoriale Scientifica, Nápoles, 2007, pp. 5269-5313.

¹² Probablemente, la más evidente de todas estas discontinuidades se esté produciendo actualmente, en la medida que tanto la disciplina de los vicios redhibitorios como la de la evicción se encuentran fuertemente cuestionadas en el ámbito nacional y más bien superada en el ámbito uniforme, absorbida por la noción de falta de cumplimiento. Sobre esto puede consultarse MORALES MORENO, A.M., "Bases para una regulación del contrato de compraventa en un futuro código europeo de las obligaciones", en Id., *La modernización del derecho de obligaciones*, Thomson Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2006, pp. 145-159. Como advierte el autor, si se utiliza una noción unitaria de incumplimiento, capaz de cubrir sus diversas manifestaciones: "los remedios especiales de responsabilidad,

de informar sancionados a propósito de los vicios redhibitorios y la evicción.

B. FUNCIONAMIENTO OBJETIVO Y DEBERES PRECONTRACTUALES DE INFORMACIÓN

Una vez que se mira con atención a los remedios que provee el ordenamiento jurídico frente a la presencia de evicción o de vicios redhibitorios se advierte que, algunos de ellos, funcionan en forma objetiva y otros, en cambio, reposan sobre la culpabilidad –esto es sobre el dolo o la culpa grave- del deudor. Esta distinción es fundamental para delimitar el campo de los deberes precontractuales de información.

1. EL FUNCIONAMIENTO OBJETIVO

Tanto en el derecho romano, como en el derecho histórico español y en el Código civil, las acciones edilicias y la evicción han tenido un funcionamiento objetivo, en los términos que se exponen a continuación.

a. Acciones edilicias

Según JÖRS y KUNKEL, el Edicto curul imponía a los vendedores de animales y esclavos una obligación de hacer públicos algunos de los defectos de sus mercancías¹³, así, por ejemplo, la locura en los esclavos¹⁴, los padecimientos del hígado, del pulmón¹⁵ y de la vejiga¹⁶,

tradicionalmente integrados en las garantías por evicción o por vicios ocultos, están llamados a desaparecer” (*Ibíd.*, p. 152). Sobre el enfoque de la Convención de Viena a este respecto puede consultarse MORALES MORENO A.M., “Comentario a los artículos 35 a 40”, en Díez-Picazo, L. (Dir.), *La compraventa internacional de mercaderías*, Civitas, Madrid, 1997, pp. 286-355.

¹³ JÖRS, P. y KUNKEL, W., *Derecho privado romano*, Trad. Prieto Castro, Lábor, Barcelona, 1937, p. 335.

¹⁴ D. 21,1, 1, 9.

las paperas¹⁷, o la epilepsia.¹⁸ Frente a cualquiera de estos defectos u otros graves¹⁹, el comprador disponía de dos acciones: la redhibitoria y la *quanti minoris* . La primera de ellas le permitía recuperar el precio pagado, restituyendo la cosa comprada. La segunda acción le otorgaba una reducción del precio pagado.

Ni el ejercicio de la acción redhibitoria, ni el de la *quanti minoris* precisaba acreditar ningún grado de culpa del vendedor.²⁰

En las Partidas y el derecho español que precedió a la codificación, el asunto –esto es, el carácter objetivo de las acciones edilicias- se prestó a algunas dudas, concretamente a propósito de la acción redhibitoria, toda vez que de la lectura de las reglas pertinentes de las Partidas –específicamente P. 5, 5, 63 a 66²¹- parece desprenderse la necesidad de

¹⁵ D. 21, 1, 12, 4.

¹⁶ D. 21, 1, 14, 4.

¹⁷ D. 21, 1, 14, 9.

¹⁸ D. 21, 1, 53.

¹⁹ No cualquier defecto justificaba la protección edilicia. Así, por ejemplo, no se consideraba como defecto grave el fanatismo de un esclavo (D.21, 1, 1, 9), su timidez, carácter codicioso y avaro, iracundo (D. 21, 1, 1, 11), melancólico (D. 21, 1, 2), soberbio, giboso o encorvado, que padeciera comezón o sarna (D. 21, 1, 3).

²⁰ Ver JÖRS y KUNKEL, *Derecho privado romano*, p. 336.

²¹ P. 5, 5, 63: *Cómo se puede desfacer la vëndida si el vendedor encubre la servidumbre, ó el cienso ó la maldat que habie en la cosa que vendió*

“Casa ó torre que debe servidumbre á otra ó que fuese tributaria vendiendo un home a otro, callando el vendedor et non apercebiendo dello á aquel que la compraba, por tal razon como esta puede desfacer el comprador la vëndida, et es tenuto el vendedor de tornarle el prescio con todos los daños et los menoscabos quel vinieron por esta razon. Otrosi decimos que si vendiese un home á otro algunt campo ó prado que sopiese que criaba malas yerbas et dañosas para las bestias que las pasciesen, et quando lo vendiese se callase que lo non quisiese decir al comprado, que es tenuto el vendedor por ende de tornar el prescio al comprador con todos los daños quel vinieron ende; mas si esto non sopiese el vendedor quando lo vendió, non serie tenuto de tornar mas del prescio solamente”.

P. 5, 5, 64: *Cómo se puede desfacer la vëndida del siervo, si el vendedor encubre la tacha ó la maldat dél*

una conducta reprochable del vendedor –una reticencia intencional- para utilizarlas. Sin embargo, voces tan autorizadas como las de Gregorio López y Gutiérrez Fernández apoyaron el carácter objetivo de las acciones edilicias y así lo reconoció el Tribunal Supremo en una sentencia de 28 de marzo de 1863²², donde, aplicando la Ley 65 (P. 5, 5, 65), afirmó que la

“Tacha ó maldat habiendo el siervo que un home vendiese á otro, así como si fuese ladron, o hobiese por costumbre de foir á su señor ó otra maldat semejante destas, si el vendedor sabie esto et non lo dixo al comprador, tenuto es de rescebir el siervo et tornarle el prescio con los daños et los menoscabos quel vinieron ende: et si non lo sabie, debe fincar el siervo al comprador. Pero tenuto es el vendedor de tonarle tanta parte del precio quanto fuere fallado en verdad que valie menos por razon de aquella tacha. Eso mesmo decimos que serie si el siervo hobiese alguna enfermedat mala encobierta”.

P. 5, 5, 65: *Cómo se puede desfacer la véndida de caballo ó de otra bestia, si el vendedor non dice ó encubre la tacha o la maldat dél.*

“Caballo, ó mulo ó otra bestia vendiendo un home á otro que hobiese alguna mala enfermedat ó tacha por que valiese menos, si lo sabe el vendedor quando la vende, débelo decir; et si lo non dice, luego quel comprador entendiere aquella enfermedat ó tacha fasta seis meses puedela tornar al vendedor et cobrar el prescio que dio por ella, et el vendedor es tenuto de la rescebir, et tornarle el prescio maguer non quiera. Et si fasta los seis mese non demandase el prescio, despues non lo podrie demandar, et fincarie la véndida valedera, como quier que fasta un año pueda el comprador facer demanda á aquel quel vendió la bestia quel peche ó le torne tanta parte del prescio quanto fallasen en verdat que valie menos por razón de la tacha ó de la enfermedat que era en ella; et destos plazos adelante non podrie el comprador facer ninguna destas demandas. Et este tiempo de los seis meses et del año sobredicho se debe comenzar á contar desde el día que fue fecha la véndida”.

P. 5, 5, 66: *Cómo non puede ser desfecha la véndida de la bestia, si el vendedor dice paladinamente á la sazón que la vende, la tacha que ha.*

“Manefiestamente diciendo la tacha ó la enfermedat el vendedor al comprador del siervo ó de la bestia quel vende, si el comprador seyendo ende sabidor le place de la compra, et recibe la cosa por suya et da el prescio por ella, si despues desto se quisiese repentir , non podrie, nin serie tenuto el vendedor de rescebir la cosa nin de tornar el prescio. Eso mesmo decimos que serie si se aviniesen en el prescio amos á la bestia, et fuese fecha la véndida en tal manera que por tacha que hobiese la bestia non la podiese desechar el comprador. Mas si el vendedor dixiese generalmente que la bestia que vendie habie tachas, et encobriese callando las que habie, ó deciéndolas envueltas con otras engañosamente, de guisa quel comprador non se podiese ende apercibir; entonce decimos que serie tenuto rescebir la cosa que asi vendiese, et de tornar el prescio al comprador á los plazos que deximos en la ley ante deesta”.

²² Pte. Excmo. Sr. D. S. González Nandin. CL nº 21.

acción redhibitoria era eficaz sea que el vendedor conociese el defecto o vicio del que adolecía la cosa, o lo ignorara.²³

Finalmente, no cabe duda de que en el sistema que consagra el Código civil de 1889 la naturaleza de las acciones redhibitoria y estimatoria es de carácter objetivo.²⁴ Una rápida mirada al artículo 1.485 CC es suficiente para advertir que el vendedor responde por los defectos ocultos de la cosa, aunque los ignore; esto se deduce con claridad del primer párrafo del precepto, según el cual:

“El vendedor responde al comprador del saneamiento por los vicios o defectos ocultos de la cosa vendida, aunque los ignorase”.

b. La evicción

Con la evicción sucede algo similar. La doctrina parece encontrarse de acuerdo acerca de su funcionamiento objetivo en términos tales, que sus consecuencias jurídicas se producen con independencia de la culpabilidad del deudor.²⁵

²³ GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, B., *Códigos ó estudios fundamentales sobre el derecho civil español*, t. IV, Madrid, 1869, p. 358. Ver, además, MORALES MORENO, “El alcance protector de las acciones edilicias”, *ADC*, 33-3, 1980, p. 605, advirtiendo que la Glosa de López indica que la acción redhibitoria se extendía no sólo a aquellos casos en que el vendedor conocía el vicio, sino que alcanzaba a aquellos en que lo ignoraba. Más argumentos a favor de la tesis inclusiva pueden encontrarse en FENOY PICÓN, *Falta de conformidad e incumplimiento en la compraventa. (Evolución del ordenamiento español)*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1996, p. 125, nota 365.

²⁴ Ver, por ejemplo, MORALES MORENO, “El dolo como criterio”, p. 632 y “Comentario al artículo 1.485”, en *Comentario del Código Civil*, vol. II, 2ª ed., Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, pp. 957-959; GARCÍA CANTERO, G., “Comentario a los artículos 1.475 a 1.490”, *Derecho civil español, común y foral*, t. III, Albaladejo, M. (dir.), 16ª ed., Reus, Madrid, 1992, p. 369; FENOY PICÓN, *Falta de conformidad*, p. 113-114 y ALBALADEJO, M., *Derecho civil*, t. II, 12ª ed., Edisofer, Madrid, 2004, p. 511.

²⁵ Ver ESPÍN CÁNOVAS, D., “Fundamento de la garantía del vendedor en caso de evicción”, *RDP*, 1966, p. 17 señalando: “[L]as normas sobre evicción tienen un automatismo que las aproxima a la responsabilidad objetiva”. Por su parte, RODRÍGUEZ MORATA (*Venta de cosa ajena y evicción*, Bosch, Barcelona, 1990, p. 212) advierte de que:

Así sucedía, por lo demás, en el derecho romano y en el derecho histórico español.

En el derecho romano, la venta de cosa ajena era válida y eficaz²⁶ y la razón para ello es que no existía obligación para el vendedor de transferir la propiedad de la cosa.²⁷ Sin embargo, el vendedor debía garantizar el goce pacífico de la cosa, de manera que el comprador pudiera adquirirla por usucapión. Dicha garantía se plasmó a través de diversas instituciones, la primera de ellas –cuyos orígenes parecen encontrarse en las XII Tablas– fue la *actio auctoritatis*, una garantía implícita en las ventas por *mancipatio* cuyo objeto era doble: que el vendedor prestara asistencia jurídica al comprador en juicio cuando un tercero reivindicara la cosa y, que en caso de que se negara a defenderlo, o que la defensa no fuera eficaz, le pagara el doble del precio.²⁸ Más adelante –y, en principio, en las ventas sin *mancipatio*–, existió responsabilidad del vendedor bajo pactos que solían reproducir el contenido de la *auctoritas*; aparentemente, el más frecuente fue la *stipulatio duplae*, en virtud de la cual, en caso de resultar evicta la cosa, el vendedor debía pagar al comprador el doble del precio²⁹. Finalmente –a partir de los tiempos de Juliano– se encontraba disponible la *actio empti* sin necesidad de que existiera dolo para recuperar el *id quod interest*.³⁰ Como puede advertirse, ninguna de las acciones precisaba culpa del vendedor.

Como sucedía en el derecho común, en el derecho histórico español –específicamente en las Partidas– la venta de cosa ajena era válida, esto sin perjuicio de las reglas sobre evicción que, en las Partidas, se

“resulta cierta la objetividad de la responsabilidad por evicción ex art. 1.478 del Código en la medida que a la hora de imputar el riesgo y, en su caso, los beneficios de la evicción se prescinde de toda consideración subjetiva o culposa”.

²⁶ Ver KASER, *Derecho romano privado*, p. 192.

²⁷ Ver ZIMMERMANN, R., *The Law of Obligations*, p. 293.

²⁸ Ver ARANGIO-RUIZ, V., *La compravendita in diritto romano*, vol. II, 2ª ed., Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, Nápoles, 1990, pp. 310-320.

²⁹ Ver JÖRS, P. y KUNKEL, W., *Derecho romano privado*, p. 331.

³⁰ Ver ZIMMERMANN, R., *The Law of Obligations*, p. 298.

encuentra regulada en P. 5, 5, 32 a 36. Una mirada a la Ley 32, muestra el funcionamiento objetivo de la evicción.³¹

2. DEBERES PRECONTRACTUALES DE INFORMACIÓN

Configurada de manera objetiva la responsabilidad del vendedor, la noción de deber de informar pierde buena parte de su tracción. El sentido en que, actualmente, se utiliza dicha expresión suele implicar algún tipo de juicio de reproche a quien infringe la conducta que impone el deber.³²

³¹ En lo que interesa aquí, la Ley 32 dispone:

“Quita et libre de todo embargo debe seer entregada la cosa vendida al comprador, de manera que si algunt otro gela quisiere embargar ó moverle pleyto sobre ella, que gela debe facer sana; pero luego qué movieren ende pleyto, tenuto es el comprador de facerlo saber á aquel que gela vendió, ó á lo mas tarde ante que sean abiertos los testigos que fueren aduchos sobre aquella cosa en juicio contra él, et si asi non lo ficiese saber el vendedor, si despues le fuere vencida en juicio, non podrie demandar el prescio á aquel que gela vendió nin á sus heredados. Más si gelo fizo saber et non quiso el vendedor amparar al comprador, ó lo non pudo defender á derecho, entoncces el vendedor tenuto es de tornarle el prescio que rescebió dél por aquella cosa que vendió, con todos los daños et los menoscabos quel venieron por esta razon. Et si por avetura quando gela vendió se obligó á pena del doblo, si non gela amparase segunt derecho, con todo eso non se entiende quel debe pechar el prescio doblado tan solamiente, mas la cosa doblada maguer mas valiese”.

Conviene aquí advertir que el deber de indemnizar “todos los daños et los menoscabos” tiene lugar si el vendedor, debidamente notificado, no comparece a la defensa o si, haciéndolo “lo non pudo defender á derecho”. Por lo mismo, no parece necesario un juicio de reproche para hacer efectiva la garantía.

³² Ver, por ejemplo, GHESTIN, J. (*Traité*, p. 616) señalando que:

“L'obligation d'information suppose que l'une des parties connaissait non seulement l'*information*, mais aussi, l'*influence de celle-ci sur le consentement de l'autre partie*” (itálicas en el original).

En el mismo sentido, FABRE-MAGNAN, M. (*De l'obligation d'information*, p. 187) señalando que el deber de informar precisa que una parte –aquella sobre la cual recae el deber- conozca tanto la importancia de la información para la otra parte como el contenido de la información.

Para el derecho italiano, es necesario el conocimiento de la información –por ejemplo si se alega dolo- o la posibilidad de haberla conocido –si se alega error. Sobre esto ver GRISSI, G., *L'obbligo precontrattuale*, pp. 276-333. Algo similar parece suceder en los supuestos en que se acepta el deber de informar en el derecho inglés. Sobre esto se puede consultar CARTWRIGHT, J., *Misrepresentation, Mistake and Non-Disclosure*, Sweet and Maxwell, Londres, 2007, p. 536.

Esto es lo que ha llevado a la doctrina más autorizada a afirmar que una de las condiciones necesarias para que surja un deber precontractual de informar es que una de las partes –aquella a la que se impone el deber– conozca o, al menos deba conocer, la información objeto del deber.³³

Las acciones edilicias y la evicción no precisan de este requisito. Es verdad que en el Edicto de los ediles se defiende la justicia de la responsabilidad del vendedor en aquellos casos en que hubiese ignorado el defecto, señalando que el vendedor “pudo conocerlo”.³⁴ Sin embargo, MORALES MORENO acierta cuando afirma que, de aceptarse una justificación como ésta, se trataría “de un deber cuyo cumplimiento exigiría en muchos casos en el vendedor el despliegue de una diligencia que no puede serle exigible”.³⁵

En realidad, un deber precontractual de información no añade nada a las acciones edilicias y la evicción tal y como han sido presentadas hasta aquí. La función que cumplen es garantizar la posesión útil y pacífica de la cosa, con independencia de la conducta del vendedor. Lo que hacen estas acciones es articular un régimen de garantías que protege la posición del comprador en términos objetivos.³⁶

³³ Ver, por todos, LEYSSAC, L., “L’obligation de renseignements dans les contrats”, en Loussouarn, Y., *L’information en droit privé travaux de la conférence d’agrégation*, LGDJ, Paris, 1978, p. 323.

³⁴ Se lee en D. 21, 1, 1, 2:

“La causa de proponer este Edicto es poner coto á las falacias de los vendedores, y amparar á los compradores, cualesquiera que hubieran sido engañados por los vendedores; pero sepamos que el vendedor aunque haya ignorado lo que mandan los Ediles que se haga, debe no obstante quedar obligado. Y esto no es injusto, porque pudo saberlo el vendedor; y porque nada importa al comprador por qué sea engañado, si por ignorancia, ó por astucia del vendedor”.

³⁵ MORALES MORENO, A.M., “El dolo como criterio”, p. 632.

³⁶ Respecto del uso de la expresión “garantía”, SMITH, S. (*Atiyah’s Introduction to the Law of Contract*, 6ª ed., Clarendon Press, Oxford, 2005, p. 251) ha sugerido, para el derecho inglés, que un régimen de garantías es distinto de un deber de informar, se trata de una alternativa a éste. Tratándose de un régimen de garantías, la responsabilidad surge al margen de la conducta del contratante que debe responder. En cambio, si es un deber de informar, la responsabilidad surge porque la conducta del agente es reprochable. En el mismo sentido, WADDAMS

Aun así, no obstante el hecho de que las garantías deban ser distinguidas de los deberes, SCHERMAIER está en lo correcto cuando afirma que, en el régimen de garantías que configura el derecho romano frente a defectos materiales y jurídicos de la cosa, existen “deberes de informar” considerados en el sentido moderno.³⁷ Estos deberes no se refieren a las acciones redhibitoria o *quanti minoris*, sino a las acciones indemnizatorias a través de las cuales se imputaba al vendedor la responsabilidad por los daños que las anomalías de la cosa o el hecho de que perteneciera a un tercero habían ocasionado al comprador.³⁸ En estas situaciones, lo que existió fue una cierta tipificación que definía supuestos de responsabilidad del vendedor por dolo o culpa grave. Esa tipificación ha mantenido su perfil –al menos en sus contornos más gruesos– hasta el Código civil, y es a propósito de ella que tiene sentido hablar de deberes precontractuales de información.

(“Precontractual Duties”, pp. 245-246) considera que varios de los problemas que se suscitan a propósito del deber de informar pueden ser solucionados más adecuadamente a través de garantías implícitas (*implied warranties*), que evitan preguntarse si el vendedor sabía o debía haber sabido aquello que no informó.

La idea de que la disciplina de los vicios materiales establece una garantía en el sentido que se ha advertido puede consultarse también en EHMANN y SUTSCHET, *La reforma del BGB*, pp. 246-247.

Con todo, algunos autores españoles han considerado inadecuado el uso de la expresión “garantía” a estos efectos, toda vez que la garantía tendría una función preventiva de la que el saneamiento carece; el saneamiento tendría una función reparatoria. Ver RUBIO GARRIDO, T., *Contrato de compraventa y transmisión de la propiedad*, Publicaciones del Real Colegio de Bolonia, Bolonia, 1993, p. 499; y DURÁN RIVACOVA, R., *Evicción y saneamiento*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2002, pp. 58-60.

El uso que le doy a la expresión “garantía”, para distinguirla de la expresión “deber” simplemente alude a su carácter objetivo, que prescinde del juicio de reproche a la conducta del vendedor.

³⁷ Ver *supra* nota 6.

³⁸ Tomo la idea de MORALES MORENO, “El dolo como criterio”, p. 632:

“El deber de informar adquiere en cambio sentido y utilidad cuando se utiliza para imputar al vendedor los daños y perjuicios que al comprador haya podido producirle la anomalía de la cosa”.

3. LAS NORMAS

Una vez advertido cuál es el ámbito de los deberes precontractuales de información en la regulación de los vicios redhibitorios y la evicción me parece útil detenerme un momento en las normas jurídicas que fijan dicho ámbito. Tratándose de la evicción es el artículo 1.478 CC. En lo que a los vicios redhibitorios toca, el precepto es el artículo 1.486 II CC.

Artículo 1.478

Cuando se haya estipulado el saneamiento o cuando nada se haya pactado sobre este punto, si la evicción se ha realizado, tendrá el comprador derecho a exigir del vendedor:

1. La restitución del precio que tuviere la cosa vendida al tiempo de la evicción, ya sea mayor o menor que el de la venta.
2. Los frutos o rendimientos, si se le hubiere condenado a entregarlos al que le haya vencido en juicio.
3. Las costas del pleito que haya motivado la evicción, y, en su caso, las del seguido con el vendedor para el saneamiento.
4. Los gastos del contrato, si los hubiese pagado el comprador.
5. Los daños e intereses y los gastos voluntarios o de puro recreo u ornato, si se vendió de mala fe.

Artículo 1486 II

Si el vendedor conocía los vicios o defectos ocultos de la cosa vendida y no los manifestó al comprador, tendrá éste la misma opción y además se le indemnizará de los daños y perjuicios, si optare por la rescisión.

En la próxima sección se estudia con mayor detención ambas normas, sin embargo es útil, ahora, adelantar dos características de los preceptos que es conveniente enfatizar aquí. La primera de ellas es que existen supuestos de responsabilidad cuyo funcionamiento no es objetivo (el artículo 1.486 CC es uno, el número 5 del artículo 1.478, otro). La

segunda característica es que dichos supuestos extienden la protección del comprador. Es respecto de estos supuestos que interesa examinar la estructura de los deberes precontractuales de información.

II . LA ESTRUCTURA DE LOS DEBERES PRECONTRACTUALES DE INFORMACIÓN

Tal y como lo he entendido aquí, la estructura de un deber precontractual de información se compone de un supuesto de hecho y de consecuencias jurídicas que se le aparejan. En ese orden los reviso.

A. EL SUPUESTO DE HECHO

En los términos que conciernen a esta investigación, el supuesto de hecho involucra tres elementos: la ignorancia de una de las partes sobre información que le resulta relevante, el conocimiento de la otra parte, y su reticencia.

1. LA IGNORANCIA

La ignorancia puede definirse como el desconocimiento de la información. Este desconocimiento constituye un requisito indispensable para gozar de la protección de los remedios derivados de la evicción y los vicios redhibitorios, sin embargo, no cualquier ignorancia es suficiente para gatillar la aplicación de dichos remedios.

a. El desconocimiento de la información

Para que prosperen las acciones derivadas de los artículos 1.478-5 y 1.486 II CC es necesario que el adquirente de la cosa desconozca cierta información.

Tratándose de los vicios redhibitorios, dicha información se refiere a la presencia de vicios o defectos ocultos, es decir aquellos que:

“(…) hacen impropia la cosa para el uso a que se la destina o si disminuyen de tal modo este uso que, de haberlos conocido el comprador no la habría adquirido o habría dado menos precio por ella”.

Por su parte, en la evicción, la información ignorada es que la cosa adquirida no pertenece al vendedor.

Si el adquirente conoce la presencia de los vicios ocultos o el hecho de que la cosa pertenece a un tercero, la protección que le prodiga el ordenamiento jurídico se desvanece.³⁹ Es natural, si el adquirente sabe

³⁹ Tratándose de los vicios redhibitorios, si se utiliza cualquiera de las justificaciones más comunes de las acciones edilicias, se advierte que el conocimiento de los defectos por parte del adquirente las excluye.

Como resulta bien sabido, el problema de la justificación de las acciones edilicias en el derecho español es antiguo y vigente. No es éste el lugar para examinarlo (a esos fines puede consultarse MORALES MORENO, “El alcance protector”, pp. 661-682; LLÁCER MATA CÁS, M^a, *El saneamiento por vicios ocultos en el Código civil: su naturaleza jurídica*, Bosch, Barcelona, 1992; FENOY PICÓN, *Falta de conformidad*, pp. 115-164; y VERDA Y BEAMONTE, J. R., *Saneamiento por vicios ocultos*, pp.178-256; sin embargo, resultará útil, al menos, indicar esas justificaciones y la medida en que el conocimiento del adquirente las excluye.

Una primera justificación de las acciones edilicias se encuentra en el error de quien adquiere la cosa. Como es evidente, el conocimiento del vicio excluye el error. Una segunda justificación se encuentra en el incumplimiento del vendedor. Así, por ejemplo, CLEMENTE MEORO, M. (*La facultad de resolver el contrato por incumplimiento*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, p. 301) ha señalado que la existencia de vicios ocultos puede considerarse como un supuesto de incumplimiento en sentido amplio “ya que el acreedor no recibe aquello por lo que contrató y no obtiene satisfacción de su interés”. Si se acepta la razón que provee este autor para considerar la presencia de un vicio como supuesto de incumplimiento es evidente que el conocimiento del vicio excluye el incumplimiento, porque si el comprador conocía el vicio y acepta la cosa, entonces habrá que suponer que recibe aquello por lo que contrató. La tercera justificación de las acciones edilicias es a partir de la lesión. Desde esta perspectiva, las acciones edilicias serían los remedios que el ordenamiento pone a disposición de las partes cuando, a resultas de los defectos de la cosa, se altera severamente la conmutatividad de las prestaciones. Sin embargo, como afirma LLÁCER MATA CÁS, M^a (*El saneamiento*, p. 39) –que parece ser la defensora más entusiasta de esta posición en España– el conocimiento del vicio por el adquirente hace presumir que quien lo sufre, “tolera o quiere la lesión”.

Tratándose de la evicción, es necesario advertir que ésta posee algunas peculiaridades que convendrá mostrar brevemente.

de la existencia de vicios o del hecho de que la cosa no pertenece al vendedor habrá que presumir que su voluntad fue adquirir una cosa defectuosa o bien que pertenece a un tercero. No se advierte por qué el ordenamiento jurídico debería protegerlo de su propia decisión.⁴⁰

b. La legitimidad de la ignorancia

El conocimiento de cierta información resulta incompatible con la protección que prodigan los artículos 1.478-5 y 1.486 II al adquirente.

Si el comprador tiene conocimiento de que la cosa que compra es ajena, pierde su derecho a reclamar las partidas del artículo 1.478 CC. Ver RODRÍGUEZ MORATA, *Venta de cosa ajena*, p. 167; también GARCÍA CANTERO ("Comentario a los artículos 1.475 a 1.490", p. 327) quien advierte que: "aunque nada añada el Código Civil, parece que debe ser relevante el conocimiento que de esa circunstancia [la existencia de un derecho de tercero] tenga el comprador".

Sin embargo, en primer lugar, aun cuando el comprador tuviera este conocimiento, no pierde su derecho a reclamar la restitución del valor del precio pagado. Así se desprende de la letra del artículo 1.477 CC. No basta que hubiera conocido los riesgos de evicción, sino que, además, es necesario que se haya sometido a sus consecuencias. Es interesante advertir que éste es el mismo criterio que emplea el artículo 31 de la Convención de Viena donde, para que desaparezca la responsabilidad del vendedor por defectos jurídicos, es necesario que el comprador preste su consentimiento. Ver MIQUEL GONZÁLEZ, J. Ma., "Comentario a los artículos 41 a 44", en Díez-Picazo, L., *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario a la Convención de Viena*, Civitas, Madrid, 1998, p. 368.

En segundo lugar, bien pudiera ser el caso que tanto el comprador como el vendedor supieran de la existencia de derechos de terceros, sin embargo, el vendedor se hubiera obligado a liberar los bienes de dichos derechos. A este supuesto se ha referido MIQUEL GONZÁLEZ, J. Ma., en su comentario del artículo 42 de la Convención de Viena (*Loc. cit.*, p. 385).

⁴⁰ Con todo, existen ciertas peculiaridades que matizan esta afirmación. Respecto de la evicción, ver *supra* nota 39 En lo que se refiere a los vicios redhibitorios puede consultarse MORALES MORENO ("Comentario a los artículos 35 a 40", p. 307), que advierte de que:

"El conocimiento que pueda o deba tener el comprador de que las mercaderías no son conformes al contrato no excluye la vinculación del vendedor, en las cualidades de la cosa establecidas en el contrato".

Se trata de un comentario al artículo 35 de la *CISG*; sin embargo, es perfectamente aplicable a una comprensión más actual de los vicios redhibitorios a la manera del *Bürgerliches Gesetzbuch (BGB)* en la que se permite al adquirente exigir la eliminación del daño o la entrega de una cosa sin vicio. Sobre esto ver EHMANN y SUTSCHET, *La reforma*, pp. 254-255.

Sin embargo, conviene advertir que no cualquier ignorancia resulta compatible con los remedios propios de los vicios redhibitorios y la evicción.⁴¹

Esta última idea puede ser ilustrada a través de los vicios redhibitorios, específicamente de su carácter oculto.

El artículo 1484 CC señala que el vendedor:

“(…) no es responsable de los defectos manifiestos o que estuvieren a la vista, ni tampoco de los que no lo estén, si el comprador es un perito que, por razón de su oficio o profesión, debía fácilmente conocerlos”.

No es oculto, entonces, el defecto que sea manifiesto o que estuviere a la vista, como sucede –señala GARCÍA GOYENA con cita a fuentes romanas– con la ceguera o una evidente cicatriz del esclavo⁴², o bien, como ha considerado el TS, la presencia en una finca de un pozo negro que se utiliza como mecanismo de evacuación de aguas residuales. Conviene detenerse por algunos momentos en la decisión del TS.

La STS de 29 de julio de 1999⁴³ conoce de un recurso de casación cuyo primer motivo arguye infracción del artículo 1484 CC en la medida en que no se consideró como vicio redhibitorio de la propiedad el hecho de que para la evacuación de aguas residuales se utilizara un pozo negro. El TS resuelve señalando que el recurso:

“(…) no puede prosperar porque éste es el sistema de evacuación normalmente utilizado en construcciones de la antigüedad de la litigiosa en zonas donde no existe red de alcantarillado y porque no puede

⁴¹ Esta regla se mantiene en la *CISG* (art. 35.3) con el siguiente tenor:

“El vendedor no será responsable, en virtud de los apartados a) a d) del párrafo precedente, de ninguna falta de conformidad de las mercaderías que el comprador conociera o no hubiera podido ignorar en el momento de la celebración del contrato”.

⁴² GARCÍA GOYENA, F., *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, reimpresión de la edición de Madrid, 1852, al cuidado de la Cátedra de Derecho civil de la Universidad de Zaragoza, Zaragoza, 1974, p. 750.

⁴³ RJ 1999,5722, pte. Excmo. Sr. D. J. Menéndez Hernández.

conceptuarse como vicio oculto un pozo negro perfectamente visible a seis metros de la casa".⁴⁴

Lo que se desprende de la opinión del TS, en lo que aquí importa, es que, aun cuando fuera cierto que el comprador ignoraba el sistema de evacuación a través de un pozo negro, no podía ignorarlo, no lícitamente al menos, porque su ignorancia sólo puede explicarse como el resultado de un comportamiento extremadamente negligente, constitutivo de culpa lata.

Una vez que se analiza con cuidado el párrafo transcrito de la STS de 29 de julio de 1.999, aparece con toda claridad la importancia de la posibilidad de conocer el vicio por parte del adquirente y las consecuencias que puede provocar su falta de diligencia al hacerlo. Puede discutirse, desde luego, cuál es el grado de diligencia que se exige al adquirente⁴⁵ y debe distinguirse si se trata de un profano o de un

⁴⁴ *Ibíd.*, FD 1.

⁴⁵ LACRUZ BERDEJO, *et al.* (*Elementos de derecho civil*, t. II, *Derecho de obligaciones*, vol. 2, 3ª ed., revisada y puesta al día por F. Rivero Hernández, Dykinson, Madrid, 2005, pp. 50) han señalado que se trataría de una diligencia media. MORALES MORENO ("El dolo como criterio", p. 646) y VERDA Y BEAMONTE (*Saneamiento por vicios ocultos*, p. 87), en cambio, consideran que al comprador profano sólo se le exige un mínimo de diligencia para comprobar que la cosa esté exenta de defectos, de manera que únicamente incurriría en infracción de ese deber en casos de culpa lata. Entre las dos opiniones, la segunda parece más correcta. El argumento que ofrece VERDA Y BEAMONTE (*Ibíd.*, pp. 87-88) consiste en una interpretación extensiva del artículo 1.484 CC en lo que se refiere al tratamiento del comprador perito que no puede alegar desconocimiento de aquellos vicios que no estuvieran a la vista siempre que fueran *fácilmente* reconocibles. Si al comprador profano se le exigiera una diligencia media, entonces se le estaría tratando en términos más severos que al comprador perito lo que, desde luego, carece de sentido.

Por su parte, LACRUZ BERDEJO, *et al.*, no ofrecen argumentos para defender su posición, sino, únicamente, una STS que no es particularmente elocuente respecto de la posición de los autores. Se trata de la STS de 8 de julio de 1991 (RJ 1991,6300, pte. Excmo. Sr. D. Mariano Martín-Granizo Fernández) donde se reclamaba como vicio oculto de una nave industrial, el que a partir de un cierto punto admitía solamente una sobrecarga de 1.000 kg. por metro cuadrado. En lo que interesa aquí, el TS rechaza la pretensión advirtiendo que dicho límite se encontraba en el Proyecto de la construcción que estuvo a disposición de los compradores todo el tiempo. Consideradas de esa manera las cosas, la negligencia de los compradores parece más cercana a la culpa grave.

perito⁴⁶, pero lo que aparece con claridad es que si los vicios eran perceptibles con un cierto nivel de diligencia exigible según el caso y el adquirente no la empleó, debe presumirse que aceptó la cosa tal y como es.

Ahora bien, esta última conclusión debe ser tomada con cautela cuando se trata de los supuestos de los artículos 1.478-5 y 1.486 II CC. La peculiaridad de ambos supuestos, según se verá a continuación, es que el vendedor tiene conocimiento (real o imputado) de la existencia de los vicios o de que la cosa pertenece a un tercero. Este conocimiento determina que la falta de cuidado del adquirente deba apreciarse de una manera distinta. Para advertirlo es necesario detenerse, primero, sobre el conocimiento y, luego, dar una mirada a la relación que existe, a estos efectos, entre la ignorancia del adquirente y el conocimiento del vendedor.

2. EL CONOCIMIENTO

El funcionamiento de las reglas contenidas en los artículos 1.478-5 y 1.486 II CC, precisa conocimiento del hecho de que la cosa pertenece a un tercero o de la existencia de los vicios redhibitorios, según corresponda. Acerca de esto no cabe duda. Sin embargo, ese conocimiento no sólo puede ser real, sino que, además, puede imputarse cuando la ignorancia obedece a culpa lata.

A continuación me interesa distinguir entre supuestos de conocimiento real y conocimiento imputado. A propósito de esta última especie de

Parece, entonces, que existen mejores razones para considerar que la culpa leve no es suficiente; por lo tanto es necesaria la culpa grave para privar al adquirente de la protección.

⁴⁶ La razón que aconseja distinguir es que, en el artículo 1.484 CC, el carácter oculto de un vicio tiene un carácter relativo según si el comprador es o no perito, de manera que ciertos vicios que se consideran ocultos tratándose de un comprador no perito pierden dicha calidad tratándose de compradores peritos. Sobre esto puede consultarse VERDA Y BEAMONTE, *Saneamiento por vicios ocultos*, pp. 100-101.

conocimiento ofreceré algunas razones para justificar por qué, pese a la opinión de un sector de la doctrina, deben entenderse comprendidos dentro de los artículos 1.478-5 y 1.486 II CC algunos supuestos de culpa grave.

a. Conocimiento real

Entre los autores, suele afirmarse que los supuestos de los artículos 1.478-5 y 1.486 II CC requieren de un conocimiento real del vicio o del hecho de que la cosa pertenece a un tercero. Esto es así porque existe una opinión, ampliamente difundida, según la cual, los supuestos contenidos en los artículos mencionados constituyen hipótesis de dolo o mala fe.

Así, respecto de los vicios redhibitorios, en general, la doctrina ha considerado que este inciso segundo del artículo 1.486 CC⁴⁷ contempla un supuesto de mala fe⁴⁸ o de dolo.⁴⁹ Se trata de un supuesto en el que el vendedor conoce el defecto y evita comunicárselo al comprador que,

⁴⁷ Lo que se predica de este inciso segundo puede afirmarse también de los artículos 1.487 y 1.488 CC que regulan supuestos de pérdida de la cosa, el primero por efecto de los vicios ocultos, y el segundo por caso fortuito o por culpa del comprador. Esto no obstante existe una pequeña variación terminológica. A diferencia de los artículos 1.486 y 1.487, el 1.488 es el único que utiliza la expresión "mala fe"; sin embargo, los tres preceptos se refieren a un reproche en la conducta del vendedor por su mala fe. Ver DIEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A., *Sistema de derecho civil*, vol. II, 6ª ed., Tecnos, Madrid, 1989, p. 282.

⁴⁸ Así, por ejemplo, SCAEVOLA, Q.M., *Código civil concordado y comentado extensamente*, t. XXIII, Madrid, 1906, p. 622; BADENES GASSET, R., *El contrato de compraventa*, 3ª ed., Bosch, Barcelona, 1995, p. 662: "[E]sta indemnización [la del 1.486 II CC] es una aplicación de la regla general del art. 1.107 sobre la responsabilidad del deudor de mala fe", y LACRUZ BERDEJO J. L., *et al.*, *Elementos II-2*, p. 50.

⁴⁹ Ver MANRESA Y NAVARRO, J.M., *Comentarios al Código civil español*, t. X, 4ª ed., Madrid, Editorial Reus, 1931, p. 217: "si el vendedor conocía los defectos y no los manifestó al comprador se puede decir que procedió con verdadero dolo".

desde luego, lo ignora. Es, entonces, un supuesto de reticencia intencional: el vendedor conoce los vicios ocultos y lo calla.⁵⁰

⁵⁰ La reticencia deliberada –es decir el silencio de quien conoce los vicios ocultos y los calla– como supuesto de responsabilidad a propósito de los vicios redhibitorios es un asunto antiguo. Tanto el Digesto como las Partidas contienen múltiples menciones a él.

Respecto del Digesto puede verse, por ejemplo, respecto del comodato, D. 13, 6, 18, 3: “el que a sabiendas da en comodato vasos con desperfectos y estos le produce daños debe ser condenado por esa razón”. Respecto de la compraventa: D. 19, 1, 13, venta de ganado enfermo o madera defectuosa, si el vendedor sabiéndolo calló “habrá de responder de todos los perjuicios que el comprador hubiere experimentado por aquella compra”. En el Edicto de los ediles, D. 21, 1, 1, 9, el vendedor que calla el hecho de que el esclavo está loco queda obligado por la acción de venta; D. 21, 1, 38, 7, venta de un caballo capado, si el comprador lo ignora y el vendedor lo sabe hay acción de compra.

⁵⁰ En lo que se refiere a las Partidas, las reglas se encuentran, mayoritariamente en el Título 5 de la Partida 5, entre las leyes 63 y 66 (ver el texto completo de estas leyes en supra nota...). En todos los casos se contemplan supuestos de defectos que el vendedor conoce y silencia al comprador. Así, como ya se ha visto, en P. 5, 5, 63, lo que calla el vendedor es que la casa o la torre tiene una servidumbre y que en el campo o prado crecen yerbas dañinas para el ganado. En P. 5, 5, 64, lo silenciado es la “tacha o maldad” del siervo vendido, por ejemplo, que se trata de un ladrón o que tiene el hábito de huir. En P. 5, 5, 65, aquello de lo que el vendedor no informa es que el animal que está vendiendo tiene una tacha o se encuentra enfermo. En P. 5, 5, 66, se regula el supuesto en que el vendedor informa claramente al comprador de los vicios del animal, en cuyo caso la venta no se puede resolver. Pero, además, se contempla el supuesto de que el vendedor informe, en general, de la existencia de tachas, pero las encubra al no decir cuáles son específicamente o las mezcle con otras afirmaciones, de manera que impida al comprador conocerlas con precisión.

No resulta sencillo ponderar el tratamiento que recibe en *Las Partidas* la protección del comprador por defectos de la cosa; como ha sugerido MORALES MORENO (“El alcance protector”, p. 602) no existe un régimen jurídico unitario para todos los supuestos ni se califica o atribuye nombre a las acciones. Con todo, y en forma independiente de si se trata de una *actio* de dolo, *empti* o redhibitoria para reclamar la indemnización, resulta interesante advertir la diferencia que suele establecerse según si el vendedor conocía o no los vicios de la cosa. Si no los conocía, la regla general será que, dependiendo del caso, proceda una reducción del precio (así P. 5, 5, 64) o para “tornar” la cosa (así P. 5, 5, 63, 65 y 66). En cambio, si los conocía, debe, además, indemnizar daños. Así sucede, por ejemplo, en P. 5, 5, 63 y 64 donde se condena al vendedor a pagar “todos los daños”.

Tanto en El Digesto como en Las Partidas aparece, en forma igualmente evidente, la contradicción que existe en estos casos entre las exigencias de la buena fe y el silencio del vendedor.

Respecto del Digesto, en el Edicto de los ediles puede verse la mención al dolo malo que se hace en D. 21, 1, 1, 1. La mención al dolo malo es importante en términos de buena fe. Sobre la relación entre buena fe y dolo puede consultarse ZIMMERMANN (*The Law of Obligations*, p. 668) quien afirma que la conducta

Respecto de la evicción, como queda de manifiesto de la lectura del artículo 1.478-5 CC, los daños e intereses y los gastos voluntarios se deben si se vendió "de mala fe". ¿Qué significa esto?

En sus *Comentarios*, GARCÍA GOYENA cita como antecedente de esta regla, D. 19, 1, 1, 45 e, inmediatamente, advierte que la mala fe significa que el vendedor ha actuado dolosamente.⁵¹ El dolo parece aquí referirse a la situación en que, conociendo el vendedor el hecho de que la cosa era ajena, e ignorándolo el comprador, el primero no se lo informa al segundo. Así parece desprenderse de la cita del Digesto⁵² y es, además, la opinión de la doctrina mayoritaria. Así, por ejemplo, al tratar la mala fe que consigna el artículo 1.476, MANRESA Y NAVARRO se refiere a ella como: "el conocimiento previo que al tiempo de la venta tenga [el vendedor] del hecho que da lugar a la evicción".⁵³ Una opinión similar mantienen BADENES GASSET⁵⁴, GARCÍA CANTERO⁵⁵, TORRALBA SORIANO⁵⁶, y DURÁN RIVACOBA.⁵⁷

contraria a las exigencias de la buena fe se asimila al dolo. Respecto de las Partidas, ver los comentarios de GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ (*Códigos ó estudios fundamentales*) sobre P. 5, 5, 64 y 65.

⁵¹ GARCÍA GOYENA, *Comentarios*, p. 747.

⁵² La parte transcrita por GARCÍA GOYENA es la siguiente: "*in omnibus tamen his casibus, si sciens quis alienum vendiderit, omnino teneri debet*" (*Concordancias*, p.747). En la traducción de GARCÍA DEL CORRAL (*Cuerpo I*): "en todos estos casos, si á sabiendas hubiere vendido alguien una cosa ajena, de todos modos debe quedar obligado" (D. 19,1,1,45).

⁵³ MANRESA Y NAVARRO, *Comentarios al Código*, t. X, p. 174.

⁵⁴ BADENES GASSET, *El contrato de compraventa*, p. 570: "Obra de mala fe el vendedor que oculta al comprador alguna causa conocida por el primero e ignorada por el segundo, que permita al tercero reivindicar la cosa vendida".

⁵⁵ GARCÍA CANTERO, "Comentario a los artículos 1.475 a 1.490", p. 326, define mala fe como "el conocimiento de los derechos de un tercero sobre la cosa".

⁵⁶ TORRALBA SORIANO, V., "Comentario a los artículos 1475 a 1483 del Código Civil", en *Comentarios al Código Civil*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, p. 944.

⁵⁷ DURÁN RIVACOBA, R., *Evicción y saneamiento*, p. 253: "[la mala fe del vendedor] constituye la conciencia previa del transmitente acerca de los mejores derechos del tercero, que se omite al comprador".

Existe, entonces, una difundida opinión según la cual la mala fe a que se refiere el artículo 1.478-5 CC exige conocimiento del vendedor para configurarse como supuesto de responsabilidad por daños. El vendedor sabe que la cosa pertenece a terceros y no se lo informa al comprador quien, por su parte, lo ignora. El vendedor, entonces, infringió un deber precontractual de informar. Sobre esto parece no haber duda.

Pues bien, tanto respecto de los vicios redhibitorios como de la evicción, se acepta que uno de los supuestos de responsabilidad tiene lugar cuando el vendedor se comporta dolosamente o de mala fe, esto es, cuando con conocimiento de la existencia de la información no se la comunica al adquirente. Lo que resta por discutir, a efecto de estas páginas, es si éste es el único supuesto o existen otros, donde no se exige conocimiento real, sino que, más bien se imputa conocimiento.

b. Conocimiento imputado

Hay buenas razones para afirmar que junto a los supuestos de dolo es necesario incluir los de culpa grave al interior de los artículos 1.478-5 y 1486 II CC.

A continuación me interesa mostrar que, en los preceptos citados no solamente caben supuestos de dolo, sino además de culpa grave, en los que el vendedor ignora la información u olvida mencionarla. En dichos supuestos no es necesario que la información sea conocida, pues si existe culpa grave se reputa como conocida por el vendedor.

La pregunta sobre la que es necesario reflexionar es la siguiente: ¿qué sucede si, por olvido o ignorancia, el vendedor no menciona al adquirente la presencia de vicios redhibitorios o bien que él no es el verdadero dueño?

Desde luego, el olvido o la ignorancia, son completamente irrelevantes en términos de garantía, pero la pregunta persiste respecto del deber de

informar ¿se entiende incumplido en los términos de los artículos 1.478-5 y 1486 II CC? Si se estima que dichos preceptos regulan únicamente supuestos de agravamiento de la responsabilidad por dolo la respuesta es que no. Ésta es una respuesta que ha sido frecuente en los autores que han tratado el tema.⁵⁸

Existen, sin embargo, buenos argumentos para preferir la posición contraria.⁵⁹

(i) Algunos argumentos históricos

A propósito del derecho romano, ZIMMERMANN señala, en su tratamiento acerca de la responsabilidad del vendedor a través de la *actio empti*, que el dolo era lo contrario de la *bona fides* y que la responsabilidad no se encontraba restringida por una comprensión del dolo en sentido técnico, sino que en ciertas circunstancias el vendedor era responsable debido a su conducta negligente.⁶⁰

En el derecho histórico español, en las Partidas, específicamente en P. 5, 8, 14, a propósito de vicios redhibitorios en un contrato de

⁵⁸ Así, por ejemplo, LACRUZ, *et al.*, *Elementos* II-2, p. 50, respecto de los vicios redhibitorios y RODRÍGUEZ MORATA, *Venta de cosa ajena*, p. 286. BADENES GASSET, *El contrato de compraventa*, p. 570, advierte de que el artículo 1478-5 se aplicará: "solamente para el caso de que el vendedor silencie dolosamente la posibilidad de despojo"; y LLÁCER MATAACÁS, M.ª., "El dolo en el saneamiento por vicios ocultos", *ADC*, 45-2, 1992, p. 1523, nota 87.

⁵⁹ Una posición que ha sido defendida por BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., "La naturaleza de las acciones redhibitoria y estimatoria en la compraventa", *ADC*, 22-4, 1969, p. 832, nota 10; MORALES MORENO, "El dolo como criterio", p. 643; *Id.*, "Comentario al artículo 1.486", en *Comentario del Código Civil*, vol. II, 2ª ed., Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, pp. 961-962; NAVARRO PÉREZ, J.L., *La compraventa civil*, Comares, Granada, 1993, p. 566.

⁶⁰ ZIMMERMANN, *The Law of Obligations*, pp. 280-281. Un ejemplo de esto en D. 19, 1, 13, 16. Para una extensa cita de pasajes del Digesto que parecen equiparar la culpa lata al dolo ver COSSÍO DEL CORRAL, A., *El dolo en el derecho civil*, Editorial Comares y Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Granada, 2005, p. 5.

arrendamiento⁶¹, se consideran dos supuestos distintos de arrendamiento de cosas defectuosas. La regla contenida en la Ley funciona en forma diversa en los dos supuestos que considera: alquiler de toneles y de tierras. Si se trata de toneles, entonces es irrelevante que su dueño conozca o no el defecto; debe indemnizar, igualmente, los daños. En cambio, si se trata de tierras, el dueño sólo debe pechar con los daños si conoce la maldad de las hierbas. MORALES MORENO, con cita a las *Additiones* de Hermosilla y la *Glosa* de López, ha sugerido que lo que explica la responsabilidad en el caso de los toneles cuando el dueño ignoraba sus defectos es la equiparación del dolo a la ignorancia crasa o supina de los vicios de la cosa por parte del vendedor.⁶²

Por su parte, POTHIER, al tratar el alcance de la obligación de garantía en los vicios redhibitorios, distingue aquellos casos en que el vendedor

⁶¹ Cuyo texto reza: "Como los que logan toneles ó los que los alogan si ha maldad en ellos"

"Toneles ó otros vasos malos ó quebrantados alquilando un home á otro para meter hi vino, ó olio ó otra cosa semejante, si por su culpa de aquellos vasos se pierde vertiéndose, ó se empeora rescebiendo mal sabor aquello que hi meten, si aquel que los rescibe á loguero non es sabidor de la maldat de los vasos quando los loga, tenuto es el señor de ellos de pechar al otro el daño ó el menoscabo que rescebió por culpa dellos, maguer el señor non fuese sabidor que eran malos nin quebrantados; et esto es porque todo home debe saber si es buena ó mala aquella cosa que loga. Et por ende decimos que logando un home á otro montes o prados para pasturas de ganados ó de bestias, si aquello que logó para esto ha malas yerbas que matan ó empeoran por ellas los ganados que las pacen, si el señor es sabidor desto, tenuto es de lo decir paladinamente, ó de pechar al otro el daño ó el menoscabo quel aveniese por maldat de aquellas yerbas; mas si el señor non sopiese tal maldat, entonce non serie tenuto de pecharle los daños nin los menoscabos, mas decimos que nol debe demandar el logero, nin est tenuto el otro de gelo dar".

⁶² MORALES MORENO, "El alcance protector", pp. 617-618. De la misma manera, MOLINEO sugirió que tratándose de profesionales, aun si ignoraban la existencia del vicio debían indemnizar los daños que provocaran (sobre esto puede consultarse ZIMMERMANN, *The Law of Obligations*, pp. 334-335). Respecto de la equiparación de la culpa lata al dolo en el derecho intermedio puede consultarse BADOSA COLL, F., *La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil*, Real Colegio de España, Bolonia, 1987, pp. 666 y 734 comentando la tesis genérica de culpa de Bartolo según la cual, la culpa *latíssima* es dolo manifiesto y la culpa *latior*, dolo presunto.

ignoraba los vicios, de aquel en el que los conocía.⁶³ En este último caso, el vendedor debe indemnizar al comprador todos los daños y perjuicios que haya provocado con su conducta dolosa. Si no conocía los vicios, la garantía, generalmente, no se extenderá a los daños y perjuicios. Sin embargo, en dos supuestos se reputa al vendedor *como* si hubiera conocido dichos defectos. El primero de ellos es cuando hubiera tenido un legítimo motivo para suponer la existencia del defecto. Por ejemplo –dice POTHIER– si se compra un animal en un país donde existe una epidemia muy contagiosa, y luego se vende en otro, se considerará que el vendedor ha actuado dolosamente, aunque ignorara si ese animal está enfermo. El dolo del vendedor consiste en ocultar al comprador el hecho de que el animal venía de un país en el que reinaba esa enfermedad. El segundo caso es el de un vendedor que, a diferencia del anterior, no tiene razones para sospechar la presencia del vicio, pero se trata de un experto en aquello que se está comerciando. El ejemplo que provee el autor francés es el de un tonelero que vende unos toneles defectuosos, en términos tales que el vicio determina la pérdida del vino que se deposita en ellos. En opinión de POTHIER:

“Son impéritie ou défaut de connaissance dans tout ce qui concerne son art, est une faute qui lui est imputée, personne ne devant professer publiquement un art, s'il n'a toutes les connaissances nécessaires pour le bien exercer: *Imperitia culpa adnumeratur*”.⁶⁴

Finalmente, el ejemplo del tonel utilizado por las Partidas, MOLINEO y POTHIER es tratado por GARCÍA GOYENA a propósito de su comentario sobre el artículo 1.408 del Proyecto de Código civil de 1851 para ilustrar lo que, según el autor, es opinión corriente y admitida por él:

“(…) que la ignorancia del defecto no excusa al vendedor de buena fe de resarcir los daños y perjuicios cuando por razón de su arte ú oficio debía conocerlos (...): no saber lo que por su arte, oficio ó profesión debe saber, tiénese por culpa: el vendedor en tales casos *spondet*

⁶³ POTHIER, *Traité du contrat de vente*, pp. 127-130.

⁶⁴ POTHIER, *Ibíd.*, p. 128.

peritiam artis, y es responsable de la bondad de su obra para el uso á que naturalmente es destinada".⁶⁵

(ii) *Las exigencias de la buena fe*

Los antecedentes históricos aconsejan ensanchar el campo de aplicación de los 1.478-5 y 1486 II CC y darles una lectura que incluya como supuesto de responsabilidad la reticencia no intencional que obedece a culpa grave. Me interesa a continuación mostrar cómo puede intentarse esa lectura de dichos preceptos. Con este objetivo, me sirvo de un argumento aportado por MORALES MORENO en su estudio sobre el dolo como criterio de imputación de responsabilidad al vendedor por los defectos de la cosa. Aun cuando se trata de un argumento diseñado para los vicios redhibitorios puede, en mi opinión, extrapolarse a la evicción. Lo expongo primero para los vicios redhibitorios y, luego, muestro su posible aplicación a la evicción.

(aa) Los vicios redhibitorios

Señala MORALES MORENO que el artículo 1.488 CC imputa responsabilidad al vendedor de "mala fe". De ahí que sea necesario determinar cuáles son las exigencias que la buena fe impone al vendedor y, en esta tarea, es posible acudir al artículo 1.484 CC en el cual se establece el nivel de diligencia que debe desplegar el comprador para conocer los defectos de la cosa. En sus palabras:

"Es razonable que empleemos el mismo módulo de diligencia para considerar que el vendedor (ficticiamente) conocía los vicios de la cosa, que el empleado en el caso análogo para el comprador. Porque la buena fe de la cual resultan esos módulos mínimos de diligencia exigible,

⁶⁵ GARCÍA GOYENA, *Comentarios*, p. 752.

impone a los contratantes (...) unos deberes de conducta análogos y recíprocos".⁶⁶

La posición, entonces, es ésta: en la medida en que supuestos de reticencia no intencional, como el olvido o el desconocimiento de los vicios, correspondan a casos de culpa grave o lata del vendedor, dicha culpa permite subsumir estos casos en el supuesto de hecho del artículo 1.486 II CC. La razón es que el vendedor responde si es de mala fe, y para determinar cuándo es de mala fe es necesario precisar cuáles son las exigencias que la buena fe impone. La opinión del autor es que dichas exigencias son análogas a las impuestas al comprador bajo la letra del artículo 1.484 CC, es decir, no incurrir en una negligencia grave.

(bb) La evicción

La posición de MORALES MORENO recién expuesta reposa sobre una forma de entender la mala fe a la que se refiere el artículo 1.488 CC no como un estado psicológico, sino más bien en forma refleja de la buena fe (entendida como rectitud de la conducta): como infracción a las exigencias que ésta demanda.

Al advertir esto se percibe la pertinencia de la posición de MORALES MORENO para examinar si las hipótesis de culpa grave pueden o no ingresar en el artículo 1.478-5. El precepto se aplica al vendedor de mala fe, si se entiende ésta como infracción a las exigencias de la buena fe, pues no sólo está de mala fe quien actúa dolosamente, sino, además, quien se comporta con culpa grave.

⁶⁶ MORALES MORENO, "El dolo como criterio", p. 646. En contra de esta opinión LLÁCER MATACÁS ("El dolo en el saneamiento", p. 1523, nota 87) sostiene que sólo hay un criterio de imputación del *id quod interest*: el dolo *in contrahendo* y que, por lo tanto: "[I]a analogía con el artículo 1.484 2.ª parte, no es posible porque tiene un ámbito muy delimitado, por ser relevante sólo como mecanismo de exclusión del saneamiento, y por lo tanto, sólo desde el punto de vista del comprador".

En un estudio sobre la evicción, RODRÍGUEZ MORATA, siguiendo la distinción de MORALES MORENO, señala que es posible concebir la mala fe de dos formas: estricta y amplia.⁶⁷ Según la primera, habría mala fe únicamente cuando existe conocimiento por parte del vendedor de la verdadera situación del bien y busca aprovecharse de la ignorancia del comprador. Según la segunda, la mala fe se contrapone a las exigencias de la buena fe; por lo mismo, cada vez que el vendedor contravenga dichas exigencias será de mala fe. Dentro de las exigencias de la buena fe está, evidentemente, comportarse diligentemente. La pregunta que resta responder es por cuál de las dos formas de concebir la mala fe –estricta o amplia- debe optarse en el supuesto del artículo 1.478-5 CC. RODRÍGUEZ MORATA considera que debe ser la estricta.⁶⁸

La respuesta, sin embargo, parece ser la contraria. Las razones históricas apuntadas así lo aconsejan. Por lo demás, así lo ha entendido un sector de la doctrina.⁶⁹

Una posición distinta sobre el mismo problema se encuentra en ESPÍN CÁNOVAS.⁷⁰ De una parte, este autor equipara la mala fe al conocimiento de los derechos de terceros; por esta razón, aquel vendedor que ignorase los derechos de terceros sería de buena fe, sin embargo, si su ignorancia es culposa:

“(…) no se ve obstáculo insuperable para exigir una responsabilidad culposa basada en no haber desplegado la diligencia media en el descubrimiento de las causas de evicción”.⁷¹

⁶⁷ RODRÍGUEZ MORATA, *Venta de cosa ajena*, p. 286.

⁶⁸ *Loc. cit.* Aunque desgraciadamente no abunda en razones que justifiquen dicha comprensión.

⁶⁹ Ver, por ejemplo, RUBIO GARRIDO (*Contrato de compraventa*, p. 440, 571) considerando comprendidos dentro de la mala fe tanto el dolo como la culpa lata equiparada; y GÓMEZ CALLE (*Los deberes precontractuales*, p. 68) describiendo al vendedor de mala fe del artículo 1.478-5 CC como aquel que “conociendo (o debiendo haber conocido) la causa de evicción no informó de ella al comprador”.

⁷⁰ ESPÍN CÁNOVAS, “Fundamento de la garantía”, pp. 17-18.

⁷¹ *Ibíd.*, p. 18.

De esta manera, en opinión de este último autor, aun cuando se considerase que el vendedor se encuentra de buena fe y que, por lo mismo sólo debe responder de aquello que consignan los numerales 1 a 4 del artículo 1.478 CC, quedarían disponibles las reglas generales del incumplimiento contractual para exigir su responsabilidad culposa.⁷²

*

Para que reciban aplicación los remedios propios de los artículos 1478-5 y 1.486 II CC es necesario que el vendedor haya tenido conocimiento acerca de la existencia de vicios ocultos o del hecho de que la cosa pertenecía a un tercero. Lo que he intentado mostrar en las páginas precedentes es que ese conocimiento no sólo puede ser real, sino que, además, puede imputarse. ¿Cuándo se imputa? La respuesta es: cuando existió culpa lata. De esta manera, los supuestos de responsabilidad de los preceptos citados no se agotan en el dolo, sino que incluyen la culpa grave del vendedor que ignoraba u olvidó. Estos supuestos se asimilan a los de dolo.⁷³

⁷² Contra esta opinión –la posible acumulación del régimen propio de la evicción y el de la responsabilidad en general- ver DURÁN RIVACOBA, *Evicción y saneamiento*, p. 258. La razón es que, en su opinión, las normas generales sobre incumplimiento se verían aquí sustituidas por las especiales eviccionarias.

⁷³ Así por ejemplo, lo ha entendido para el contrato de arrendamiento de bienes muebles CÁMARA LAPUENTE, S., *El arrendamiento de bienes muebles*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2008, p. 354, quien señala que en el contrato de arrendamiento de bienes muebles que: “cabe preconizar que no se exonerará el arrendador de su deber (ni lo limitará) no sólo en los casos de ocultación dolosa, sino también en los casos de ocultación negligente”. En el mismo sentido, DÍAZ DE ENTRE-SOTOS FORNS, M^a., *Obligaciones del arrendador. Artículo 1.554 del Código Civil*, Tecnos, Madrid, 1997, p. 111.

También puede consultarse la SAP de Palencia de 10 de abril de 2000 (AC 2000,3560). El demandante adquirió una propiedad de una inmobiliaria. La tarima de dicha propiedad se colocó mientras aún se encontraba húmeda lo que, más tarde y a medida que se fue secando, determinó la aparición de grietas y fisuras. En lo que interesa aquí, el tribunal considera que el inciso segundo del artículo 1.486 CC concede al comprador una acción fundada en la culpa *in contrahendo*, cuyo presupuesto es el dolo, al que –en opinión del tribunal- es equiparable la culpa lata que en el caso es evidente en la medida que la demandada: “conocía perfectamente, o debía conocer, que la colocación de una tarima húmeda, unida a la humedad propia de la obra, iba a provocar necesariamente grietas y fisuras”.

3. LA IGNORANCIA Y EL CONOCIMIENTO

En las páginas anteriores, he señalado que no cualquier ignorancia del adquirente le permite acudir a los remedios propios de los vicios redhibitorios y la evicción. Es necesario que esa ignorancia no se deba a una grave falta de cuidado por su parte. Sin embargo, en los supuestos que interesan al deber precontractual de informar, la ignorancia del adquirente no se puede considerar en forma aislada, sino que es necesario tener en cuenta el conocimiento –real o imputado- del vendedor. Para examinar la relación entre la ignorancia del comprador y el conocimiento del vendedor convendrá distinguir dos escenarios: la reticencia intencional y la reticencia no intencional.

a. La reticencia intencional

La negligencia del adquirente le impide beneficiarse de las acciones edilicias, salvo que haya existido una conducta dolosa por parte de quien entregó la cosa. En aquellos supuestos donde la reticencia del vendedor es dolosa, la falta de cuidado del comprador se torna irrelevante. Aunque las reglas que disciplinan los vicios redhibitorios nada digan al respecto, existen buenas razones para estimarlo de esta manera, tanto respecto de los vicios redhibitorios, como de la evicción.

En primer lugar, desde antiguo se ha considerado en sede de vicios redhibitorios, que el dolo del vendedor –configurado en este caso por su reticencia, su conocimiento del vicio y de la ignorancia del comprador- excluye la relevancia de la culpa del comprador.⁷⁴ Se trata, además, de una solución que se ha aceptado en el derecho comparado⁷⁵ y uniforme.⁷⁶

⁷⁴ Citas al respecto en LLÁCER MATA CÁS, *El saneamiento*, p. 43, nota 175.

⁷⁵ Particularmente en el BGB. El problema del desconocimiento del vicio por imprudencia grave del comprador se encuentra disciplinado en el § 442 que regula dos causas de exclusión de responsabilidad del vendedor por vicios jurídicos y materiales. La primera de ellas es que el comprador haya conocido los vicios. La segunda es que el desconocimiento de los vicios por parte del comprador se debiera a culpa grave. En este último supuesto, sin embargo, los

En tercer lugar es la solución que se aplica en el ámbito español respecto de la excusabilidad a propósito del error y el dolo.⁷⁷ En cuarto lugar, es posible argumentar que no es razonable compensar el dolo del vendedor con la culpa del comprador. El juicio de reproche que involucra el dolo es, desde luego, más severo que aquel de la culpa. Finalmente, en quinto lugar, conviene advertir que el derecho protege un cierto nivel de confianza en las relaciones contractuales. Con independencia de la naturaleza de esa relación contractual, el adquirente debe poder confiar en que el vendedor, al menos, cree que la cosa carece de defectos ocultos o que él es el verdadero dueño.⁷⁸

b. La reticencia no intencional

Como ya se ha advertido, si la reticencia es dolosa, la negligencia del comprador es irrelevante. Sin embargo, si se trata de una reticencia no intencional es necesario comparar las conductas de ambas partes. La razón, es que, como ha quedado dicho, los deberes de conducta que impone la buena fe son "análogos y recíprocos".⁷⁹ Es decir, alcanzan de

derechos del comprador persisten si el vendedor ha silenciado dolosamente el vicio. Ver EHMANN y SUTSCHET, *La reforma del BGB*, pp. 275-276.

⁷⁶ Me refiero aquí a la CISG. Aunque ahí los saneamientos quedan reemplazados por la falta de conformidad, existe una norma que es extrapolable al supuesto que se está examinando. Como ya ha quedado dicho (ver *supra* nota 41), el artículo 35.3 indica que el vendedor no es responsable de las faltas de conformidad que el comprador no hubiera podido ignorar en el momento de la celebración del contrato. Ver MORALES MORENO ("Comentario a los artículos 35 a 40", p. 308).

⁷⁷ Volveré sobre la discusión acerca de la inexcusabilidad en relación al error y el dolo más adelante (ver pp. 443-521) por ahora bastará una explicación mínima. Existe consenso sobre el hecho de que uno de los requisitos que debe satisfacer el error es ser excusable, esto es, no ser el resultado de la negligencia de quien lo comete. Sin embargo, si ha sido provocado dolosamente, la actuación negligente de quien lo ha padecido carece de toda relevancia (ver MORALES MORENO, *El error en los contratos*, p. 229).

⁷⁸ Posteriormente vuelvo con más detenimiento, sobre esta idea conforme a la cual en todos los contratos se protege un cierto nivel de confianza. Ver, concretamente, pp. 473-478.

⁷⁹ MORALES MORENO, "El dolo como criterio", p. 646.

una manera simétrica a ambas partes. De esta manera, por ejemplo, al menos en términos de imputación de responsabilidad, la ignorancia crasa del vendedor se compensa con la negligencia grosera de un comprador perito. Como ha señalado, BADENES GASSET, respecto de la evicción: “[n]ada obsta a que la culpa del comprador y vendedor se compensen”.⁸⁰

4. LA RETICENCIA

Convendrá comenzar advirtiendo que, tratándose de los vicios redhibitorios y la evicción, el deber precontractual de informar puede infringirse a través de acciones u omisiones. Ilustro, en primer lugar, estas dos modalidades a través de los vicios redhibitorios y, luego, me detengo sobre la reticencia –que es lo que interesa a esta investigación– para mostrar que las fronteras entre la acción y la omisión pueden ser difusas.

a. La reticencia y el suministro de información defectuosa

Según indica ZIMMERMANN, en el derecho romano, hacia fines de la República, los compradores disponían de la *actio empti* para reclamar la indemnización de daños y perjuicios frente a vicios ocultos en dos supuestos.⁸¹ El primero, cuando el vendedor, dolosamente, no había informado un defecto de la cosa que conocía. Así, por ejemplo, en D. 18, 1, 35, 8, se afirma que responde el vendedor que hubiese ocultado al comprador los límites de un predio, en términos tales que si este último los hubiera conocido no hubiera celebrado el contrato. O bien, en D. 19,

⁸⁰ BADENES GASSET, *El contrato de compraventa*, p. 581. Poniéndose en la situación de que tanto comprador como vendedor actúen dolosamente –es decir ambos tienen conocimiento de que la cosa pertenece a un tercero y ocultan este dato a la otra parte– se ha sugerido que las dos actitudes maliciosas se compensarían. Ver DURÁN RIVACOBA, *Evicción y saneamiento*, p. 254.

⁸¹ Ver ZIMMERMANN, R., *The Law of Obligations*, pp. 308-309; y JÖRS, P. y KUNKEL, W., *Derecho privado romano*, pp. 333-334.

1, 13, Justiniano señala que si se ha vendido a sabiendas ganado enfermo o un madero vicioso, el vendedor que calló estos defectos responderá de todos los perjuicios que el comprador hubiera experimentado por esta compra.

El segundo supuesto tiene lugar cuando, durante las negociaciones, el vendedor había asegurado específicamente al comprador que la cosa no tenía defectos. Será el caso, indica Juliano, en D. 19, 1, 6, 4:

“Si me hubieres vendido alguna vasija y hubieres dicho que en ella cabía cierta medida, ó que tenía cierto peso, ejercitaré contra ti la acción de compra, si me la dices de menos. Pero si me hubieres vendido la vasija de suerte que afirmases que estaba sana, si no estuviera sana, me responderás también de lo que por tal motivo yo hubiere perdido (...)”.⁸²

⁸² Es interesante advertir que este problema sigue planteándose –aunque a propósito del error y de la entrega de información incorrecta– en los PECL. Existe error provocado cuando el error que comete una parte se debe a una información entregada por la otra. El punto es entonces la información incorrecta. Y sobre esto conviene tener presente que los PECL la consideran a propósito del error esencial (4:103) y también, desvinculada de éste, en el artículo 4:106 (información incorrecta). Si la información incorrecta determina un error esencial, la parte que sufrió el error tendrá derecho a solicitar la nulidad del contrato y la indemnización de perjuicios. Si no determinó un error esencial, sólo puede pretender una indemnización de daños y perjuicios, “unless –señala el artículo 4:106– the party who gave the information had reason to believe that the information was correct”.

Es importante, por tanto, distinguir según si la información incorrecta ha determinado o no un error esencial. Si así ha sido, el contrato puede ser anulado, pues como sostiene el Comentario B del artículo 4:106 lo que habría allí es un error compartido (*Principles*, p. 248. Ver también Comentario D artículo 4:106, p. 249). En conjunto con la anulación, la posibilidad de utilizar la acción de daños del artículo 4:117 dependerá de si quien entregó la información tenía o no motivos para creerla cierta. Si los tenía no hay acción, si carecía de ellos, hay. La posibilidad de reclamar daños no se menciona en el artículo 4:103; sin embargo una interpretación coherente de este precepto con el 4:106 (“may recover damages in accordance with Article 4:117(2) and (3) even if the information does not give rise to a fundamental mistake”) lleva a esta conclusión.

Si la información incorrecta no ha determinado un error esencial, sólo existe acción de perjuicios, y ésta depende de la misma distinción que se ha formulado recién: si la parte que dio la información tenía o no motivos para creer que la información era correcta.

El primero de los supuestos (aquel ilustrado a través de D. 18, 1, 35, 8) equivale a una reticencia. El segundo a la entrega de información defectuosa. Ambas constituyen modalidades de infracción de un deber precontractual de informar: la primera de ellas a través de una omisión, la segunda, a través de una acción.

b. No manifestar

El artículo 1.486 CC regula la situación del vendedor que “no manifestó” los defectos ocultos de la cosa. Por su parte, cuando el artículo 1.478-5 se refiere a la mala fe del vendedor, se ha considerado que dicha mala fe consiste en omitir informar al comprador los mejores derechos que tiene un tercero sobre la cosa.⁸³ Se trata, entonces, de dos supuestos de reticencia. Sin embargo, es necesario advertir que la reticencia puede no equivaler exactamente a una omisión.

En su comentario al artículo 1.408 del Proyecto de Código civil de 1851 - que es el antecedente del actual artículo 1.486 CC-, GARCÍA GOYENA se detiene sobre la frase “Y no los ha manifestado” -que equivale, exactamente al “y no los manifestó” del 1486 CC-, e indica que el silencio no es la única forma de configurar el supuesto de hecho de este precepto.⁸⁴ Los defectos no se manifiestan o bien porque simplemente se

Ver también artículo II. 7:204 del DCFR (*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).

En el derecho español, MORALES MORENO (“El dolo como criterio”, p. 650) considera la cuestión a propósito de la atribución temeraria de cualidades a la cosa por parte del vendedor. Sobre este supuesto, el autor advierte que hay dos formas de justificar la responsabilidad del vendedor. La primera de ellas es considerarla como una especie de garantía por sus afirmaciones. La segunda consiste en contemplar como un supuesto de culpa grave el asegurar aquello que se ignora (*Ibid.*, p. 651).

⁸³ DURÁN RIVACOBA, *Saneamiento y evicción*, p. 253.

⁸⁴ GARCÍA GOYENA, *Concordancias*, p. 751.

silencian o bien porque no se expresan clara y distintamente. Señala GARCÍA GOYENA, que:

“(…) no aprovechará al vendedor haber hablado vaga y oscuramente, protestando que vendía la cosa *quatis erat*, y no quería responder de sus defectos: esto no hace más que agravar el dolo o mala fe”.⁸⁵

La reticencia –entendida en términos de no manifestar el vicio-, entonces, no sólo puede consistir en el silencio, sino también en otras conductas. Florentino se refería a hablar con oscuridad o disimular insidiosamente y con oscuridad⁸⁶. Por su parte, la definición de dolo de las Partidas parece apuntar en el mismo sentido:

“*Dolus* en latin tanto quiere decir en romance como engaño: et engaño es enartamiento que los homes facen unos á otros por palabras mintrosas, ó encubiertas ó coloradas que se dicen con entencion de los engañar ó de los decebir: et a este engaño dicen en latin *dolus malus*, que quiere tanto decir como mal engaño. Et como quier que los engaños se fagan en muchas maneras, las principales dellas son dos: la primera es quando se face por palabras mintrosas ó arteras; la segunda es quando preguntan á algunt home sobre alguna cosa, et él calla engañosamente non queriendo responder; et si responde dice palabras encubiertas, de manera que por ellas non se puede home guardar del engaño”.⁸⁷

GARCÍA GOYENA, finalmente, exigía que la información sobre los vicios se entregara en términos claros y diferenciados.⁸⁸

De estas fuentes es posible desprender que la textura de la expresión “no manifestar” es lo suficientemente abierta para incluir conductas como las declaraciones inexactas acerca del estado de la cosa, las maniobras

⁸⁵ *Loc. cit.*

⁸⁶ D. 18, 1, 43, 2.

⁸⁷ P. 7, 16, 1.

⁸⁸ GARCÍA GOYENA, *Concordancias*, p. 751.

tendientes a la ocultación de sus defectos y las declaraciones sobre la carencia de defectos de la cosa.⁸⁹

B. LAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS

No existe plena coincidencia entre las consecuencias jurídicas de la evicción o de un vicio redhibitorio y las consecuencias jurídicas de la infracción de un deber precontractual de información tipificado a propósito de la evicción y de los vicios redhibitorios.

La resolución del contrato o la rebaja proporcional del precio a que se refiere el artículo 1.486 CC o la restitución del precio de la cosa vendida, de sus frutos, el pago de las costas del pleito y los gastos del contrato en los términos del artículo 1.478 CC son consecuencias jurídicas de la presencia de vicios redhibitorios o de la evicción, pero, son independientes de la infracción de un deber precontractual de informar. Otras consecuencias jurídicas como el pago de ciertos daños y perjuicios y la privación de efectos del pacto de exclusión de responsabilidad son consecuencias que precisan la infracción de un deber precontractual de informar; sin dicha infracción simplemente no tienen lugar. Éstas son las consecuencias jurídicas que me interesa mostrar aquí.

1. INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS

La indemnización de daños y perjuicios tiene lugar tanto respecto de la evicción, como de los vicios redhibitorios. Para mayor claridad expositiva convendrá tratar por separado ambas figuras.

⁸⁹ Sobre estas tres conductas puede consultarse VERDA Y BEAMONTE, *Saneamiento por vicios ocultos*, pp. 91-94.

a. Los vicios redhibitorios

La consecuencia más obvia de la infracción del deber de informar es la obligación de indemnizar los daños y perjuicios producidos. Lo que determina la aplicación de esta consecuencia no es la presencia de un vicio redhibitorio (el vicio puede existir y no tener lugar la aplicación de la consecuencia), sino el hecho de que el vendedor haya conocido –o se le impute el conocimiento- el vicio y no lo haya comunicado al adquirente.

En el derecho romano, al menos hacia finales de la República, la solicitud de reparación de los daños y perjuicios se formulaba a través de la *actio empti*⁹⁰ y, según algunas opiniones especialmente autorizadas, permitía, originalmente, reclamar el interés negativo y, ya en las fuentes justinianeas, el interés positivo⁹¹.

Este alcance de la indemnización parece mantenerse en el derecho histórico español. Así en las Partidas –específicamente en P. 5, 5, 63 ya

⁹⁰ Ver JÖRS, P. y KUNKEL, W., *Derecho privado romano*, p. 334.

⁹¹ *Loc. cit.* Para un tratamiento más detallado del tema puede consultarse ARANGIO-RUIZ, V., *La compravendita*, pp. 227-244.

El interés positivo aparece en forma especialmente evidente en D. 19, 1, 13:

“Establece Juliano diferencia en el libro décimo quinto en la condena por la acción de compra entre el que á sabiendas, ó con ignorancia vendió alguna cosa; porque dice que el que vendió ganado enfermo ó un madero defectuoso, si verdaderamente lo hizo con ignorancia, ha de ser responsable por la acción de compra solo de cuanto por menos lo hubiese yo de haber comprado, si yo hubiese sabido que estaba así. Pero si sabiéndolo se calló, y engañó al comprador, habrá de responderle de todos los perjuicios que el comprador hubiera experimentado por aquella compra. Así pues, si la casa se desplomó por vicio del madero, se habrá de pagar la estimación de la casa, y si perecieron otros ganados por el contagio del ganado enfermo, se habrá de pagar lo que importó que se hubiese vendido sano”.

Según ha señalado ZIMMERMANN a propósito de este pasaje, la valoración del daño en estos casos correspondía al *id quod interest* (ZIMMERMANN, *The Law of Obligations*, p. 309) y mensurado a través de la distinción de Ihering entre interés negativo e interés positivo. Esto significa, según palabras de ARANGIO-RUIZ (*La compravendita*, p. 229):

“la differenza fra lo stato patrimoniale che il creditore godrebbe se *il contratto fosse andato a buon fine* e quello nel quale effettivamente si trova per fatto imputabile al debitore (tenendosi conto così del danno emergente come del lucro cessante)”.

transcrita⁹²- se efectúa una distinción similar a la de Ulpiano en D. 19, 1, 13. Se trata de la venta de propiedades gravadas por servidumbres o campos o prados que crían malas hierbas. Si el vendedor conocía estas circunstancias deberá "tornarle el precio, con los daños e menoscabos que le viniessen por esta razón". En su glosa de esta ley Gregorio LÓPEZ señala que el vendedor que calla es responsable de todos los daños e intereses.⁹³

Igualmente, dicho alcance parece mantenerse tanto en el Proyecto de 1.851 –artículos 1.408, 1.409, y 1.410⁹⁴- como en las reglas pertinentes del Código Civil –artículos 1.486, 1.487 y 1.488.

Los artículos 1.486 y 1.487 –que regulan la pérdida de la cosa vendida por efecto de los vicios- utilizan la expresión "daños y perjuicios", y el artículo 1.488 –que disciplina la pérdida por caso fortuito o culpa del comprador- emplea la expresión "daños e intereses". No parece, sin

⁹² Ver *supra* nota 21.

⁹³ En opinión de LÓPEZ:

"Habrà sin embargo una diferencia entre el vendedor que calla á sabiendas la carga que afecta á la cosa, y el que la ignoraba: el primero es responsable de todos los daños é intereses; al paso que el segundo responde tan solo del menor valor que tiene la cosa á consecuencia de dicha carga"

Cita según: SANPONS Y BARBA, I., MARTÍ DE EIXALÀ, R. y FERRER Y SUBIRANA, J. (edits.), *Las Siete Partidas del Sabio Rey Don Alfonso el IX [sic] / con las variantes de más interés y con la glosa de Gregorio López; vertida al castellano y estensamente adicionada, con nuevas notas y comentarios y unas tablas sinópticas comparativas, sobre la legislación española, antigua y moderna*, Imprenta de Antonio Bergnes, Barcelona, 1843-1844.

Puede consultarse, además, GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, *Códigos ó estudios fundamentales*, p. 355, señalando respecto de la misma ley que el vendedor indemnizará sobre el precio "daños y perjuicios".

⁹⁴ Respecto de los daños y perjuicios a que se refiere el artículo 1.408 GARCÍA GOYENA (*Concordancias*, p. 752) señala que se estará "á lo establecido en la sección 3, capítulo 3, título 5 de este libro". Como resulta bien sabido dicha sección se encuentra en el capítulo corresponde al efecto de las obligaciones que provienen de los contratos. El artículo 1.015 dispone:

"Se reputarán daños y perjuicios el valor de la pérdida que haya experimentado, y el de la utilidad que haya dejado de percibir el acreedor, salvas las disposiciones contenidas en los artículos siguientes de esta sección".

embargo, haber una buena razón para distinguir entre “perjuicios” e “intereses”, ya que el alcance de ambas expresiones es el mismo.⁹⁵

Asumiendo que el alcance de las tres expresiones es el mismo, conviene advertir que la doctrina parece estar de acuerdo en que comprende todos los daños que se causen al comprador: su interés positivo y negativo, el daño emergente y el lucro cesante.⁹⁶

Con respecto al ejercicio de la acción, el artículo 1.486 II dispone que la acción indemnizatoria se limita al ejercicio de la acción redhibitoria, no estando disponible en el caso de ejercicio de la estimatoria. Algunos autores estiman que esta exclusión se encuentra justificada toda vez que

⁹⁵ Así, MORALES MORENO (“Comentario al artículo 1.488”, en *Comentario del Código Civil*, vol. II, 2ª ed., Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, p. 965) señala que el dolo del vendedor: “[D]etermina el deber de indemnizar daños como resulta del art. 1.486 II”. La opinión parece correcta. De una parte, la expresión daños y perjuicios fue tomada de la francesa *dommages et intérêts*, de manera que parece plausible que con daños e intereses el legislador haya querido decir lo mismo que con daños y perjuicios. Este argumento ha sido formulado por PANTALEÓN, F. (“Resolución por incumplimiento e indemnización”, *ADC*, 62-4, 1989, p. 1148) respecto del artículo 1.124 CC y la expresión “resarcimiento de daños y abono de intereses”, señalando que es “una mala traducción de las [palabras] francesas «*dommages et intérêts*» (indemnización de daños y perjuicios), análoga a la cometida en los artículos 1.147.II y 1.152.1.I del Código Civil”. En el mismo sentido CLEMENTE MEORO, *La facultad de resolver*, p. 556.

De otra parte, no existe en las *Concordancias* de GARCÍA GOYENA ninguna evidencia que permita justificar un tratamiento distinto. En tercer lugar, lo que determina el alcance de la responsabilidad en este caso, al igual que en los otros, es la mala fe del vendedor; por lo mismo, no hay razón que aconseje tratarlo en forma distinta.

Con todo, GARCÍA CANTERO (“Comentario a los artículos 1.475 a 1.490”, p. 385) está en lo correcto cuando advierte que la fórmula legal “deberá abonar daños e intereses” es más restringida en el sentido que se trata de los daños que sufre el comprador por el vicio, no por la pérdida.

Afirma, además, GARCÍA CANTERO (*Loc. cit.*) que la expresión “intereses” se referiría a “los intereses de la suma que debe restituir el vendedor, una opinión que antes sostuvo SCAEVOLA (*Código Civil*, p. 573) indicando que se trataba de todos los daños más el abono de su interés. Me parece, sin embargo, que la amplitud de la expresión daños y perjuicios hace innecesarias este tipo de disquisiciones.

⁹⁶ Ver, por ejemplo, SCAEVOLA, *Código Civil*, p. 622 en relación a p. 573; MORALES MORENO (“Comentario al artículo 1.488”, p. 965; MANRESA Y NAVARRO, *Comentarios al Código*, t. X, p. 217; BADENES GASSET, *El contrato de compraventa* p. 662; MORALES MORENO, “Comentario al artículo 1.486”, p. 962; y GARCÍA CANTERO, “Comentario a los artículos 1.475 a 1.490”, p. 380.

en la rebaja del precio se habrían considerado los perjuicios.⁹⁷ Otros, con mejores razones, critican esta regla advirtiendo que pueden existir daños que no queden cubiertos por el solo reajuste del precio.⁹⁸

Finalmente, en relación a la forma de interponer la acción indemnizatoria, se ha señalado que se trataría de una acción de dolo, independiente de las acciones propiamente edilicias –la redhibitoria y la estimatoria-, cuyo régimen sería el propio de la responsabilidad contractual en sentido estricto.

b. La evicción

El deber de indemnizar los daños y perjuicios que se deriva de la evicción prescinde, en general, de la buena o mala fe del vendedor. Sin embargo, la mala fe agrava la responsabilidad del vendedor, extendiéndola –al tenor del artículo 1.478-5 CC- a los daños e intereses, y los gastos voluntarios o de puro recreo u ornato realizados por el comprador. En este sentido, la indemnización de estas partidas no depende de que se haya producido la evicción, sino del hecho de que el vendedor haya sido de mala fe y, como ya se sabe, esto significa que, sabiéndolo –o debiendo saberlo- no haya comunicado al adquirente que la cosa pertenece a un tercero.

Con respecto a los “daños e intereses”, según lo que ha quedado dicho más arriba, la expresión debe entenderse como daños y perjuicios.⁹⁹ De allí que no parezca correcto considerar el término “intereses” aparte de

⁹⁷ Ver, por ejemplo, BADENES GASSET, *El contrato de compraventa* p. 662.

⁹⁸ Ver, por ejemplo, GÓMEZ CALLE, *Los deberes precontractuales*, p. 57, indicando entre otros ejemplos los daños ocasionados por la cosa defectuosa.

⁹⁹ Ver *supra* nota 95.

los daños y perjuicios,¹⁰⁰ es decir, el daño emergente y el lucro cesante.¹⁰¹

¹⁰⁰ En este sentido MANRESA Y NAVARRO (*Comentarios al Código*, t. X, p. 188) considera que se trata de los intereses que devengan las cantidades que se pagaron, por ejemplo, por el pleito y los gastos del contrato; DURÁN RIVACOBÁ (*Evicción y saneamiento*, p. 259) estima los intereses como una partida diversa de los daños y perjuicios considerando que: "los intereses corren sobre las cantidades establecidas en el artículo 1478 del Código Civil desde que la pérdida eviccionista se produce y hasta el pago voluntario a instancias del deudor o, como alternativa, su reconocimiento en sentencia firme, momento a cuyo partir rige un aumento de dos puntos al interés legal establecido". Por su parte, GARCÍA CANTERO ("Comentario a los artículos 1.475 a 1.490", p. 328) entiende que dichos intereses se referirían a "los producidos por las cantidades líquidas que deban ser abonadas por el vendedor, tales como costas y gastos del contrato". Una opinión similar en RODRÍGUEZ MORATA, *Venta de cosa ajena*, p. 293.

Sin embargo, si se considera que el Código civil no contempla específicamente los intereses, aparte de los daños y perjuicios, sino que estos deben encuadrarse dentro de los daños y perjuicios, estas consideraciones pierden completamente su tracción.

Al menos una sentencia del Tribunal Supremo lo ha estimado de esta manera. Se trata de la STS de 10 de octubre de 1980 (RJ 1980,3619, pte. Excmo. Sr. D. J. Santos Briz) respecto del artículo 1.124 II CC señalando que: "el «abono de intereses» a que se alude en el art. 1124, párr. 2º del C. Civ., no se refiere a la suma dineraria en concepto de fruto civil por disponer de dinero ajeno y como compensación por su disposición y disfrute, sino que la expresión «resarcimiento de daños y perjuicios y abono de intereses» contenida en el citado precepto legal, es sinónima de indemnización de daños y perjuicios refiriéndose el segundo concepto más bien a ganancias dejadas de obtener".

¹⁰¹ GARCÍA CANTERO ("Comentario a los artículos 1.475 a 1.490", p. 328) excluye el lucro cesante señalando: "[N]o pueden incluirse aquí, en general, las ganancias frustradas al quedar sin efecto el contrato de compraventa". Una posición similar mantiene JORDANO FRAGA, F. ("Comentario a la sentencia de 26 de noviembre de 1987: Indemnización en caso de resolución por incumplimiento de contrato sinalagmático. Lucro cesante. Indemnización calculada en moneda extranjera y conversión en moneda nacional. Actualización del importe líquido de la obligación", *CCJC*, nº 15, 1987, p. 5.912), que afirma que el efecto retroactivo de la resolución es incompatible con la persecución del interés positivo, es decir, el interés en el cumplimiento del contrato. En contra -y, en mi opinión, con argumentos más persuasivos- puede consultarse PANTALEÓN PRIETO ("Resolución por incumplimiento", p. 1153 y p. 1165), criticando el efecto retroactivo de la resolución como "pura jurisprudencia de conceptos" y advirtiendo que no existe contradicción entre solicitar la resolución y, simultáneamente, pedir indemnización por el interés positivo. Reitera estas ideas en "El sistema de responsabilidad contractual: (materiales para un debate)", *ADC*, vol. 44, nº 3, 1991, p. 1049 y "Las nuevas bases de la responsabilidad contractual", en *ADC*, 46-4, 1993", p. 1734. Una exhaustiva discusión sobre las distintas posturas al respecto y algunas menciones al *common law*, la Convención de Viena, los Principios para los Contratos Comerciales Internacionales de UNIDROIT, y los

En cuanto a los gastos voluntarios o de puro recreo u ornato, se trata de una regla curiosa toda vez que el número 1 del artículo 1.478 CC ya establece que se debe restituir el precio que tuviera la cosa al momento de la evicción. Por lo mismo, en la medida que dichas mejoras aumenten el precio de la cosa, dicho aumento ya habrá sido percibido por el comprador a través del número 1. De allí que sea razonable la advertencia de MANRESA Y NAVARRO, cautelando contra una doble percepción de sumas por aumento del precio y por pago de gastos.¹⁰² Esta regla tiene sentido en su antecedente más inmediato –el artículo 1.635 del *Code-* en la medida en que allí sólo se debe restituir el precio que se pagó¹⁰³; como ya se ha visto, en el Código civil español el panorama es distinto. De ahí que la mejor interpretación posible parece ser que se trata de aquellos gastos que no se reflejan en el aumento del precio, bien porque no producen aumento o porque su valor excede el del aumento.¹⁰⁴

2. PACTOS DE EXCLUSIÓN DE RESPONSABILIDAD

Se ha dicho que la autonomía de la voluntad puede excluir total o parcialmente la obligación de saneamiento.¹⁰⁵ Dicha exclusión precisa dos requisitos, a saber: el pacto y la buena fe del vendedor.

En lo que se refiere a la evicción, según lo dispuesto en el párrafo final del artículo 1.475 CC, los contratantes pueden aumentar, disminuir o, suprimir la garantía de evicción del vendedor. Las normas de la evicción

Principios de Derecho Europeo de Contratos puede encontrarse en CLEMENTE MEORO, *La facultad de resolver*, pp. 556-614.

¹⁰² MANRESA Y NAVARRO, *Comentarios al Código*, t. X, p. 188.

¹⁰³ Ver, para un tratamiento del asunto GHESTIN, J. y DESCHÉ, B., *Traité des contrats, la vente*, LGDJ, París, 1990, pp. 879-884; y HOCHART, C., *La garantie d'éviction dans la vente*, LGDJ, París, 1993, pp. 166-167.

¹⁰⁴ Ver RODRÍGUEZ MORATA, *Venta de cosa ajena*, pp. 294-295.

¹⁰⁵ MORALES MORENO, "Comentario al artículo 1.485", p. 958.

son, entonces, en principio, dispositivas.¹⁰⁶ Con todo, además de los límites propios del derecho común a la autonomía privada –en lo que interesa aquí–, hay que tener en cuenta que el artículo 1.476, que establece la siguiente limitación:

“Será nulo todo pacto que exima al vendedor de responder de la evicción, siempre que hubiere mala fe de su parte”.

Se trata de una regla antigua, extraída del derecho romano¹⁰⁷, cuya justificación –al menos en el caso del dolo– es, como sucedía tratándose de los vicios redhibitorios, bastante obvia: repugna al derecho la renuncia a la acción de dolo.

Aun cuando la regla objeto de análisis se refiere a la exclusión de la garantía –y no, en cambio, a su disminución– parece evidente que, existiendo dolo debe aplicarse también a los pactos de disminución.¹⁰⁸

Tratándose de los vicios redhibitorios, el artículo 1.485 CC –que es la disposición que autoriza este pacto– fija sus límites disponiendo como requisito que “el vendedor ignorara los vicios o defectos ocultos de lo vendido”. El precepto, en opinión de la doctrina, sanciona el dolo del vendedor.¹⁰⁹ Así, en opinión de MANRESA, reconocer validez a dichos

¹⁰⁶ Ver, abundantes citas al respecto en DURÁN RIVACOBA, *Saneamiento y evicción*, p. 265, nota 1.

¹⁰⁷ En su comentario del artículo 1.399 del Proyecto de Código civil de 1851 –que corresponde literalmente al artículo 1.477 del Código civil, GARCÍA GOYENA (*Concordancias*, p. 745) se refiere a las leyes 6, párrafo 9 y 11, párrafo último, título I, libro 19 del Digesto. Dispone el párrafo 9 de dicho texto:

“Si a sabiendas hubiese vendido el vendedor una cosa obligada ó ajena, y hubiera añadido que por tal motivo de nada responderá, debe estimarse su dolo malo, que siempre debe faltar en el juicio de compra, porque es de buena fe”.

Por su parte, la ley 11, párrafo final –demasiado extensa para justificar su transcripción aquí– se refiere –en lo que importa aquí– a que los pactos de exclusión no liberan al vendedor de la obligación de restituir el precio –la buena fe no permite que el comprador pierda la cosa y el vendedor retenga el precio. La convención, sin embargo, no se acepta cuando a sabiendas se venda una cosa ajena, porque en ese caso se actúa con dolo.

¹⁰⁸ Ver DURÁN RIVACOBA, *Saneamiento y evicción*, p. 265.

¹⁰⁹ Ver, por ejemplo, BADENES GASSET, *El contrato de compraventa*, p. 657

pactos cuando el vendedor supiera de la existencia del vicio: "valdría tanto como autorizar el fraude y permitir la renuncia a la acción para exigir la indemnización de daños y perjuicios procedente del dolo".¹¹⁰

Pues bien, en ambos casos –artículos 1.475 y 1.485 CC- los pactos permiten disminuir la responsabilidad del vendedor, la autonomía de la voluntad permite esto, salvo que el vendedor conociese los defectos o, tratándose de la evicción, fuera de mala fe que, para estos efectos es lo mismo. En esa hipótesis, el pacto se ve privado de eficacia. Esta privación es una consecuencia de la infracción de un deber precontractual de información tal y como lo he entendido en esta investigación, lo determinante para que se desconozca eficacia al pacto es que (1) el vendedor conozca la información y (2) no se la suministre al adquirente.

¹¹⁰ MANRESA Y NAVARRO, *Comentarios al Código*, t. X, p. 215.

III. ALGUNAS CONCLUSIONES

A. INTERESES PROTEGIDOS

Los deberes precontractuales de informar se estructuran sobre la protección de intereses jurídicos. Tratándose de los vicios redhibitorios y de la evicción, el interés más evidente es la libertad de contratar, entendida como libertad de decisión.¹¹¹

La cosa objeto del contrato produce una cierta apariencia que es la que determina a una de las partes a contratar. Si la realidad de la cosa no se compadece con la apariencia que determinó el consentimiento del adquirente ya sea porque posee defectos importantes o porque el adquirente no puede gozar de su posesión pacífica el ordenamiento jurídico provee de protección. Sin embargo, según ya ha quedado visto, esta protección funciona en forma objetiva, a través de garantías impuestas al vendedor.

Existe, sin embargo, un segundo interés que se diferencia de la protección de la libertad contractual, al cual se puede denominar "interés de conservación". Aquí no se trata, exactamente, de tutelar la satisfacción del interés contractual, sino más bien de respetar los

¹¹¹ Ver p. 48.

derechos e intereses legítimos de la otra parte, en términos de que el bien entregado no cause daños a la persona o bienes del contratante que los recibe.¹¹² Así, por ejemplo, en el artículo 1.752 CC se imputan al comodante los daños y perjuicios que hubiese sufrido el comodatario por los vicios de la cosa prestada, conocidos por el primero y que no se los hubiese hecho saber al segundo. Este segundo interés aparece tutelado, en las reglas del saneamiento, en forma subjetiva a través de la imposición de deberes precontractuales de información. En otras palabras, los daños derivados de los defectos de la cosa o del hecho de que perteneciera a un tercero son adjudicados al vendedor únicamente en la medida que éste hubiese incumplido un deber precontractual de informar en los términos que ha quedado caracterizado en las páginas anteriores, en caso contrario, son soportados por el adquirente.¹¹³

B. LA ESTRUCTURA

La pregunta con que se inició este capítulo es ¿en qué medida la regulación de los vicios redhibitorios y la evicción, en el Código civil, disciplina deberes precontractuales de información?

Lo que confío haber mostrado es que cuando se examina la regulación de ambas figuras es posible detectar todos los elementos que configuran un deber precontractual de informar. Serán útiles, todavía, algunas breves palabras sobre algunos de esos elementos.

¹¹² Se trata, en definitiva, de una manifestación de un deber más amplio que consiste en respetar los derechos e intereses legítimos de la otra parte. Ver, aunque en un contexto distinto, ZIMMERMANN, R., *El nuevo derecho alemán de obligaciones. Un análisis desde la historia y el derecho comparado*, trad. E. Arroyo i Amayuelas, Bosch, Barcelona, 2008, p. 59.

¹¹³ Esto, desde luego, sin perjuicio de las reglas especiales que distribuyen el daño de otra manera como aquellas que regulan las relaciones de consumo.

1. LA IGNORANCIA

Se ha dicho ya que una parte debe ignorar cierta información y que esa ignorancia debe ser legítima. Me interesa agregar sobre esto un par de ideas.

a. ¿Qué información?

La primera de estas ideas se refiere a qué información es la que una de las partes ignora. No se trata de cualquier información, sino sólo de aquella que ha sido identificada por el precepto legal correspondiente. Así, por ejemplo, a efecto de vicios redhibitorios o de responsabilidad por evicción, información como la del mercader de Rodas (es decir, el hecho de que prontamente llegarían más navíos cargados de trigo) o la de *Laidlaw v. Organ* (el hecho de que un bloqueo naval había sido alzado)¹¹⁴ resulta completamente irrelevante. Si se alega la infracción de un deber precontractual de información en esas situaciones, será necesario canalizarlo a través de un expediente distinto de los vicios redhibitorios o la evicción.

Un segundo comentario que surge se refiere al grado de determinación de la información. En un caso se trata de vicios redhibitorios, en otro de evicción. Sin embargo, ambas expresiones abren margen para la discusión.

Así, por ejemplo, tratándose de los vicios redhibitorios, MORALES MORENO ha señalado que: “[l]as acciones edilicias siguen hoy girando en torno a un concepto clave, el de vicio o defecto de la cosa”.¹¹⁵ Es cierto que el artículo 1.484 CC se refiere a ellos como aquellos que “hacen impropia la cosa para el uso a que se la destina o si disminuyen de tal modo este uso que, de haberlos conocido el comprador no la habría adquirido o habría

¹¹⁴ Ver pp. 32-38.

¹¹⁵ MORALES MORENO, “El alcance protector”, p. 635.

dato menos precio por ella". Sin embargo, este criterio de delimitación – la consecuencia del defecto sobre la cosa- no aclara si el precepto opta por una construcción objetiva o subjetiva de la noción de vicio. Es decir, si para mensurar la utilidad de la cosa y el efecto del vicio sobre la misma debe atenderse a criterios abstractos o bien a lo querido por las partes en el contrato. De otra parte, si se opta por un criterio abstracto ¿cómo ha de construirse dicho criterio? Además, si se pone atención a factores subjetivos y se atiende a la utilidad concreta presupuesta por las partes ¿cómo se determina esa utilidad? No es el objetivo de este trabajo dar respuesta a estas preguntas, sino mostrar que aun cuando en ciertas ocasiones el legislador pretenda precisar el contenido de un deber de información a través del uso de ciertas expresiones, estas mismas expresiones engendran problemas que dogmáticamente resultan muy desafiantes y de cuya solución depende el alcance del contenido del deber de informar.¹¹⁶

b. Informarse y no poder ignorar

La segunda idea se refiere a la legitimidad de la ignorancia. Tanto en los vicios redhibitorios como en la evicción, la ignorancia es un problema fáctico, pero también posee un componente normativo. No se trata, necesariamente, de lo que la persona ignore, sino de aquello que haya ignorado sin infringir un cierto deber de cuidado que se exige utilizar a las personas cuando negocian.

Es conveniente detenerse un momento aquí sobre el grado de cuidado que se requiere al adquirente para que su ignorancia sea legítima. Ya se ha dicho que hay quienes estiman que se trata de una diligencia regular;

¹¹⁶ Sobre la respuesta a estas preguntas el trabajo indispensable es *Ibid.*, pp. 630-661. También resulta extremadamente útil la lectura de VERDA Y BEAMONTE, *Saneamiento por vicios*, pp. 23-83.

existen, sin embargo, mejores razones para defender que el grado de cuidado queda satisfecho si no se incurre en culpa grave.¹¹⁷

Lo que me interesa sugerir aquí es que el estándar de cuidado no precisa que el adquirente tenga como carga indagar si la cosa posee o no defectos o si es de propiedad de quien la ofrece, sino que se refiere a situaciones en que dicha información, por estar completamente a su alcance, no puede, razonablemente ser ignorada.¹¹⁸

2. EL CONOCIMIENTO

Respecto del conocimiento del vendedor, probablemente lo más determinante sea que no sólo se considera incluido en los artículos 1478-5 y 1.486 II CC aquel vendedor que tiene un conocimiento real de los hechos pertinentes, sino, además, a aquel que se le imputa dicho conocimiento. Confío en que esto haya quedado suficientemente claro en las páginas precedentes y, por lo mismo, no volveré sobre el punto aquí. Lo que, en cambio me interesa mostrar, brevemente, es sobre qué debe recaer el conocimiento del vendedor.

La respuesta, evidentemente, es que el conocimiento del vendedor debe recaer sobre la información ignorada por el adquirente y, en esto, me remito a lo ya dicho al respecto.¹¹⁹ Pero, eso no es todo. Si lo que se pretende es imputarle dolo al vendedor, será necesario, además, que sepa –o, al menos, crea– que el comprador ignora dicha información y que ésta es relevante para la correcta formación de la voluntad de este último.¹²⁰

¹¹⁷ Sobre todo esto ver *supra* nota 45.

¹¹⁸ Así se interpreta el artículo 35.2 de la CISG, ver MORALES MORENO, “Comentario a los artículos 35 a 40”, pp. 307-308.

¹¹⁹ Ver pp. 127-128.

¹²⁰ Esto aparece con claridad, sea que se considere el dolo *in contrahendo* o el dolo del deudor en el sentido del artículo 1.107 CC.

3. LA RETICENCIA

Interesan a esta investigación aquellos supuestos en los que la pregunta acerca de si se infringió o no un deber de informar surge de una

Comenzando por el dolo *in contrahendo*, actualmente parece haber un relativo acuerdo en la doctrina acerca de que el elemento subjetivo de esta especie de dolo –el *animus decipiendi*– no precisa ánimo de perjudicar al otro contratante, sino más bien, el propósito de engañarlo. En este sentido puede consultarse COSSÍO DEL CORRAL, A., *El dolo*, p. 194; MORALES MORENO, A. M. “Comentario artículos 1.269 y 1.270”, en *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, Albaladejo, M. y Alabart, S. (dir.), t. XVII, vol. 1-B, Edersa, Madrid, 1993, p. 382; DIEZ-PICAZO, *Fundamentos*, I, p. 199; y LACRUZ BERDEJO, *et al.*, *Elementos II-2*, pp. 367-368. En un sentido similar la STS de 1 de octubre de 1986 (RJ 1986,5229, pte. Excmo. Sr. D. M. Malpica González-elipe, FD 3) señala –con cita a la sentencia del tribunal de alzada, que la sala comparte– que el dolo:

“no implica precisamente la intención deliberada de ocasionar perjuicios a la otra parte, sino que nace de la conjunción de dos elementos: el empleo de maquinaciones engañosas (que pueden perfectamente consistir en un comportamiento negativo o en una abstención de obrar o dar a conocer algún hecho) y la inducción que esos comportamientos ejercen sobre la voluntad de la otra parte para determinarle a realizar el negocio, de manera que pueda racionalmente presumirse que, de no existir el comportamiento doloso del vendedor, el comprador no hubiese efectuado la operación”.

No se trata, sin embargo, de una doctrina jurisprudencial que se haya asentado completamente en las sentencias del Tribunal Supremo. Así, por ejemplo, la STS de 29 de diciembre de 1995 (RJ 1999,9380, pte. Excmo. Sr. D. I. Sierra Gil de la Cuesta, FD 2) afirma que uno de los requisitos del dolo: “es el subjetivo o ánimo de perjudicar”.

Pues bien, sea que se conciba el elemento subjetivo del dolo como ánimo de engañar o se cualifique, además con la intención de perjudicar, en ambos casos será necesario que quien se comporta dolosamente sepa la ignorancia de la otra parte y la importancia que para ella tiene la información. De otra manera –si creyera que la otra parte sabe la información o que, ignorándola, no le importa– cómo podría hablarse de ánimo de engañar o de perjudicar? Habría, es cierto, un engaño, pero sin intencionalidad, y en esa circunstancia, como ha hecho ver DIEZ-PICAZO (*Fundamentos*, I, p. 199): “no puede hablarse de dolo”.

Pasando al dolo del deudor, es decir al dolo en el cumplimiento de la obligación, aun cuando el concepto de dicho dolo sea un tema intensamente debatido en la doctrina (sobre ese debate puede consultarse DIEZ-PICAZO, *Fundamentos*, II, pp. 748-751). En lo que interesa aquí, se ha señalado que el dolo exige una voluntad de infringir la obligación (*Ibid.*, p. 750), y LACRUZ BERDEJO, *et al.*, *Elementos II-2*, p. 168), o bien: “que el deudor es consciente que su comportamiento provoca o puede provocar un daño y no adopta las medidas necesarias exigidas por la buena fe para evitarlo (DIEZ-PICAZO, *Fundamentos*, II, p. 751). Como sea, en cualquiera de las dos posiciones, no puede considerarse dolosa la conducta de quien ignora que la información es desconocida por la otra parte y que dicha información le resulta determinante; de otra manera no puede hablarse de una voluntad de infringir la obligación o de que el deudor tenga consciencia de que su comportamiento pueda provocar un daño.

abstención. Me interesa extraer dos conclusiones acerca de la reticencia en el tratamiento de los vicios redhibitorios. La primera de ellas se refiere a la ilicitud de la reticencia, la segunda, se refiere al carácter sinuoso de la frontera entre acciones y abstenciones.

Respecto de la primera conclusión, casos como el mercader de Rodas o *Laidlaw v. Organ* muestran que el problema que torna dificultoso determinar si en un supuesto concreto una persona debía o no proporcionar información es que no toda abstención constituye una omisión. O dicho de otra manera: que el derecho no condena cualquier reticencia y la pregunta, entonces, es cuáles condena, más precisamente, cómo determinar los supuestos en que la reticencia es ilícita. Pues bien, lo que muestra este capítulo es que, en ciertos casos, el legislador ya ha respondido esta pregunta. En este sentido, la regulación de la evicción y de los vicios redhibitorios provee de dos ejemplos de deberes precontractuales de información “tipificados” por el legislador.

Respecto de la segunda conclusión –el carácter sinuoso de la frontera entre acciones y abstenciones–, existen supuestos en los que un vendedor, sencillamente, deja de informar la presencia de vicios redhibitorios o de que la cosa pertenece a un tercero. Existen otros casos en los que el vendedor transmite información defectuosa acerca de la cosa. Junto a estos supuestos claros de omisión y acción, existen otros en los que la distinción entre proporcionar información incorrecta y abstenerse de proporcionar información se torna más difusa. Así sucede, por ejemplo, en la definición de dolo de Las Partidas, cuando a una persona se le pregunta algo y calla engañosamente.¹²¹ Igualmente es el caso del vendedor que habla vaga y oscuramente, en los términos de GARCÍA GOYENA.¹²²

Tratándose de deberes precontractuales de información tipificados por el legislador, como aquellos que se han estudiado a propósito de la evicción

¹²¹ Ver p. 115.

¹²² Ver p. 115.

y de los vicios redhibitorios, la diferencia entre acción y omisión no es relevante: la consecuencia jurídica es la misma, pues así lo ha dispuesto el legislador. Sin embargo, conviene retener la diferencia entre proporcionar información incorrecta y no suministrar información en razón es que esta diferencia es extremadamente importante en aquellos supuestos en los que el legislador no ha tipificado deberes precontractuales de información.¹²³

* * *

La disciplina de los vicios redhibitorios y de la evicción contiene una primera tipificación de deberes precontractuales de informar –o, si se quiere, un primer ejemplo de concreción de las exigencias de la buena fe por parte del legislador-. Se trata de una tipificación extremadamente interesante no sólo por su innegable pedigrí histórico, sino además por su alcance.¹²⁴

¹²³ Ver Segunda parte, §§ 2 y 3.

¹²⁴ En general, al tratar los vicios redhibitorios y la evicción, he utilizado las expresiones vendedor y adquirente. La razón es que, como se sabe, en el Código Civil, ambas están tratadas, al menos con mayor sistematicidad, a propósito del contrato de compraventa. Esto, no significa, desde luego, que su aplicación se limite a dicho negocio.

Tratándose de la evicción, se ha considerado desde antiguo que su alcance se extiende a todos los contratos onerosos. Así, la STS de 3 de febrero de 1863 señala refiriéndose a P. 5, 5, 32, que: “aunque las disposiciones de esta ley se refieren al contrato de compra y venta, es doctrina inconcusa, que la obligación de sanear va unida, como condición esencial, a todo contrato oneroso”. Por su parte, GARCÍA GOYENA en su comentario del artículo 1.398 del Proyecto de Código civil de 1851 (*Concordancias*, p. 744) indica que la evicción es de la naturaleza de la compraventa, “y lo mismo debe observarse en todos los que sean onerosos”. Desde luego, del hecho que su efecto sea expansivo no se sigue que el tratamiento que se prodigue a la evicción en todos los contratos sea exactamente el mismo que el de la compraventa. Un detallado análisis en DURÁN RIVACOBÁ, *Evicción y saneamiento*, pp. 67-118.

En cuanto a los vicios redhibitorios, las opiniones no parecen tan rotundas –al menos yo no las he encontrado entre los autores españoles-, sin embargo, una mirada a las reglas del Código civil muestra que las reglas que disciplinan los

Existe un segundo intento de tipificación, que carece de la raigambre histórica del primero, pero que lo aventaja considerablemente en su alcance y ambiciones; sus orígenes parecen encontrarse en la protección del consumidor y, en general, ha mostrado una cierta tendencia expansiva hacia aquellas relaciones contractuales que suelen caracterizarse por un cierto tipo de desigualdad entre las partes.

vicios redhibitorios están lejos de agotarse en la compraventa. En primer lugar se aplican, en virtud del artículo 1.541 CC, a la permuta. Luego, en virtud del artículo 1.553 CC resultan aplicables al contrato de arrendamiento. Respecto del contrato de sociedad, la doctrina más autorizada estima que, aunque no aparezca directamente del precepto –el artículo 1.681 CC, que sólo se refiere a la evicción– éste también se aplica a los vicios redhibitorios. En este sentido, CAPILLA RONCERO (“Comentario a los artículos 1.681 a 1.683”, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo XXI, vol. I, Edersa, Madrid, 1993, p. 265) considera que el fundamento de la evicción es semejante al de los vicios redhibitorios: se trata del carácter oneroso y sinalagmático del contrato. Por lo mismo, si se responde de la evicción, las mismas razones imponen responder por la presencia de vicios redhibitorios. De la misma opinión PAZ-ARES, C. (“Comentario al artículo 1681”, en *Comentario del Código Civil*, vol. II, 2ª ed., Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, p. 1.417) previene que, sin embargo, no se trata de una aplicación mecánica, sino analógica que debe tomar en consideración las diferencias que median entre los títulos causales de la entrega en los respectivos casos.

A estos contratos debe añadirse el comodato. El artículo 1.752 –una norma cuyos orígenes pueden rastrearse en el Digesto (D. 13, 6, 18, 3) y, más tarde, en las Partidas (P. 5, 2, 6)– impone al comodante que conociera los vicios de la cosa prestada y no se los hubiera hecho saber al comodatario la obligación de responderle por los daños que por esa causa le hubiera provocado. Finalmente –aunque sin ánimo exhaustivo– en la donación con causa onerosa, el artículo 638 CC hace responsable al donante de la evicción hasta concurrencia del gravamen. Nada se dice respecto de los vicios redhibitorios. La doctrina, en general, entiende que el precepto los alcanza. Ver MANRESA Y NAVARRO, *Comentarios al Código civil español*, t. V, 4ª ed., Madrid, Editorial Reus, 1931, p. 133; y LACRUZ, *et al.*, *Elementos* II-2, p. 109.



2. LA DESIGUALDAD ENTRE LAS PARTES

Existe un segundo grupo de supuestos de deberes precontractuales de informar típicos que me interesa considerar en esta investigación. Se trata de supuestos en los que la imposición a una de las partes del deber de suministrar información está concebida como una técnica de protección a la otra parte, cuya posición negocial se considera desventajosa porque no es capaz de tutelar adecuadamente sus intereses durante la negociación del contrato.

A diferencia de lo que sucede con la evicción y los vicios redhibitorios, en este segundo grupo de supuestos no es necesario inducir la presencia de deberes precontractuales de informar a partir de las consecuencias jurídicas previstas en caso de inobservancia de dichos deberes, el legislador ha sido más explícito: ha señalado directamente el deber de una de las partes de proporcionar a la otra cierta información.

Este ligero cambio en la forma de imponer deberes precontractuales de información evidencia una transformación más profunda y significativa que viene afectando al derecho de contratos a partir de la segunda mitad del siglo XIX. Se trata de una transformación en la forma de concebir al contrato. O, dicho con mayor precisión, de concebir una de las premisas sobre la que reposa el derecho de contratos que plasmaron los códigos decimonónicos: la igualdad entre las partes.

Las relaciones de consumo constituyen el ejemplo emblemático de esta transformación. Este tipo de relaciones no son, desde luego, las únicas en que se manifiesta la desigualdad –las relaciones laborales y el contrato de arrendamiento de inmuebles son otros dos ejemplos suficientemente conspicuos. Sin embargo, en una investigación como la que se está realizando, el estudio de las relaciones de consumo y otras similares resulta imprescindible por la técnica que, preferentemente, ha utilizado el legislador para intentar corregir las desigualdades. Dicha técnica consiste en imponer el suministro de información. Esta no es la única técnica empleada, pero, sin duda, es la dominante.

La preferencia del legislador por esta técnica se justifica por dos razones. La primera de ellas es la percepción –progresivamente difundida– según la cual la falla de mercado que, principalmente, explica los abusos por parte de los empresarios a los consumidores es la presencia de asimetrías informativas. La respuesta del legislador frente a esta falla de mercado ha sido intentar mejorar la información de la parte que se encuentra en desventaja: el consumidor. La segunda razón que explica la preferencia por el suministro de información como técnica de protección de la parte más débil es que suele considerarse que la imposición de deberes precontractuales de información constituye la intervención estatal menos disruptiva en términos de libre mercado.

La aproximación del legislador al tema, tanto a nivel español como comparado, comenzó a través de la protección de la libre competencia. Actualmente, el énfasis parece haberse desplazado –en lo que a protección de consumidores se refiere– hacia los problemas que experimenta el consumidor recopilando y procesando la información necesaria para tomar su decisión de adquirir un determinado bien o servicio.

El objetivo de este capítulo es mostrar cómo se ha utilizado esta técnica de la imposición de deberes precontractuales de información para proteger a la parte que, en ciertas relaciones contractuales, se encuentra

en una posición desventajosa respecto de la otra por un problema de asimetrías informativas.

El capítulo se encuentra estructurado en tres partes. La primera de ellas está dedicada a la desigualdad entre las partes contratantes. Lo que me interesa mostrar es que la desigualdad que resulta relevante, en términos de deberes precontractuales de información es aquella que queda determinada por la presencia de asimetrías informativas. La segunda parte presenta los deberes precontractuales de información cómo una técnica de protección en ciertas relaciones contractuales en las que suelen presentarse asimetrías informativas. En esta presentación deslindo los deberes precontractuales de otras formas de suministro de información y presento sus ventajas y limitaciones. Finalmente, la tercera parte está dedicada al estudio de algunas reglas jurídicas que, como consecuencia de la desigualdad entre las partes, imponen deberes precontractuales de información.

I . IGUALDAD Y DESIGUALDAD

El individualismo consideró que, normativamente, se debía tratar a los contratantes que negociaban un contrato *como* si estuvieran en igualdad de condiciones. Por esta razón se entendió que cada parte podía tutelar, por si misma, sus propios intereses. Esta posición normativa ha sido parcialmente abandonada en ciertas relaciones contractuales, en las que se asume lo contrario, esto es que debe tratarse a las partes *como* si no estuvieran en igualdad de condiciones. Por ello se considera que una de las partes no puede tutelar adecuadamente sus intereses.

A. EL INDIVIDUALISMO: IGUALDAD Y LIBERTAD

Ha sido frecuente considerar que, durante el siglo XIX, la fisonomía del derecho de obligaciones fue influida de manera determinante por el liberalismo o bien –las expresiones suelen utilizarse indistintamente– por el individualismo.¹ Igualmente, se ha afirmado que el diseño del Código

¹ Para el derecho español puede consultarse CASTRO Y BRAVO, F., "Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad", *ADC*, 35-4, 1982, p. 1014, señalando que el movimiento codificador español se inspira en la ideología liberal. En el derecho francés, puede consultarse RANOUIL, V., *L'autonomie de la*

civil francés -que, según se sabe, tanta influencia tuvo sobre los redactores del Código civil español²- responde a una filosofía liberal o individualista.³ Aunque esto último es un error⁴, lo cierto es que, al

volonté. Naissance et évolution d'un concept, Presses Universitaires de France, París, 1980, considerando que la autonomía de la voluntad es la pieza maestra de la filosofía que dominó el siglo XIX, el individualismo jurídico. Una mirada a la influencia de las ideas liberales en el derecho alemán previo al BGB en GORDLEY, J., *The philosophical origins of modern contract doctrine*, Clarendon Law Series, Abril 22, 1993, pp. 225-227, señalando la importancia que, gracias a la obra de Kant y Hegel, dieron los juristas alemanes a la idea de libertad. En el mundo del *common law* -mutatis mutandis- las cosas fueron similares, para el derecho inglés, la obra fundamental es ATIYAH, *The Rise and Fall*, especialmente pp. 238-358. Finalmente, en el derecho estadounidense, puede consultarse KENNEDY, D., "Form and Substance in Private Law Adjudication", *Harv. L. Rev.*, vol. 89, 1976, pp. 1728-1730, quien afirma que entre los años 1850 y 1940 se desarrolló la época del individualismo clásico en Estados Unidos.

² CASTRO Y BRAVO (*Derecho civil de España*, pp. 208-210) considera, entre otras, dos críticas al Código civil español: que haya seguido el plan del francés y el afrancesamiento de su texto.

³ Una extensa cita de autores franceses en este sentido, incluyendo a Colin y Capitant, Cornu, Joserrand, los Mazeaud y Weill y Terré, puede encontrarse en GORDLEY, J., "Myths of the French Civil Code", *Am. J. Comp. L.*, vol. 42, 1994, p. 459, nota 2.

⁴ GORDLEY ("Myths of the French Civil Code", pp. 460-462) ha mostrado esto con elocuencia, señalando que existen, al menos, dos razones para dudar de que los redactores del *Code* hayan estructurado el derecho de contratos desde los principios individualistas. La primera de ellas es que una mirada al Discurso preliminar de Portalis muestra que los redactores no se encontraban interesados en "quebrar" con el pasado, sino más bien en adaptar sus desarrollos a las necesidades del presente. La segunda es que aún cuando los redactores hubieran tenido este propósito no tuvieron tiempo para hacerlo, el *Code* fue redactado en cuatro meses. Sobre esto -señala GORDLEY- aunque no se sepa con exactitud cómo utilizaron ese tiempo, lo cierto es que alrededor de dos tercios de los textos del *Code* -sobre todo en contratos, propiedad y responsabilidad extracontractual- guardan una relación extremadamente cercana con los trabajos de Domat y Pothier, y si hay algo claro -cabría agregar- es que ninguno de los dos autores puede ser considerado como liberal o individualista.

Más adelante, en el mismo trabajo (*Ibid.*, pp. 469-478), GORDLEY se dedica a explorar específicamente si pueden advertirse efectos de la ideología liberal en las normas codificadas sobre contratos. Señala que el principal argumento para sostener esto se encuentra en el artículo 1.134 del *Code*, concretamente su inciso primero: "*Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites*". Sin embargo -siempre con GORDLEY- esa frase está tomada de Domat, quien, por su parte, la tomó de una colección de Decretales del papa Bonifacio VIII quien, a su vez, la extrajo del *Corpus Juris Civilis*. Una vez más, el vínculo con la ideología liberal es cualquier cosa menos claro.

menos algunos de los comentaristas del Código civil francés, se sirvieron de estas ideas en su exégesis de los preceptos del *Code*.⁵

En el caso del Código civil español, una voz tan autorizada en estas materias como la de CASTRO Y BRAVO, ha señalado que el codificador español se inspiró en una ideología liberal.⁶ Afirma este autor que el Código civil español:

“(...) tiene el matiz de su época: un liberalismo individualista templado. El individualismo se manifiesta ampliamente en el derecho de obligaciones”.⁷

Lo cierto es que “individualismo” es un término acuñado durante el siglo XIX que posee diversos significados.⁸ Para los efectos de este trabajo es posible considerar únicamente dos de ellos. El primero consiste en

⁵ Ver GHESTIN, *Traité*, pp. 29-30 señalando que si bien no es exacto afirmar que los principios de la economía liberal influenciaron a los redactores del *Code*, es más exacto considerar esa influencia en la obra de los comentaristas de dicho texto. GORDLEY (*The Philosophical Origins*, p. 223), algo más escéptico, considera que el único de los comentaristas más importantes del *Code* durante el siglo XIX que escribe como un liberal del siglo XIX es Laurent. En opinión de GORDLEY, los exégetas del *Code* no se encontraban preocupados por problemas filosóficos, por esta razón no es fácil encontrar alusiones directas a ciertas ideologías. Una opinión que es compartida por JESTAZ, P. y JAMIN, CH. (*La doctrine*, Dalloz, París, 2004, pp. 88-89) quienes consideran que una de las características comunes de los exégetas franceses del siglo XIX fue su falta de espíritu especulativo.

⁶ CASTRO Y BRAVO, “Notas”, p. 1014.

⁷ CASTRO Y BRAVO, *Derecho civil de España*, p. 207.

⁸ LUKES, S., *El individualismo*, trad. J.L. Álvarez, Ediciones Península, Barcelona, 1975, p. 11. También la expresión “liberal” perteneciente al siglo XIX, se utiliza por primera vez en España alrededor de 1812. Ver VOEGELIN, E., “Liberalism and Its History”, *Review of Politics*, vol. 36, 1974, p. 504. LUKES (*El individualismo*, pp. 101-190) dedica toda la segunda parte de esta obra a intentar precisar, a través de un análisis de sus ideas básicas, los distintos significados de esta expresión y distingue entre el individualismo político, económico, religioso, ético, epistemológico y metodológico, concluyendo que existen cuatro ideas centrales englobadas en el término: respecto a la dignidad humana, a la autonomía, a la intimidad y al autoperfeccionamiento y que estas ideas constituyen, por su parte, elementos esenciales de las ideas de igualdad y libertad.

concebir al individualismo como un mecanismo de organización social y el segundo significado del término lo concibe como un valor.⁹

En cuanto mecanismo de organización social, el individualismo se relaciona, desde temprano, con la libertad económica.¹⁰ Se trata de la idea según la cual el Estado debe despejar las restricciones a la libre iniciativa económica de las personas, toda vez que la libertad de producción y contratación de individuos racionales y autointeresados produce la mayor satisfacción de dichos individuos y el progreso social.¹¹

Concebido como un valor, el individualismo se relaciona con aquello que, desde Kant, suele denominarse autonomía de la voluntad¹² y que puede definirse como el poder de la voluntad para dictarse sus propias leyes.¹³ A partir de esta idea se derivan una serie de principios articuladores del derecho de contratos: la libertad contractual, el consensualismo, la fuerza obligatoria del contrato y su eficacia relativa.¹⁴

El individualismo –entendido como mecanismo de organización social y como valor– parece encontrarse en el centro de lo que DIEZ-PICAZO denomina “concepción moderna del contrato”¹⁵, para advertir esto, basta

⁹ ATIYAH, *The Fall and Rise*, p. 256.

¹⁰ LUKES, *El individualismo*, p. 111. Parece haber consenso en que el primer intento por justificar teóricamente en forma coherente el individualismo económico tuvo lugar a partir de la obra de Adam Smith y David Ricardo y a la labor de los fisiócratas franceses. Sobre esto puede consultarse BLAUG, M., *Teoría económica en retrospectiva*, trad. E. Suárez, Fondo de Cultura Económica, México D.F., 1985, pp. 51-99.

¹¹ LUKES, *El individualismo*, p. 112. Ver también ROSENFELD, M., “Contract and Justice: The Relation between Classical Contract Law and Social Contract Theory”, *Iowa L. Rev.*, vol. 70, 1985, pp. 776-779.

¹² La idea de autonomía o autodirección, desde luego, precede a Kant y puede encontrarse en Aristóteles y Santo Tomás, sin embargo en Kant parece encontrar su formulación más sistemática. Ver LUKES, *El individualismo*, pp. 69-73.

¹³ Ver RANOUIL, *L'autonomie de la volonté*, p. 10. Ver también LALAGUNA, E., “La libertad contractual”, *RDP*, 1972, p. 883.

¹⁴ GHESTIN, *Traité*, pp. 35-37.

¹⁵ DIEZ-PICAZO, *Fundamentos*, I, p. 137.

considerar los presupuestos ideológicos y sociológicos sobre los cuales el autor hace reposar esta concepción:

“El primero es el presupuesto económico de una economía liberal fundada en el lema del *laissez faire* y en la idea de que las leyes del mercado y el egoísmo individual actuando en el propio interés son, como dice Adam SMITH, los mejores motores de la felicidad y de la prosperidad de las naciones.

El segundo de los presupuestos ideológicos de la concepción moderna del contrato se encuentra en la idea de la sustancial igualdad de las partes contratantes. El contrato es el medio mejor de arreglo de los intereses privados porque es una obra común de dos contratantes, que se encuentran en igual situación y en un mismo plano económico. Es un arreglo entre las partes”.

El tercero de los presupuestos ideológicos y socioeconómicos se encuentra en una época que rinde culto (...) a las ideas de la preponderancia de la libertad individual y que en definitiva es una época de predominio burgués sobre la economía”.¹⁶

En un sentido similar, centrándose en la categoría de contrato que maneja el Código civil español, LACRUZ ET AL consideran que los artículos 1.091 y 1.255 CC transmiten:

“(...) una visión del contrato fundada en, a) la igualdad de las partes, situadas ambas en un mismo rango, con iguales posibilidades de exigir y prestar; y b) la libertad plena de ambas, que concurren espontáneamente a pactar lo más acorde con sus intereses”.¹⁷

Pues bien, ése es el modelo de contrato que consagra –originalmente al menos- el Código civil español, uno que se basa en la igualdad y en la

¹⁶ *Loc. cit.*

¹⁷ LACRUZ BERDEJO, et al., *Elementos de derecho civil*, t. II, *Derecho de obligaciones*, vol. 1, *Parte general. Teoría general del contrato*, 4ª ed., revisada y puesta al día por F. Rivero Hernández, Dykinson, Madrid, 2007, p. 330.

libertad de las partes para contratar. Y, precisamente, porque las partes son libres e iguales, la autorregulación a través del contrato constituye la mejor garantía de que los intereses de los contratantes quedarán adecuadamente protegidos durante todo el *iter* contractual.¹⁸ En el marco de ese modelo resulta obvio que el legislador haya considerado que, durante la negociación del contrato, cada una de las partes deba procurarse su propia información y que, más allá de algunos supuestos específicos de deberes precontractuales de información, los códigos decimonónicos no contengan reglas generales al respecto.¹⁹

B. LA DESIGUALDAD

1. LA IGUALDAD DE LAS PARTES CONTRATANTES

La concepción del contrato que se acaba de esbozar se sostiene, como se ha visto, sobre varias premisas normativas. Una de ellas, la que más interesa aquí, es la igualdad entre los contratantes.

¹⁸ Ver MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, "Trascendencia del principio", p. 34. Algo similar puede decirse del *BGB*, ver ZIMMERMANN, *El Nuevo derecho alemán*, p. 186.

¹⁹ GÓMEZ CALLE, *Los deberes precontractuales*, p. 12. Ver también MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ ("Trascendencia del principio", p. 79), advirtiendo que, según la teoría tradicional, es tarea de cada negociante conseguirse la información precisa. En un sentido similar VIGNERON-MAGGIO-APRILE, S. (*L'information des consommateurs en droit européen et en droit suisse de la consommation*, Bruylant Schulthess, Ginebra, 2006, p, 141) ha señalado:

"Le droit civil traditionnel met les parties au contrat sur un pied d'égalité. Ce modèle est animé par le principe du *caveat emptor*, selon lequel chaque partenaire contractuelle est responsable de la recherche des informations dont il a besoin".

La "igualdad" es un concepto plagado de significados²⁰ y controversias²¹ por este motivo, es útil comenzar aquí precisando el sentido en que será utilizado las siguientes páginas.

Para estos efectos, la igualdad de las partes contratantes simplemente implica que el legislador considera que quienes negocian un contrato son capaces de tutelar adecuadamente sus propios intereses durante la negociación y ejecución del contrato. No se trata, desde luego, de una igualdad fáctica –evidentemente, no todas las personas que negocian contratos son capaces de proteger adecuadamente sus propios intereses– sino de una igualdad normativa. La decisión del legislador es tratar a todas las personas, salvo casos extremos²², como si así fuera, dejando que los contratos produzcan sus efectos normales.

Quizás el ejemplo más evidente de lo que se acaba de afirmar sea el tratamiento que recibe la lesión enorme en el Código civil. El artículo 1.293 CC consagra la rescisión por lesión en términos extremadamente restrictivos, quebrando de esta manera una forma de comprender esta figura jurídica que, en el derecho español histórico, es posible remontar

²⁰ En este sentido PÉREZ LUÑO, E. (*Dimensiones de la igualdad*, Dykinson, Madrid, 2005, p. 16) se ha referido a la "equivocidad significativa" del término.

²¹ En verdad, el problema es que la discusión acerca de la igualdad es inherente a cualquier teoría de la justicia y se encuentra envuelta, con mayor o menor intensidad prácticamente en cualquier controversia sobre filosofía política y en un número significativo de cuestiones de filosofía moral. Por ello, la cantidad de temas que roza (desde igualdad de oportunidades a igualdad entre hombres y animales) y la cantidad de preguntas que suscita (por ejemplo: ¿igualdad de qué? ¿igualdad entre quiénes? ¿en qué momento? ¿cómo se mide?) es inabarcable y lo mismo sucede con la bibliografía. Con todo, un atractivo intento por mostrar "el estado de la cuestión" actualmente puede encontrarse en HOLTUG, N. y LIPPERT-RASMUSSEN (eds.) *Egalitarianism. New Essays on the Nature and Value of Equality*, Clarendon Press, Oxford, 2007, *passim*.

²² Así, por ejemplo, los incapaces. Sin embargo, como ha apuntado GORDILLO CAÑAS, A. (*Capacidad, incapacidades y estabilidad de los contratos*, Tecnos, Madrid, 1986, pp. 46-47) las causas de incapacitación aceptadas por el Código civil son más bien restrictivas, limitándose a aquellas anomalías que determinan una real incapacidad de autogobierno por parte del sujeto.

hasta el Fuero Juzgo.²³ Resulta útil, a estos efectos, considerar algunos de los argumentos empleados tempranamente por los autores para justificar esta decisión. Comenzando por GARCÍA GOYENA quien, al justificar el artículo 1.164 del Proyecto de 1851 (antecedente del 1.293 CC), señala:

“¿Quién puede y debe conocer el valor y rendimientos de su cosa mejor que el vendedor? ¿Ni qué juez mas competente para apreciar lo crítico ó indiferente de su posición particular? Si vende, es porque así le conviene, ó porque no encuentra quien le dé mas: y en tal caso resulta que ha vendido por lo que entonces valía la cosa, pues que la escasez de compradores ó la afluencia de vendedores puede rebajar indefinidamente el precio”.²⁴

En un sentido similar, algunas décadas más tarde, ROMERO Y GIRÓN y GARCÍA MORENO apoyaban la reforma que supuso el artículo 1.293 CC al tratamiento que, hasta entonces, había recibido la lesión en el derecho histórico español:

“Esta reforma se imponía y es digna de aplauso. El hombre, antes de contraer una obligación ha de meditar acerca de su conveniencia; y, si por imprevisión, descuido u otra causa sufre algún perjuicio, no debe esperar que la ley le proteja cuidando de sus intereses con más celo del que él los cuida, sobre todo cuando esa protección redunde en perjuicio de tercero”.²⁵

En lo que resulta de interés aquí, ambos párrafos transcritos se encuentran permeados por una de las ideas centrales del credo individualista, aquella según la cual cada persona es el mejor juez de su propio bienestar y, por lo mismo, la más adecuada para velar por sus

²³ Así lo advierte GARCÍA GOYENA (*Concordancias*, pp. 619-620), dejando ver, sin embargo, que el primer código español verdadero, el Fuero Juzgo, la desechó. Más adelante el Fuero Real la acogió (ley 5, título 10), y lo mismo sucedió con las Partidas (P. 5, 5, 56). Sobre esto puede consultarse, más detalladamente, MARTÍN PÉREZ, *La rescisión*, pp. 129-134.

²⁴ GARCÍA GOYENA, *Concordancias*, p. 621.

²⁵ ROMERO Y GIRÓN, V. y GARCÍA MORENO A., *Texto y comentarios al Código civil*, Madrid, 1889, pp. 500-502.

propios intereses en la negociación de un contrato. De ahí que no sea – por regla general- función del legislador o de los jueces inmiscuirse en las negociaciones ni en sus resultados.²⁶

2. LA VULNERABILIDAD

Señala CASTRO Y BRAVO que las ideas liberales –específicamente aquella de excluir las limitaciones a la autonomía de la voluntad- son puestas en duda, ya entrado el siglo XX, a través de un creciente intervencionismo del Estado destinado a proteger a ciertas clases sociales, que se manifiesta, por ejemplo, en el contrato de arrendamiento, de trabajo, de seguros o de transporte.²⁷ Añade, a continuación, que este cambio llevará a los autores a pensar en una nueva concepción del orden público, concretamente “de la protección de los intereses del contratante que no se encuentra en una situación de igualdad, para defender sus propios intereses (v. *gr.*, arrendatarios, trabajadores, asegurados, etc.)”.²⁸

Precisamente, la falta de atención a las desigualdades entre las partes contratantes ha sido una de las críticas más persistentes y eficaces

²⁶ Desde luego esto admite excepciones. Además de las más evidentes –la ley, el orden público, las buenas costumbres- el Código civil contiene otras menos comprensibles en el marco de un paradigma individualista. Así, nada más por citar algunas, el artículo 1.103 CC permite al juez moderar la responsabilidad que proceda de negligencia en el cumplimiento de toda clase de obligaciones; el artículo 1.154 CC permite al juez moderar la cláusula penal cuando la prestación se ha cumplido parcial o irregularmente; el artículo 1.801 CC permite al juez reducir la obligación de quien pierde en juegos o apuestas a aquella cantidad que no excediere de los usos de un buen padre de familia.

²⁷ CASTRO Y BRAVO, “Notas”, p. 1052. En realidad la idea de protección a la parte más débil en el contrato es extremadamente antigua. ZIMMERMANN (*El nuevo derecho alemán*, p. 186) señala que la tradición protectora de las partes débiles en el contrato puede retrotraerse al derecho romano y su regulación de los intereses máximos en préstamos y la lesión enorme. Lo que sucede es que a partir de las revoluciones industriales y a la luz de los códigos decimonónicos y su idea de igualdad de las partes, el problema se torna estructural.

²⁸ *Loc. cit.*

contra la teoría de la autonomía de la voluntad.²⁹ Aceptando que esta crítica sea correcta, conviene, sin embargo, precisar de qué desigualdades se está hablando. La necesidad de precisión se justifica porque, como ha sugerido DIEZ-PICAZO, frente a la crítica de la desigualdad, la idea de igualdad sobre la que parece reposar dicha crítica es "mítica", no existe dicha igualdad ni va a existir.³⁰ Sobre lo mismo, GHESTIN ha indicado que, en el *Ancien Régime*, la sociedad estaba plagada de desigualdades entre quienes contrataban.³¹ Siendo esto último correcto, lo que parece es que, en ciertas relaciones contractuales, las diferencias entre las partes, con el paso del tiempo, se han radicalizado y, comparadas con las antiguas desigualdades, presentan algunos aspectos novedosos. Aspectos frente a los cuales se ha considerado que la protección dispensada a los contratantes por las normas del Código civil resulta ser insuficiente.³² Aquí no interesan todas

²⁹ Ver, por ejemplo, LACRUZ, et al., *Elementos II-1*, p. 331, refiriéndose al fallo de los presupuestos de la autonomía contractual y, señalando respecto de la igualdad:

"ha influido decisivamente sobre el respectivo *bargaining power* de las partes contratantes la radical transformación verificada en las estructuras económicas y sociales en los últimos decenios: la generalización de la producción industrial en masa; el enorme desarrollo de las relaciones comerciales de cambio; el nacimiento de la empresa multinacional. El que posee el capital, el que posee las fuerzas naturales y las guía, no está en situación de igualdad para contratar con el obrero al que emplea individualmente, ni, por lo demás, con el consumidor al que vende sus productos" (*Ibid.*, p. 332).

Ver también MARTÍNEZ DE AGUIRRE, "Trascendencia del principio", pp. 36-39.

En el mismo sentido, aunque esta vez en el ámbito belga, BOURIER, CH. (*La faiblesse d'une partie au contrat*, Bruylant Academie, Lovaina, 2003, p. 247) señalando que el principal reproche que le formulan la totalidad de los autores a la teoría de la autonomía de la voluntad es el hecho de no prestar atención a las desigualdades entre las partes en aras de una supuesta igualdad de derecho.

³⁰ DIEZ-PICAZO, L., "Contrato de consumo y derecho de contratos", *ADC*, 59-1, 2006, p. 15. En el mismo sentido, ALFARO ÁGUILA-REAL, J., "Protección de los consumidores y derecho de los contratos", Nota crítica a Martínez de Aguirre, "Trascendencia del principio", *ADC*, 47-2, 1994, p. 307. Ver también RECALDE CASTELLS, A., "El derecho de consumo como derecho privado especial", en Tomillo Urbina, J. y Álvarez Rubio, J. (dirs.), *El futuro de la protección jurídica de los consumidores*, Thomson Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2008, pp. 550-553.

³¹ GHESTIN, *Traité*, p. 45.

³² Ver, por ejemplo, MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, "Trascendencia del principio", p. 80 advirtiendo que mecanismos como los vicios del consentimiento o las

las posibles desigualdades que existan entre las partes y que hayan llamado la atención del legislador o de la doctrina, sino, únicamente, aquellas desigualdades que se explican por la presencia de asimetrías informativas.

C. ASIMETRÍAS INFORMATIVAS

He sugerido que existen ciertas relaciones que se caracterizan por una cierta desigualdad entre las partes. Lo que deseo agregar ahora es que esas desigualdades, generalmente –y en lo que interesa a este trabajo– se explican como un problema de asimetrías informativas, es decir, por las ventajas que, en términos de información, posee una de las partes sobre la otra.

El ejemplo más evidente de esta situación son las relaciones de consumo.³³ En este ámbito es, actualmente, un lugar común la idea de

acciones edilicias son insuficientes para proteger a los consumidores. En el mismo sentido CALAIS-AULOY, J., “L’influence du droit de la consommation sur le droit civil des contrats”, *RTDC*, 1994, 2, p. 240, indicando que las innovaciones que introdujo el *Code de la consommation* en el derecho francés eran necesarias debió a la inadaptación de las reglas del Código civil a los problemas de las relaciones de consumo.

³³ Así, por ejemplo, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A. (“La protección de los consumidores, la Constitución española y el derecho mercantil”, en Bercovitz Rodríguez Cano, A. y R., *Estudios jurídicos sobre la protección de los consumidores*, Tecnos, Madrid, 1987, p. 22) con toda elocuencia afirma:

“La necesidad de que el consumidor sea protegido es consecuencia del reconocimiento de que existe una gran masa –la inmensa mayoría de personas– de personas que al realizar las operaciones normales de la vida cotidiana, referidas principalmente a la adquisición de bienes y servicios, no están en condiciones de conseguir a solas unas calidades y unos precios adecuados. El prototipo del consumidor necesitado es la persona que individualmente no está en condiciones de hacer sus justas exigencias sobre los productos o servicios que adquiere y que carece de los medios necesarios para enfrentarse con las empresas con las que contrata”.

que la vulnerabilidad del consumidor frente al empresario puede explicarse en términos de asimetrías informativas.³⁴

A propósito de las asimetrías informativas, me interesa mostrar algo sobre lo cual, en mi opinión, la doctrina española no ha prestado suficiente atención, y es que, en las relaciones contractuales que interesan en este capítulo, las equivocaciones de una de las partes no sólo se explican por falta de información, sino también por problemas de racionalidad imperfecta (*imperfect rationality*).³⁵

Conviene mostrar la diferencia entre falta de información y racionalidad imperfecta a través de algunos ejemplos.

³⁴ Ver, por ejemplo, MARTÍNEZ DE AGUIRRE, "Trascendencia del principio", p. 80; PÉREZ GARCÍA, P. A., *La información en la contratación privada. Entorno al deber de informar en la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios*, Instituto Nacional de Consumo, Madrid, 1990, pp. 69-73; ORTÍ VALLEJO, A., "Comentario artículo 13", en Bercovitz, Rodríguez-Cano, R. y Salas Hernández, J., *Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, Civitas, Madrid, 1992, p. 404; CALLEJO RODRÍGUEZ, C., "El deber precontractual de información: del esquema tradicional del Código civil al régimen del derecho de consumo", *Revista Jurídica del Notariado*, nº 47, 2003, p. 11; MORENO-LUQUE CASARIEGO, C., "Protección previa a la contratación de bienes y servicios", en León Arce, A. (dir.) *Derechos de los consumidores y usuarios*, 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, p. 196; MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C., et al., *Curso de derecho civil*, vol. II, *Derecho de obligaciones*, 2ª ed., Colex, Madrid, 2008, p. 408; HADFIELD, G., HOWSE, R. y TREBILCOCK, M., "Information-Based Principles for Rethinking Consumer Protection Policy", *Journal of Consumer Policy*, vol. 28, 1998, p. 140; HOWELLS, G., "The Potential and Limits of Consumer Empowerment by Information", *Journal of Law and Society*, vol. 32, 2005, pp. 352-356; VIGNERON-MAGGIO-APRILE, *L'information*, pp. 30-33.

³⁵ Tomo esta idea de BAR-GILL, O., "Informing Consumers About Themselves", *New York University Law and Economics Working Papers*, 2007, p. 5, disponible en <http://lsr.nellco.org/cgi/viewcontent.cgi?article=1115&context=nyu/lewp> [visitado 10/07/2008].

Para comprender esta idea es necesario advertir que ha sido desarrollada como una crítica a la asunción de racionalidad de los sujetos que, generalmente, emplea el pensamiento económico (ver, por ejemplo, POSNER, R., "Rational Choice, Behavioral Economics, and the Law", *Stan. L. Rev.*, vol. 50, 1998, pp. 1551-1575) según la cual (1) las personas poseen objetivos bien definidos y sus decisiones se encuentran orientadas hacia la maximización de dichos objetivos; (2) esas preferencias reflejan los costos y ventajas de las opciones disponibles para el sujeto, y (3) en situaciones de incertidumbre las personas son capaces de utilizar la información disponible para evaluar sus probabilidades y son capaces de integrar nueva información disponible y reevaluar sus probabilidades.

1. FALTA DE INFORMACIÓN

Las hipótesis de falta de información son las más sencillas. Una de las partes, simplemente, omite proporcionarle información a la otra. La peculiaridad es, nada más, que se asume que la parte que no comunicó la información se encontraba en mejores condiciones de acceder a ella y, por lo tanto, se le impone el deber de suministrarla a la otra parte, cuyo acceso a la información se considera más difícil.

Esta hipótesis puede ser ilustrada a través de una SAP de Tarragona de 13 de marzo de 2006³⁶. Se trata de la compraventa a través de una agencia de viajes de unos billetes de avión de ida y vuelta con destino a Chile. La adquirente se vio privada de hacer uso de los pasajes de regreso, toda vez que el vuelo de regreso de Santiago de Chile a Barcelona hacía una escala en Atlanta y en Nueva York, por lo cual dicho vuelo precisaba de visa para transitar por Estados Unidos. Cuando adquirió el billete, la agencia de viajes no le informó a la compradora de que al ser ciudadana chilena requería de visado. En lo que importa aquí la SAP dispone en su fundamento de derecho tercero:

“La LDCU de 19 julio 1984 consagra como uno de los derechos básicos de los consumidores el de una información correcta sobre los diferentes productos y servicios para facilitar el conocimiento sobre su adecuado uso o disfrute, derecho introducido en el art. 2.1 de la Ley y desarrollado en el Capítulo IV art. 13 a 17. En el primero de los artículos mencionados anteriormente se establece, en la parte que entendemos trascendente para el supuesto de autos, que los servicios puestos a disposición de los consumidores y usuarios deben incorporar una información veraz, eficaz y suficiente sobre sus características esenciales y, al menos, sobre las instrucciones o indicaciones para su correcto uso o consumo, lo que implica una información suficiente relativa a las características del servicio que adquiere, información que está obligado a proporcionarle el agente que interviene en la producción y distribución

³⁶ AC 2006,1162.

del servicio y se orienta a que el consumidor logre un uso satisfactorio del mismo que le permita cubrir las expectativas para las que lo adquirió o, en otro sentido, la información ha de extenderse a cubrir todas las características que son propias del servicio que adquiere, lo que constituye, en esencia, una obligación de información no exclusiva del derecho de consumo sino común al ámbito del derecho contractual general y que viene exigida por el principio de buena fe, información que, en definitiva, trata de lograr una satisfactoria ejecución contractual, y que el art. 13.1 LDCU regula en una forma genérica”.

Pues bien, en este caso el problema se suscita toda vez que no se informó a la demandante acerca de la necesidad de visado para realizar un viaje, lo cual, en los hechos, determinó que no pudiera usar su billete aéreo de vuelta. El problema, como puede apreciarse, es que la información no se proporcionó.

2. RACIONALIDAD IMPERFECTA

La causa más compleja que explica la presencia de asimetrías informativas es la racionalidad imperfecta. A diferencia de la falta de información, aquí la información se suministra, pero el consumidor no es capaz de hacer buen uso de ella. Probablemente, uno de los ejemplos más elocuentes para ilustrar esto en materia de contratos sea el contrato por adhesión.³⁷

El contrato por adhesión es un fenómeno antiguo³⁸, sin embargo, la atención de la doctrina se fija en él únicamente a partir de comienzos del

³⁷ No cualquier contrato por adhesión, sino aquellos que plasman la contratación con condiciones generales, cuyas características pueden consultarse en DIEZ-PICAZO, *Fundamentos*, I, pp. 445-446.

³⁸ Ver BURKE, J., “Reinventing Contracts”, *Murdoch University Electronic Journal of Law*, vol. 10, 2003, p. 20 (Disponible en <http://www.murdoch.edu.au/elaw/issues/v10n2/burke102.html>. Visitado 20/12/2007), señalando que, al menos desde el siglo XVI es posible encontrar en algunos países europeos condiciones generales para contratos de seguro marítimo. ZIMMERMANN (*El nuevo derecho alemán*, p. 186), por su parte, señala que el uso de condiciones

siglo XX.³⁹ El apogeo de esta figura es una consecuencia de las transformaciones que comienza a experimentar la producción y la distribución de bienes y servicios y las relaciones sociales anejas a éstas a partir de las revoluciones industriales de los siglos XVIII y XIX, de ahí que suela afirmarse que la producción en masa tiene como consecuencia lógica la contratación en masa.⁴⁰

Los autores españoles no parecen dudar acerca de la desigualdad que existe entre las partes contratantes en un contrato por adhesión, y suelen considerar esa desigualdad en términos de inferioridad de unas de las partes: el adherente.⁴¹ A ello añaden que esa desigualdad determina

generales de la contratación ("*standard form contracts*") puede retrotraerse, al menos, a la compraventa, el arrendamiento, y las prácticas bancarias en Roma.

³⁹ Se adjudica a Saleilles haber acuñado la expresión *contrats d'adhésion* en un artículo publicado en 1901 (*De la déclaration de volonté: Contribution à l'étude de l'acte juridique dans le Code civil allemand*). Ver GHESTIN, J. y MARCHESSAUX-VAN MELLE, I., "Contrats d'adhésion et clauses abusives", en Fontaine, M. (dir.) *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels*, LGDJ, París, 1996, p. 1.

⁴⁰ Ver, por ejemplo, KESSLER, F., "Contracts of Adhesion – Some Thoughts About Freedom of Contract", *Colum. L. Rev.*, vol. 43, 1943, pp. 630-631; y BALLESTEROS GARRIDO, J. A. *Las condiciones generales de los contratos y el principio de autonomía de la voluntad*, Bosch, Barcelona-Madrid, 1999, p. 25.

⁴¹ La doctrina española ha dedicado un ingente número de estudios a tratar el contrato por adhesión y otras figuras relacionadas. Así, por ejemplo, GARCÍA AMIGO, M., *Condiciones generales de los contratos (civiles y mercantiles)*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1969; CASTRO Y BRAVO, F., *Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes*, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1979; POLO, E., *Protección del contratante débil y condiciones generales de los contratos*, Civitas, Madrid, 1990; ALFARO ÁGUILA REAL, J., *Las condiciones generales de la contratación. Estudio de las disposiciones generales, cláusulas abusivas*, Civitas, Madrid, 1996; PAGADOR LÓPEZ, J., *Condiciones generales y cláusulas contractuales predispuestas. La Ley de condiciones generales de la contratación de 1998*, Marcial Pons, Madrid, 1999; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord.) *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, Aranzadi Editorial, Elcano (Navarra), 2000; ESPIAU ESPIAU, S. (dir.), *Las condiciones generales de la contratación y la Ley 7/1998, de 13 de abril*, Marcial Pons, Madrid, 1999; BALLESTEROS GARRIDO, *Las condiciones generales*; NIETO CAROL, U. (dir.), *Condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas*, LexNova, Madrid, 2000; DIEZ-PICAZO, L. (dir.), *Comentarios a la Ley sobre condiciones generales de la contratación*, Civitas, Madrid, 2002; LLODRÁ GRIMALT, F., *El contrato celebrado bajo condiciones generales*, Tirant lo Blanch,

–no en forma necesaria, pero si general– la ausencia de una efectiva posibilidad de autodeterminación por parte del adherente.⁴²

Con todo ¿por qué se produce esa desigualdad? Una respuesta evidente es que dicha desigualdad se explica porque una de las partes predispone todo el contenido del negocio y la otra se limita a aceptarlo o rechazarlo.⁴³ Sin embargo, no parece ser una respuesta satisfactoria. Del hecho de que una parte predisponga el contenido normativo del acuerdo no se sigue necesariamente riesgos para el adherente. El riesgo de la incorporación de cláusulas abusivas tiene más bien que ver con la vulnerabilidad –entendida como incapacidad de protegerse a sí misma– que, generalmente, aqueja al adherente, particularmente si se trata de relaciones de consumo.⁴⁴

¿Qué explica, entonces, la presencia de cláusulas abusivas en un contrato por adhesión? Una posible respuesta es la posición del predisponente en el mercado, monopólica u oligopólica. Sin embargo, pese a alguna opinión especialmente autorizada en este sentido, no puede aceptarse que la posición de quien ofrece este tipo de negocios sea lo que explique la desprotección del adherente.⁴⁵ SCHÄFER y OTT han señalado respecto del uso de cláusulas abusivas que:

“Frecuentemente no se trata de grandes empresas monopolistas que trabajan con un gigantesco aparato publicitario, sino de pequeñas

Valencia, 2002; BALLUGERA GÓMEZ, C., *El contrato no-contrato enigma desvelado de las condiciones generales de la contratación*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2006.

⁴² Ver, por ejemplo, PAGADOR LÓPEZ, J., *Condiciones generales*, p. 102.

⁴³ Así, GHESTIN y MARCHESSAUX-VAN MELLE (“Contrats d’adhésion”, p. 8) han señalado que es la redacción unilateral de las cláusulas en un contrato por adhesión lo que permite el abuso del predisponente.

⁴⁴ Considerando, en general, la posición de los consumidores en las relaciones de consumo, MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ (“Trascendencia del principio”, p. 44) se ha referido a una “situación de inferioridad típica o estructural”.

⁴⁵ CASTRO Y BRAVO, *Las condiciones generales*, pp. 169-170.

compañías en mercados atomizados en los cuales según la opinión de la teoría económica ortodoxa tendría que dominar la competencia".⁴⁶

Una tercera explicación de la existencia de cláusulas abusivas es la presencia de asimetrías informativas entre predisponente y adherente. En este sentido, PAGADOR LÓPEZ ha expuesto una serie de causas que, en su opinión, socavan una posibilidad plena y efectiva de autodeterminación cuando se trata de los contratos concluidos con condiciones generales.⁴⁷ Señala el autor que existe una inferioridad social o intelectual y económica del adherente.⁴⁸ Al comentar la inferioridad social o intelectual, el autor citado presta atención a las expresiones que ha utilizado la doctrina alemana para referirse a dicha inferioridad (así, por ejemplo, *intellektuelle und psychologische Unterlegenheit, intetellektuelle Überlehenheit, intetellektuelle Überforderung*) y señala:

"Con estas y análogas expresiones se trata de describir la *situación de inferioridad o indefensión en que, de ordinario, se encuentra la parte que se adhiere a un clausulado de condiciones generales* –la cual, por razón de su insuficiente o inexistente formación y de su escasa o nula experiencia en el tráfico negocial, no es capaz (ni le es razonablemente exigible que lo sea) de comprender y valorar el contenido y alcance de las condiciones generales a las que se adhiere".⁴⁹

Como se desprende del párrafo citado, una razón que explica la indefensión del adherente es la falta de información. No es, sin embargo, la única, junto a ella, otra razón es lo que podría denominarse la racionalidad imperfecta del adherente, es decir, que los adherentes no son capaces de ponderar adecuadamente la información que reciben.⁵⁰ El

⁴⁶ SCHÄFER H-B. y OTT, C., *Manual de análisis económico del derecho civil*, trad. M. von Carsteen-Lichterfelde, Tecnos, Madrid, 1991, p. 312.

⁴⁷ PAGADOR LÓPEZ, J., *Condiciones generales*, pp. 104-121.

⁴⁸ *Ibíd.*, pp. 104-105.

⁴⁹ *Ibíd.*, p. 105.

⁵⁰ La idea de incapacidad del consumidor frente a contratos por adhesión posee una abultada bibliografía. Sobre ella puede consultarse DE LA MAZA GAZMURI, I.,

“Contratos por adhesión y cláusulas abusivas: ¿Por qué el Estado y no solamente el mercado?”, *Revista Chilena de Derecho Privado*, nº 1, 2003, pp. 109-147. En este trabajo (*Ibid.*, p. 128 nota 67) he intentado, siguiendo a HILLMAN, R. y RACHLINSKI, J. (“Standard-Form Contracting in the Electronic Age”, *N.Y.U. L. Rev.*, vol. 77, 2002, pp. 429-456), una exposición sucinta de los factores que explican la incapacidad del consumidor sobre la que resulta útil volver aquí.

Los consumidores se enfrentan a cuatro tipos de problemas en este ámbito.

El primer problema tiene que ver con lo que se denomina *racionalidad limitada* (*bounded rationality*). En forma sumaria, la racionalidad limitada significa que los seres humanos disponen únicamente de capacidades computacionales limitadas y una memoria seriamente defectuosa. Un ejemplo de lo anterior, sugerido por Tversky y Kanheman, es que la gente tiende a concluir que los accidentes de automóviles son mucho más frecuentes de lo que en realidad son si es que han presenciado uno recientemente (citado en JOLLS, C., SUNSTEIN, C. y THALLER, R., “A Behavioral Approach to Law and Economics”, en Sunstein, C. (ed), *Behavioral Law & Economics*, Cambridge University Press, Nueva York, 2000, pp. 14-15). Un análisis más detallado de las limitaciones a la racionalidad del modelo económico neoclásico en el caso de los consumidores puede encontrarse en HANSON, J. y KYSAR, D., “Taking Behavioralism Seriously: Some evidence of Market Manipulation”, *Harv. L. Rev.*, vol. 112, *passim.*). Según dicho análisis, los consumidores rara vez acumulen toda la información necesaria. Esto incidiría, por ejemplo, en que no se detengan sobre la distribución de los riesgos remotos en un contrato por adhesión.

El segundo problema es que las personas suelen tener dificultades para tomar aquellas decisiones que involucran la consideración de un número amplio de factores. Esto significa que, enfrentado a un contrato que involucra una pluralidad de factores, el consumidor tenderá a concentrarse únicamente en algunos de ellos, probablemente los más evidentes como el precio o el número de cuotas en que puede ser pagado dicho precio, dejando los demás de lado.

El tercer problema es que, basados en estudios empíricos, algunos psicólogos sostienen que las personas suelen hacer inferencias consistentes con aquello que desean creer, interpretando información ambigua de manera que se acomode a sus creencias y deseos. Este fenómeno, una especie de disonancia cognitiva, puede implicar que los consumidores no consideren cierta información –respecto, por ejemplo a la distribución de riesgos realizada a través del contrato- pues esta tiende a desacreditar la decisión original del consumidor de comprar el producto.

Finalmente, el cuarto problema es que existe alguna evidencia respecto a que los sujetos tienden a subestimar los riesgos que ellos mismos toman. En el problema que ocupa estas líneas, esto significa que los sujetos tienden a sobrestimar su capacidad de evaluar los riesgos incluidos en este tipo de acuerdos. En este sentido –y respecto a la responsabilidad por productos defectuosos- CALABRESI, G. (*El costo de los accidentes*, Editorial Ariel, Barcelona, 1984, p. 71) ha expuesto este argumento en la siguiente forma:

“Aún cuando los individuos contaran con los datos necesarios para evaluar el riesgo [de un producto], serían incapaces, psicológicamente, de hacerlo. Se afirma que la gente no suele apreciar, racionalmente, la probabilidad de morir o la de sufrir un accidente grave. Estas cosas les ocurren a los demás –pensamos-; y no hay forma de que nos persuadan de que también pueden sucedernos a nosotros por muchas estadísticas que nos muestren”.

problema no es únicamente la falta de información, sino la efectiva posibilidad de que el adherente pueda utilizar dicha información para tutelar adecuadamente sus intereses. En ocasiones, la racionalidad imperfecta del adherente –especialmente en las relaciones de consumo– impide un adecuado uso de la información. De aquí se siguen dos consecuencias que es conveniente apuntar desde ya. La primera de ellas es que, en relaciones en las que el problema suele ser la presencia de asimetrías informativas, la cuestión de la transmisión de la información se encuentra indisolublemente ligada a *cómo* se transmita la información. La segunda consecuencia que conviene enfatizar es que, a veces, el suministro de información no es suficiente, es necesario ir más allá, imponiendo prohibiciones (por ejemplo, privando de validez *ex ante* ciertas cláusulas por abusivas) o bien, permitiendo a la parte más débil desvincularse del contrato celebrado dentro de un cierto plazo (*v gr.*, el derecho de desistimiento).

3. ALGUNOS SUPUESTOS DE DÉFICIT INFORMATIVO

Me interesa ahora mostrar, aunque sumariamente, algunos supuestos que contribuyen a explicar la presencia de déficits informativos de una de las partes, ya sea porque carecen de información o porque no son capaces de utilizar la información de la que disponen.

El primer supuesto, al que ya se ha hecho alusión, es el contrato por adhesión celebrado con condiciones generales. En este caso, lo que explica la presencia de un déficit informativo por parte del adherente suele ser la complejidad del contenido normativo del contrato. El

Sobre todo esto puede consultarse, además, para el caso específico de contratos por adhesión, KOROBKIN, R., "Bounded Rationality, Standard Form Contracts, and Unconscionability", *U. Chi. L. Rev.*, vol. 70, 2003, pp. 1203-1295.

problema suele ser que un consumidor promedio simplemente no es capaz de comprender lo que está firmando.⁵¹

El segundo supuesto corresponde a la complejidad de la prestación objeto del contrato. Así sucede, por ejemplo, en los derechos de aprovechamiento por turno, en los que la complejidad del derecho que se transfiere al adquirente puede impedirle hacerse una idea exacta acerca de sus derechos y obligaciones.⁵²

Un tercer supuesto de déficit informativo tiene lugar en aquellos contratos en los que la forma de perfeccionamiento posee ciertas peculiaridades que dificultan una adecuada comprensión de una de las partes sobre el exacto significado de sus acciones. Así sucede, por ejemplo, con los contratos celebrados a distancia, particularmente, en aquellos celebrados a través de medios electrónicos.⁵³

Un cuarto y último supuesto –que también tiene lugar en contratos celebrados a distancia– se presenta cuando el consumidor no tiene la posibilidad de acceder al producto o averiguar la naturaleza del servicio antes de contratarlo.⁵⁴ Lo mismo sucede en los contratos de viaje combinado.⁵⁵

⁵¹ Ver DE LA MAZA GAZMURI, "Contratos por adhesión", pp. 109-147.

⁵² Ver ZIMMERMANN, *El nuevo derecho alemán*, p. 246.

⁵³ Ver CLEMENTE MEORO, M., "La prestación del consentimiento en los contratos de consumo por vía electrónica y la obligación de información previa y posterior", en Cotina Hueso, L. (coord.), *Consumidores y usuarios ante las nuevas tecnologías*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, p. 85.

⁵⁴ Ver ARROYO APARICIO, A., *Los contratos a distancia en la Ley de Ordenación del Comercio Minorista*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2002, p. 239.

⁵⁵ Ver ZIMMERMANN, *El nuevo derecho alemán*, p. 246.

II . TÉCNICAS DE PROTECCIÓN

Como corolario de la idea según la cual la desigualdad entre consumidores y empresarios se explica por un problema de asimetrías informativas se afirma que, tratándose de relaciones de consumo, la regla característica del derecho privado, según la cual cada contratante debe conseguir la información necesaria para proteger su posición, se invierte:

“(...) imponiendo a los profesionales un genérico deber de información respecto al consumidor, que suple el déficit informativo (...), y garantice así que se trata de un consentimiento suficientemente ilustrado, apto para fundamentar una decisión razonable”.⁵⁶

⁵⁶ MARTÍNEZ DE AGUIRRE, “Trascendencia del principio”, p. 80. En el mismo sentido, GÓMEZ SEGADE, J. A. (“Notas sobre el derecho de información del consumidor”, *RJC* nº 3, 1980, p. 141) señala que:

“Las normas del derecho mercantil tendrán que iluminar esta zona de penumbra en que se hallaban marginados los intereses de los consumidores, sustituyendo el viejo principio de *caveat emptor*, por el más progresivo del *caveat venditor*”.

Por su parte, para el derecho italiano, GALLI (*Appunti di diritto civile*, Cedam, Padua, 2008, p. 483) señala que en las relaciones de consumo la imposición de deberes precontractuales de información representa el principal y fundamental instrumento de protección que permite superar las asimetrías informativas.

Como ya se ha mencionado, la técnica de protección que se ha empleado en forma predominante consiste en la imposición de deberes precontractuales de información. En las próximas páginas me interesa detenerme sobre esta técnica. Comienzo caracterizándola. A continuación muestro las ventajas que suelen mencionarse para justificar la imposición de deberes precontractuales de información y doy una mirada a las limitaciones –tanto fácticas como normativas– que presenta esta técnica.

A. DEBERES PRECONTRACTUALES DE INFORMACIÓN COMO TÉCNICA DE PROTECCIÓN DE LA PARTE MÁS DÉBIL

Los deberes precontractuales de informar constituyen una manifestación del suministro de información como técnica para proteger a la parte más débil en una relación contractual caracterizada por la presencia de asimetrías informativas. Ahora me interesa presentar esta manifestación individualizándola de otras formas que asume el suministro de información. Para esta tarea resulta útil comenzar presentando el suministro de información como técnica de protección en el entorno comunitario y, luego, en el derecho español.

1. EL ENTORNO COMUNITARIO

En su examen de los deberes precontractuales de información en el derecho europeo, WILHELMSSON y TWIGG-FLESNER señalan que no es posible derivar del acervo comunitario (*acquis communautaire*) una regla general que imponga deberes precontractuales de información y, añaden, que no existe, en el mismo entorno, un principio según el cual se requiera a un contratante una revelación completa (*full-disclosure*) de toda la información que el otro contratante pueda necesitar para decidir

si celebra o no el negocio.⁵⁷ Sin embargo, continuando con la opinión de estos dos autores, existen ciertas áreas donde el acervo comunitario provee este tipo de deberes precontractuales, y la principal de ellas (*the core area*) es la del consumo.⁵⁸

A nivel comunitario, la política de protección de los consumidores ingresa formalmente en escena con el Tratado de la Unión Europea o de Maastricht de 1992, que introduce por primera vez en el Tratado de la Comunidad Europea la mención a la política de protección de los consumidores.⁵⁹ Algunos años más tarde, con el Tratado de Ámsterdam de 2 de octubre de 1997⁶⁰ -que modifica el anterior- se desarrolla dicha política, a través del artículo 153, estableciendo el derecho a la información como uno de los mecanismos destinados a proveer de un alto grado de protección a los consumidores.⁶¹

⁵⁷ Ver WILHELMSSON, T. y TWIGG-FLESNER, CH., "Pre-contractual information duties in the *acquis communautaire*", *European Review of Contract Law*, nº 4, vol. 2, 2006, p. 456.

⁵⁸ *Loc. cit.* Ahora bien, el hecho de que en materia de protección al consumidor exista un entramado más denso de reglas, no significa que en esa área exista una completa armonización del derecho europeo, entre otras cosas porque, como se ha señalado, la noción de consumidor posee una "geometría variable" a lo largo de los distintos países. Ver VIGNERON-MAGGIO-APRILE, *L'information*, p. 442.

⁵⁹ Ver, por ejemplo, su artículo 3 s) y, sobre todo, su Título XI. Antes de eso, puede reconocerse una primera fase donde lo que existe es una preocupación por el mercado y las libertades económicas. A esta primera fase pertenecen la Cumbre de París de 1972, donde se advierte la necesidad de desarrollar una política de protección de los consumidores, y el Programa Preliminar de 1975, donde se recogen los derechos fundamentales de los consumidores.

⁶⁰ Tratado de Ámsterdam por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea, los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas y determinados actos conexos.

⁶¹ El texto del artículo 153, que modifica el antiguo artículo 129 A del Tratado de Maastricht, dispone, en lo que aquí interesa:

"Para promover los intereses de los consumidores y garantizarles un alto nivel de protección, la Comunidad contribuirá a proteger la salud, la seguridad y los intereses económicos de los consumidores, así como a promover su derecho a la información, a la educación y a organizarse para salvaguardar sus intereses".

Este derecho a la información se garantiza de diversas maneras. Algunas de ellas corren a cargo de la Administración Pública y se pueden concretar de maneras muy diversas, entre ellas, a través de la creación de oficinas de información al consumidor o estableciendo que los medios de comunicación de titularidad pública dediquen espacios y programas a la información y educación de los consumidores sobre su salud y seguridad en el consumo.

Otra forma de garantizar el derecho a la información ya no depende de la Administración Pública, sino de los particulares. En esta segunda forma, el suministro de información corre a cargo de ciertos particulares a quienes por el hecho de poner en circulación ciertos bienes y servicios se les impone el suministro de información de diversas maneras.

A nivel comunitario esta imposición se plasma a través de las Directivas comunitarias. La mayoría de ellas a propósito de relaciones de consumo.⁶²

Las medidas de protección que imponen las Directivas comunitarias en materia de consumo son extremadamente variadas. Algunas de ellas no son propiamente precontractuales, sino que se imponen con independencia de si exista o no negociación de un contrato, así, por ejemplo, las reglas que disciplinan la publicidad de los productos y servicios⁶³, su precio⁶⁴ o su etiquetado.⁶⁵ En otros casos, no se trata,

Dicho precepto no fue modificado por el Tratado de Niza de 2001. Por su parte, el artículo 2 punto 20 del Tratado de Lisboa de 13 de diciembre de 2007 por el que se modifica el Tratado de la Unión Europea y el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, mantiene este primer apartado del artículo 153, que ha quedado como el artículo 169 de la versión consolidada del Tratado de funcionamiento de la Unión Europea.

⁶² Sobre esto puede consultarse PALACIOS GONZÁLEZ, M., "El deber de información en los contratos con consumidores", en Espiau Espiau, S. y Vaquer Aloy, A., (edits.), *Bases de un derecho contractual europeo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 89-96, WILHELSSON y TWIGG-FLESNER, "Precontractual information", pp. 456- 457; y VIGNERON-MAGGIO-APRILE, *L'information*, pp. 72-200.

⁶³ El artículo 2.2 de la Directiva 84/450/CEE del Consejo, de 10 septiembre de 1984, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados Miembros en materia de publicidad engañosa, define publicidad engañosa como:

“toda publicidad que, de una manera cualquiera, incluida su presentación, induce a error o puede inducir a error a las personas a las que se dirige o afecta y que, debido a su carácter engañoso, puede afectar su comportamiento económico o que, por estas razones, perjudica o es capaz de perjudicar a un competidor”.

Esta directiva fue luego modificada por la Directiva 97/55/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 6 de octubre de 1997 por la que se modifica la Directiva 84/450/CEE sobre publicidad engañosa, a fin de incluir en la misma la publicidad comparativa. La regulación de la publicidad en el entorno comunitario es completada por una serie de directivas sectoriales. Así, por ejemplo, la Directiva 89/552/CEE del Consejo de 3 de octubre de 1989 sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva; la Directiva 90/314/CEE del Consejo, de 13 de junio de 1990, relativa a los viajes combinados, las vacaciones combinadas y los circuitos combinados; Directiva 2000/13/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de marzo de 2000, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en materia de etiquetado, presentación y publicidad de los productos alimenticios; y Directiva 2001/83/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 6 de noviembre de 2001 por la que se establece un código comunitario sobre medicamentos para uso humano. Un examen de estas Directivas en VIGNERON-MAGGIO-APRILE, *L'information*, pp. 111-113.

⁶⁴ El artículo 4 (1) de la Directiva 98/6/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de febrero de 1998, relativa a la protección de los consumidores en materia de indicación de los precios de los productos ofrecidos a los consumidores, fija ciertos requisitos que debe cumplir la información sobre precios que se entregue al consumidor.

Sobre los deberes de información que impone esta Directiva puede verse SCHULTE-NÖLKE, H. y MEYER-SCHWICKERATH, L., “Price Indication Directive (98/6)”, en Schulte-Nölke, H., Twigg-Flesner, Ch. y Ebers, M. (edits.), *EC Consumer Law Compendium. The Consumer Acquis and its transposition in the Member States*, Sellier, Munich, 2008, pp. 374-375.

El artículo 36 de la Directiva 2007/64/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de noviembre de 2007, sobre servicios de pago en el mercado interior, por la que se modifican las Directivas 97/7/CE, 2002/65/CE, 2005/60/CE y 2006/48/CE y por la que se deroga la Directiva 97/5/CE, dispone, en lo pertinente que:

“el proveedor de servicios de pago est[á] obligado a facilitar al usuario de servicios de pago, de un modo fácilmente accesible para él, la información y las condiciones establecidas en el artículo 37, antes de que el usuario quede vinculado por cualquier otro contrato u oferta relativos a una operación de pago de carácter único”.

⁶⁵ El artículo 6.1 de la Directiva 85/374/CEE de 25 de julio de 1985 relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos hace responsable al fabricante por sus productos defectuosos. Para determinar este carácter defectuoso se considera, entre otras cosas, la presentación del producto.

exactamente, de reglas que imponen el suministro de información, sino más bien conceden un periodo de tiempo para reflexionar sobre la decisión de contratar con posterioridad a la celebración del contrato.⁶⁶ Respecto de las reglas orientadas directamente a mejorar la calidad del consentimiento contractual, se presta una especial atención a la forma en que se suministra la información pues se pretende que se realice en términos que permita su adecuada comprensión. Así, por ejemplo, en ocasiones se exige que la información se entregue por escrito⁶⁷, que la redacción sea de forma clara y comprensible⁶⁸, o inequívoca⁶⁹.

En general, la doctrina ha estimado que dentro de los defectos a que alude la regla cabe comprender los de diseño, fabricación e instrucción. Ver VIGNERON-MAGGIO-APRILE, *L'information*, p. 91. Tratándose de defectos de instrucción lo que sucede es que, o bien no se suministró la información requerida, o ésta se suministró incorrectamente.

⁶⁶ El artículo 4 (1) de la Directiva 85/577/CEE de 20 de diciembre de 1985, referente a la protección de los consumidores en el caso de contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales establece que el comerciante estará obligado a informar al consumidor de su derecho a desistir del contrato.

Sobre estos deberes de información ver SCHULTE-NÖLKE, H., SCHEUREN-BRANDES, C., "Doorstep Selling Directive (85/577)", en Schulte-Nölke, H., Twigg-Flesner, Ch. y Ebers, M. (edits.), *EC Consumer Law Compendium. The Consumer Acquis and its transposition in the Member States*, Sellier, Munich, 2008, pp. 95-97.

⁶⁷ El artículo 4 de la Directiva 90/314/CEE de 13 de junio de 1990, relativa a los viajes combinados, las vacaciones combinadas y los circuitos combinados, establece para el comerciante el deber de informar al consumidor, generalmente, sobre el tratamiento de pasaportes y visados, e información relativa a formalidades sanitarias. Ésta y otra información exigida debe entregarse por escrito o en cualquier otra forma comprensible y accesible al consumidor.

Sobre los deberes de información que impone esta Directiva puede consultarse SCHULTE-NÖLKE, H. y MEYER-SCHWICKERATH, L., "Package Travel Directive (90/314)" en Schulte-Nölke, H., Twigg-Flesner, Ch. y Ebers, M. (edits.), *EC Consumer Law Compendium. The Consumer Acquis and its transposition in the Member States*, Sellier, Munich, 2008, pp. 133-158.

⁶⁸ El artículo 5 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores dispone que constando las cláusulas por escrito deberán estar redactadas siempre de forma clara y comprensible.

Sobre el requisito de transparencia en la Directiva puede consultarse EBERS, M., "Unfair Contracts Term Directive (93/13)", en Schulte-Nölke, H., Twigg-Flesner, Ch. y Ebers, M. (edits.), *EC Consumer Law Compendium. The Consumer Acquis and its transposition in the Member States*, Sellier, Munich, 2008, pp. 245-250.

2. EL DERECHO ESPAÑOL

Al igual que en el ámbito comunitario, en el derecho español ha existido una creciente preocupación por proteger, en ciertas relaciones contractuales, a aquella parte que el legislador considera más débil. En el derecho español, tal y como sucede en el derecho comunitario, el ámbito que muestra esto con mayor elocuencia es el relativo a las reglas de protección de los consumidores. Desde luego, no es el único ámbito en el que el legislador ha especificado deberes precontractuales de información, sin embargo, por su importancia me voy a detener en primer lugar en él.

A partir de los años 60 comienza a reconocerse en el derecho español la falta de adecuación de las reglas jurídicas vigentes para dar una adecuada protección a los intereses de los consumidores.⁷⁰ Desde esa década es posible encontrar una serie de cuerpos normativos que, al menos, consideran, especialmente, la posición de los consumidores en ciertas relaciones contractuales. En esta primera etapa Existe una

Por su parte, los artículos 3 y 4 de la Directiva 2002/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002, relativa a la comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores, establecen sendos deberes de información precontractual a cargo del proveedor. La información deberá, además, comunicarse de manera clara y comprensible y, en algunos casos, en soporte de papel u otro soporte duradero accesible.

⁶⁹ El artículo 4 de la Directiva 97/7/CEE de 20 de mayo de 1997, relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia, dispone un deber del comerciante de informar sobre ciertas características del bien o servicio y de la transacción. La información que se entregue al consumidor debe resultar inequívoca y facilitársele de modo claro y comprensible.

Sobre los deberes de información que impone esta Directiva puede verse SCHULTE-NÖLKE, H. y BÖRGER, A., "Distance Selling Directive (97/7)", en Schulte-Nölke, H., Twigg-Flesner, Ch. y Ebers, M. (edits.), *EC Consumer Law Compendium. The Consumer Acquis and its transposition in the Member States*, Sellier, Munich, 2008, pp. 327-340.

⁷⁰ Así lo pone de manifiesto FONT GALÁN, J.I., *Constitución económica y derecho de la competencia*, Tecnos, Madrid, 1987, p. 104; y BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., "Reflexiones críticas sobre la protección de los consumidores en el Derecho español", en Bercovitz Rodríguez-Cano, A. y R., *Estudios jurídicos sobre protección de los consumidores*, Tecnos, Madrid, 1987, p. 18.

temprana conexión entre el derecho de la libre competencia y la protección de los consumidores. Así, en la exposición de motivos de la Ley sobre represión de las prácticas restrictivas de la competencia de 1963 se advierte que la protección del interés de los consumidores constituye la *ratio* última de la ley.⁷¹

Sin embargo, es con la Constitución de 1978, específicamente con su artículo 51 que se establece directamente la relación entre la protección de los consumidores y el suministro de información.

Siguiendo la Resolución del Consejo de la CEE de 14 de abril de 1975 relativa a un Programa Preliminar de la Comunidad Económica Europea para una política de protección e información de los consumidores⁷², el artículo 51 CE, establece como un principio rector de la política económica y social, la protección de los consumidores, su seguridad, salud y legítimos intereses económicos.⁷³

El vínculo entre la protección de los consumidores y la información aparece en el artículo 51.2 CE en la medida que dicho precepto ordena a los poderes públicos promover la información de los consumidores, en los siguientes términos:

⁷¹ Tomo la cita de BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., "La protección de los consumidores, la Constitución española y el Derecho mercantil", en Bercovitz Rodríguez Cano, A. y R., *Estudios jurídicos sobre la protección de los consumidores*, Tecnos, Madrid, 1987, p. 32. También puede mencionarse en relación a la protección de la competencia el Estatuto de Publicidad de 11 de junio de 1964. En conjunto con estas dos leyes, puede añadirse la Ley de venta de bienes muebles a plazos de 17 de junio de 1965 y la Ley de 27 de julio de 1968, que regula la percepción de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas.

⁷² J.O.C.E. nº c 92, 25 de abril de 1975. Los derechos que enuncia la Resolución son: derecho a la protección de la salud y de la seguridad; a la protección de los intereses económicos; a la reparación de daños; a la información y a la educación; y a la representación.

⁷³ Sobre los principios rectores de la política social y económica puede consultarse PRADA FERNÁNDEZ DE SANMANEJO, J.L., "Revisión de los principios rectores de la política social y económica y de su actual realidad jurídico-constitucional", *Revista de Estudios Políticos*, nº 122, 2003, pp. 269-316.

Artículo 51. [Defensa de los consumidores y usuarios]

“1. Los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos.

2. Los poderes públicos promoverán la información y la educación de los consumidores y usuarios, fomentarán sus organizaciones y oirán a éstas en las cuestiones que puedan afectar a aquéllos, en los términos que la ley establezca.

3. En el marco de lo dispuesto por los apartados anteriores, la ley regulará el comercio interior y el régimen de autorización de productos comerciales”.

Se trata de una norma que ha dado lugar a dos interpretaciones que conviene mencionar.

Según una primera interpretación, el artículo 51.2 CE, consagraría algo así como un derecho constitucional de los consumidores a la información. A. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO sostuvo tempranamente, en un importante trabajo, que el párrafo primero del artículo 51 CE contenía derechos fundamentales de los consumidores y usuarios y que, en el segundo párrafo de la misma norma, se encontraban derechos instrumentales, destinados a hacer efectivos los primeros.⁷⁴ La misma posición asume GÓMEZ SEGADE.⁷⁵

Una segunda interpretación niega lo anterior. A este respecto, ORTÍ VALLEJO, ha señalado:

“Nuestra Norma Suprema no consagra expresamente como tal derecho constitucional, el de la información del consumidor. El artículo 51.2, simplemente encomienda a los poderes públicos una labor de

⁷⁴ A. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, “La protección de los consumidores”, p. 26.

⁷⁵ GÓMEZ SEGADE, “Notas”, p. 704.

promoción de la información y, en el mismo plano, de promoción también de la educación de los consumidores".⁷⁶

Efectivamente, lo que encomienda el constituyente a los poderes públicos es promover la información de los consumidores y no es fácil desprender de ahí ni un derecho constitucional de estos a la información ni, como parecen haber señalado algunos autores, que la información al consumidor sea un principio general del Derecho.⁷⁷

Esto último, entre otras razones⁷⁸ porque, como ha señalado, PÉREZ ROYO, los derechos que se deriven del reconocimiento de los principios rectores de la política social y económica serán, según lo dispuesto en el artículo 53.3 CE: "siempre de configuración legal."⁷⁹ Lo anterior quiere decir que siempre requerirán de la intermediación legislativa para poder ser reclamados ante la judicatura. No obstante alguna opinión aislada⁸⁰,

⁷⁶ ORTÍ VALLEJO, "Comentarios artículo 13", p. 399. Algo más adelante, en el mismo texto (*loc. cit.*), el autor duda del rango constitucional del derecho a la información derivado del artículo 51.2 CE pues si de la expresión "los poderes públicos promoverán" puede derivarse un derecho constitucional a la información habría que sostener también que existe un derecho constitucional a la educación del consumidor, y esto es algo que nadie ha defendido.

⁷⁷ Así, por ejemplo, GÓMEZ SEGADÉ, "Notas", p. 705 y PÉREZ GARCÍA (*La información*, p. 58) cuando afirma que el principio general de protección de los consumidores se diversifica en varios subprincipios, uno de los cuales es el de la información al consumidor.

⁷⁸ ORTÍ VALLEJO ("Comentario artículo 13", p. 400) provee otra razón señalando que:

"Los principios generales, para alcanzar tal valor (...) han de estar enraizados y derivar su fuerza de la propia comunidad jurídica y es claro que la información del consumidor, hoy por hoy, carece de estos atributos, lo cual no quiere decir, que en el futuro pueda alcanzar esa significación".

⁷⁹ PÉREZ ROYO, J., *Curso de derecho constitucional*, 11ª ed., revisada y puesta al día por M. Carrasco Durán, Marcial Pons, Madrid, 2007, p. 482.

⁸⁰ A. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO ("La protección de los consumidores", p. 29) ha señalado que las consecuencias de lo dispuesto en el artículo 51 CE deben buscarse en el artículo 53.3 CE y su lectura de este último precepto es la siguiente:

"el principio de protección de los consumidores habrá de ser desarrollado por la legislación ordinaria, pero también habrá de ser tenido en cuenta en su actuación tanto por los tribunales como por los poderes públicos. No es muy afortunada la redacción del precepto transcrito en su segunda frase, pues atendiendo a la primera es

sobre esto parece haber acuerdo en la doctrina.⁸¹ Ahora bien, un principio general del derecho suele considerarse como una “fuente material básica y primaria”⁸² del ordenamiento jurídico ¿cómo puede congeniarse esto con la necesidad de intermediación legislativa propia de los principios rectores de la política social y económica?⁸³

evidente que sí que podrán alegarse ante la Jurisdicción ordinaria los principios reconocidos por el Capítulo tercero, sin necesidad de tener un apoyo expreso en la ley, precisamente porque tales principios no sólo han de informar la legislación ordinaria, sino que además han de informar la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. Lo que ocurre es que la invocación tendrá un valor distinto según tenga apoyo expreso en una ley aplicable al caso concreto o se trate simplemente de la invocación de un principio constitucional, que, en cuanto tal, ha de ser tenido en cuenta también tanto por los tribunales como por los órganos de la Administración.

Estamos por consiguiente ante un nuevo principio general de nuestro Derecho –el principio de protección de los consumidores– que como tal no sólo ha de plasmarse en la promulgación de una nueva normativa legal, sino que ha de ser tenido en cuenta por los Tribunales y por los poderes públicos en general para atribuirle las consecuencias que necesariamente derivan de su consideración como principio general de nuestro Derecho”.

⁸¹ Ver, por ejemplo, SERRANO, J.L., “Algunas hipótesis sobre los principios rectores de la política social y económica”, en *Revista de Estudios Políticos*, nº 56, 1987, p. 103; JIMÉNEZ CAMPO, J., *Derechos fundamentales. Concepto y garantías*, Trotta, Madrid, 1999, p. 124; PRADA FERNÁNDEZ DE SANMANEO, “Revisión de los principios”, p. 289; y PÉREZ ROYO, *Curso de derecho constitucional*, p. 182. Para algunas sentencias del Tribunal Constitucional en este sentido puede revisarse DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI, T., “El régimen jurídico de los derechos sociales estatutarios. Reflexiones tras la STC 247/2007, de 12 de diciembre”, *RGDC*, 5, 2008, p. 4.

Conviene advertir aquí que el hecho de que el principio de protección al consumidor no se pueda alegar ante la jurisdicción ordinaria sin la intermediación de una norma legal que la desarrolle no se sigue que no pueda ser alegado de ninguna manera; como ha señalado PRADA FERNÁNDEZ DE SANMANEO (“Revisión de los principios”, pp. 289-290) será posible la apelación subsidiaria ante el Tribunal Constitucional.

⁸² ARCE Y FLÓREZ-VALDÉS, J., *Los principios generales del Derecho y su formación constitucional*, Civitas, Madrid, 1990, p. 55.

⁸³ Tomo esta crítica de PEINADO GRACIA, J.I., “El derecho a la protección de los consumidores”, en AA.VV, *Comentario a la Constitución socio-económica de España*, Editorial Comares, Granada, 2002, p. 1893.

Pues bien, quizás lo más sensato sea dejar de lado la idea según la cual el artículo 51.2 CE confiere a los consumidores un derecho a la información y plantear de una forma diversa su contenido.

Lo que hace el precepto constitucional es ordenar a los poderes públicos que promuevan la información del consumidor, la pregunta que conviene formularse es cómo deben hacerlo. En su comentario del artículo 51 CE, CAZORLA señala que la actividad de promoción puede llevarse a través de dos cauces, a los que denomina: promoción directa y promoción normativa.⁸⁴ La primera de ellas tiene lugar cuando los poderes públicos informan acerca de los datos que tienen en su poder.⁸⁵ En la segunda, los poderes públicos no suministran ellos mismos la información, "sino que promueven, en el ejercicio de sus competencias, las oportunas normas que impongan tal deber a los sujetos privados que intervienen en el uso y el consumo".⁸⁶ Esta segunda forma de promoción es la que interesa examinar aquí. Lo que hace el mandato constitucional es sentar las bases para una política de protección del consumidor que preste especial atención a su información. Dicha política justifica la imposición, a través de normas legales, de deberes de información a los empresarios.

⁸⁴ CAZORLA, L. "Comentario artículo 51", en Garrido Falla, F., *Comentarios a la Constitución*, Civitas, Madrid, 1985, pp. 869-871.

⁸⁵ Así se advierte con toda claridad, por ejemplo, en el artículo 17 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios y otras Leyes Complementarias (TRLGDCU) según el cual:

"1. Los poderes públicos, en el ámbito de sus respectivas competencias, fomentarán la formación y educación de los consumidores y usuarios, asegurarán que estos dispongan de la información precisa para el eficaz ejercicio de sus derechos y velarán para que se les preste la información comprensible sobre el adecuado uso y consumo de los bienes y servicios puestos a su disposición en el mercado.

2. Los medios de comunicación social de titularidad pública estatal dedicarán espacios y programas, no publicitarios, a la información y educación de los consumidores y usuarios. En tales espacios y programas, de acuerdo con su contenido y finalidad, se facilitará el acceso o participación de las asociaciones de consumidores y usuarios representativas y los demás grupos o sectores interesados, en la forma que se acuerde con dichos medios".

⁸⁶ *Ibíd.*, p. 869.

Esa parece ser la mejor lectura del precepto constitucional. A su abrigo es posible advertir que no parecen existir dudas en la doctrina que, en tanto principio rector de la política social y económica, la protección del consumidor debe ser desarrollado por la legislación ordinaria. Una mirada a la legislación ordinaria muestra que, tratándose de la imposición de deberes de información, este desarrollo ha sido particularmente exuberante.⁸⁷ Posteriormente, me detendré sobre algunos de los principales desarrollos.⁸⁸ En lo inmediato me interesa decir algunas palabras sobre la relación que existe entre el suministro de información como técnica de protección de la parte más débil y los deberes precontractuales de información como una de las manifestaciones de esa técnica.

3. INFORMACIÓN Y DEBERES PRECONTRACTUALES DE INFORMACIÓN

Tanto en el ámbito comunitario como en el español, parece existir una tendencia a preferir la imposición de deberes precontractuales de información como técnica de protección de la parte más débil en la negociación de un contrato.⁸⁹ Una mirada a estos dos ámbitos permite precisar esta afirmación en dos sentidos. El primero de ellos lleva a distinguir según quién proporcione la información, el segundo sentido aconseja prestar atención al interés protegido.

⁸⁷ Para ejemplos de esa exuberancia legislativa puede consultarse PÉREZ GARCÍA, *La información*, pp. 385-404; GÓMEZ CALLE, *Los deberes precontractuales*, pp. 83-86; TORRES LANA, J. A., "Derecho a la información y protección de los consumidores", *Aranzadi Civil*, t. I, vol. III, 1996, pp. 71-73; LETE ACHIRICA, J., *El contrato de multipropiedad y la protección de los consumidores*, CEDECS Editorial, Barcelona, 1997, pp. 138-153; GONZÁLEZ GOZALO, A., *La formación del contrato tras la ley de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico*, Comares, Granada, 2004, pp. 172-194; y CALLEJO RODRÍGUEZ, "El deber precontractual", pp. 9-63.

⁸⁸ Ver pp. 189-241.

⁸⁹ Ver pp. 162-173.

En el primer sentido, al menos para el derecho español, no parece correcto hablar de un "derecho a la información" derivado del artículo 51.2 CE, lo que se establece en dicho precepto es un mandato para los órganos públicos: promover la información del consumidor.

En términos de deberes precontractuales de información no interesa lo que se ha denominado "promoción directa" (es decir la provisión de información directamente por órganos del Estado), sino la normativa (es decir cuando dicha provisión se impone a través de actos legislativos a particulares).⁹⁰

En un segundo sentido es posible precisar los deberes precontractuales de información distinguiendo cuál es el interés protegido. Desde luego, en términos muy generales, dicho interés es la protección de la libertad contractual del consumidor. Sin embargo, cuando se mira con mayor atención a las reglas jurídicas es posible detectar, al menos otros dos intereses: el interés de conservación y la protección del mercado, será útil detenerse brevemente sobre cada uno de ellos.

a. El interés de conservación

Existen ciertos supuestos en los cuales la finalidad con la que se impone el suministro de información no es exactamente la protección de la libertad contractual, sino la protección de la persona que adquiere el bien o servicio y de sus bienes. Un par de ejemplos servirán para mostrar la preeminencia de la protección del interés de conservación.

El primero de ellos se encuentra en la STS de 29 de mayo de 1993⁹¹ y se refiere a un caso en el que una persona utilizó benceno nitración como detergente en las proximidades de un fuego, resultando dañada. El etiquetado del producto no contenía la mención "no apto para el uso

⁹⁰ Ver pp. 172-173.

⁹¹ RJ 1993,4052, pte. Excmo. Sr. D. P. González Poveda. Con comentario de BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *CCJC*, 32, 1993, pp. 673-681).

doméstico” y, por lo mismo el TS consideró que no se informaba suficientemente acerca de este riesgo.

En el segundo ejemplo se trata de la explosión de una bombona de gas butano frente a la cual, la Audiencia de Bilbao consideró que ni el productor ni el distribuidor de las bombonas habían logrado acreditar que en el producto existiera información que alertara en términos patentes y claros sobre los riesgos de la manipulación del producto que entrañen un uso incorrecto del mismo.⁹²

En ambos ejemplos, la información que se dejó de suministrar no se refiere, exactamente, a la satisfacción del interés contractual, es probable que la voluntad de adquirir un determinado líquido inflamable (por ejemplo, con fines de limpieza o desinfección) o una bombona de gas butano, no se vea afectada por el conocimiento del consumidor respecto de que el líquido no se deba aproximar la fuego o la bombona no se pueda manipular de ciertas maneras (por ejemplo mediante presiones e incisiones en la válvula). Lo que está en juego –la finalidad de la información- es la protección de la persona y bienes del adquirente del bien o servicio. Este interés es el que suelen proteger las reglas que exigen suministrar información sobre los riesgos del uso o consumo de bienes y servicios. Así, por ejemplo, se ha sugerido que las normas de protección del consumidor que exigen suministrar información sobre bienes y servicios de cuyo uso o consumo se pueda derivar un riesgo para el consumidor o usuario constituyen: “una medida preventiva de la integridad de la salud y seguridad de los consumidores y usuarios”.⁹³

⁹² Ver REYES LÓPEZ, M.ª, PUERTES MARTÍ, A., ESTRUCH ESTRUCH, J. y MONTÉS RODRÍGUEZ, P., *Jurisprudencia en materia de protección de consumidores y usuarios*, Ediritorial Práctica de Derecho, Valencia, 1995, pp. 559-561.

⁹³ NAVARRO MUNUERA, A., “Comentario artículo 3”, en Bercovitz Rodríguez-Cano, R. y Salas Hernández, J., *Comentarios a la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios*, Civitas, Madrid, 1992, p. 90.

b. La protección del mercado

Existe, según se ha visto, una conexión entre las normas que se utilizan para favorecer la libre competencia y aquellas que se emplean para proteger a los consumidores a través del suministro de información.⁹⁴ La razón es bastante evidente. Tanto la competencia como la libertad de contratación requieren del consentimiento informado de los contratantes. Para que un consumidor pueda discriminar entre diversos empresarios es necesario que disponga de información suficiente sobre lo que cada uno de ellos ofrece. El mismo requisito debe satisfacerse para la adecuada protección de su interés contractual.

Estas consideraciones determinaron que las primeras aproximaciones a la protección del consumidor, durante la década de los sesenta y setenta del siglo pasado se considerase que la adecuada protección de los consumidores podía conseguirse aligerando las imperfecciones que impedían la libre competencia, específicamente las asimetrías informativas.⁹⁵

Actualmente, a teoría económica se ha vuelto más compleja y, en lo que se refiere al suministro de información, se han incorporado nuevas variables, como el tipo de bien de que se trata (de búsqueda, de experiencia o de confianza [*credence*])⁹⁶; el potencial que tiene cierta información para ocultar otra⁹⁷, o la mayor importancia de proporcionarle

⁹⁴ Ver pp. 167-168.

⁹⁵ Ver HADFIELD, et al., "Information-Based Principles", pp. 133-134.

⁹⁶ Un bien de búsqueda se caracteriza porque sus cualidades pueden ser conocidas antes de adquirirlo (por ejemplo, una revista); con un bien de experiencia, las cualidades se conocen, únicamente, después de utilizarlo (por ejemplo, una crema cicatrizante); finalmente, un bien de confianza las cualidades no están claras ni siquiera después de utilizarlo (por ejemplo, los servicios de un abogado).

⁹⁷ A este respecto CRASWELL ("Taking Information Seriously: Misrepresentation and Nondisclosure in Contract Law and Elsewhere, *Va. L. Rev.*, vol. 92, 2006, pp. 583-584), quien señala que:

"increasing the prominence of some required disclosure might (a) increase buyer's understanding or recall of the information being

al consumidor información sobre su propia conducta.⁹⁸ La idea de que basta un mercado suficientemente competitivo para proteger al consumidor ya no parece suficiente. Sin embargo, esto no obsta a que, tratándose de ciertas reglas –específicamente las de publicidad- uno de los intereses que se desea proteger con mayor intensidad sea la transparencia del mercado en términos de que permita la libre competencia.⁹⁹

c. El ámbito de los deberes precontractuales de información

Tal y como lo he venido fijando, el ámbito de los deberes precontractuales de información queda determinado por dos exclusiones.

En primer lugar, no interesa la información que suministran los órganos públicos en mandato del artículo 51.2 CE. En segundo lugar, se excluyen las normas jurídicas que, de manera predominante, protegen intereses jurídicos diversos de la libertad contractual. Así sucede con aquellas normas que ordenan el suministro de información como una medida de protección para la persona y bienes del adquirente. En segundo lugar, no se consideran aquellos preceptos cuyo diseño aspira, más bien, a garantizar la transparencia del mercado, siguiendo, en esto último, una opinión que parece asentada en la doctrina española.¹⁰⁰

disclosed, while simultaneously (b) reducing their understanding or recall of other truthful information contained in the advertisement”.

⁹⁸ Ver BAR-GILL, O., “The Behavioral Economics of Consumer Contracts”, en *Minn. L. Rev.*, vol. 92, 2008, pp. 749-801.

⁹⁹ Ver, por ejemplo, MARTÍN GARCÍA, M^a., *La publicidad, su incidencia en la contratación*, Dykinson, Madrid, 2002, pp. 233-266, quien señala:

“la publicidad (siempre desde el punto de vista del principio de la leal competencia), se entiende como un instrumento favorecedor de la lícita concurrencia en el mercado, quedando sujeta a las leyes, principios y normas que sancionan la competencia desleal” (*Ibíd.* p. 236)

¹⁰⁰ Así, por ejemplo, ORTÍ VALLEJO (“Comentario artículo 13”, pp. 409-410) ha considerado que existen cinco diferencias entre el deber precontractual de

Antes de seguir adelante, me interesa evitar un malentendido. Cuando afirmo que hay normas se encuentran orientadas hacia la protección de diversos intereses jurídicos no quiero afirmar que se encuentran *exclusivamente* orientadas hacia la protección de *un* determinado interés; lo que quiero señalar es, simplemente que uno de los intereses en juego es el predominante. Así, por ejemplo, en las normas sobre publicidad y etiquetamiento, en la medida que no suponen un contrato, parece evidente que el interés predominantemente protegido no es la libertad contractual; igualmente, en las disposiciones generales del Capítulo I del Título I del Libro segundo del Texto Refundido de la Ley para la Defensa de los Consumidores y Usuarios –bajo el epígrafe “Información previa al

información y la publicidad. La primera de ellas se refiere al contenido y finalidad de la información objeto del deber precontractual y aquella objeto de la publicidad (la primera se dirige a garantizar un consentimiento reflexivo y claro del contratante, la segunda tiene por finalidad promover la contratación). La segunda diferencia se relaciona con el requisito de la objetividad de la información, que se exige en el caso del deber precontractual y no se exige, no en los mismos términos al menos, tratándose de información publicitaria. La tercera diferencia se refiere a la naturaleza jurídica. Mientras que la información objeto del deber implica un mandato para el empresario, la información que se transmite a través de la publicidad corresponde a una decisión del empresario. La cuarta diferencia se relaciona con los destinatarios. Tratándose de la publicidad el destinatario es el público en general, en el caso de la información objeto del deber regulado por el TRLGDCU, los destinatarios son los consumidores y usuarios. Finalmente, la quinta diferencia radica en el ámbito de protección, el deber precontractual de información se estructura como una medida de protección a los consumidores y usuarios, tratándose de la publicidad, se suma como bien jurídico la protección de la competencia.

Sobre las diferencias puede consultarse, además, MARTÍN GARCÍA, *La publicidad*, 2002, pp. 36-40.

Con todo, algunos aspectos de la regulación de la publicidad resultan extremadamente interesantes a efectos de los deberes precontractuales de información. Así, por ejemplo, el concepto de publicidad engañosa por omisión (sobre esto puede consultarse MARTÍN GARCÍA, *La publicidad*, pp. 69-72), o bien en relación al dolo bueno (sobre esto puede consultarse *Ibid.*, pp. 100-110), o los problemas relacionados con la integración de los contenidos de la publicidad a la regla contractual (sobre esto puede consultarse MORALES MORENO, A. M., “Información publicitaria y protección del consumidor (reflexiones sobre el art. 8º de la LGCU)”, en *Id.*, *La modernización del derecho de obligaciones*, Thomson Civitas, Madrid, 2006, pp. 221-287). Sin embargo, en el marco de este trabajo convendrá más bien tratar estos temas fragmentariamente ahí donde presten utilidad.

contrato-, parece bastante obvio que el interés que, predominantemente, busca tutelarse es la libertad de decisión del consumidor y usuario.¹⁰¹

B. LAS VENTAJAS Y LÍMITES DE LOS DEBERES PRECONTRACTUALES DE INFORMACIÓN.

Usualmente se destacan las ventajas de los deberes contractuales de información como técnicas de protección al consumidor. A ellas, sin embargo, deben añadirse sus limitaciones. En ese orden las expongo.

1. VENTAJAS

En las relaciones contractuales caracterizadas por la desigualdad entre las partes, como sucede en la contratación con consumidores, existen, en términos muy generales, dos técnicas de protección de la parte más débil. La primera de ellas consiste en el establecimiento de reglas que prohíben ciertas prácticas. La segunda es a través de la imposición de normas que sujetan la legitimidad de las prácticas a ciertos requisitos, en lo que interesa aquí, al suministro de una determinada información que se exige proporcionar a una de las partes.¹⁰²

Esta segunda forma –la imposición de deberes precontractuales de información- suele preferirse por dos razones. La primera de ellas es que constituye la forma más suave de intervencionismo legal.¹⁰³ Comparada con otras formas de regulación –particularmente con la prohibición de

¹⁰¹ Ver p. 195.

¹⁰² Tomo esta idea de GRUNDMANN, S., KERBER, W. y WEATHERHILL, S., "Party Autonomy and the Role of Information – an Overview", en Id. (edits.), *Party Autonomy and the Role of Information in the Internal Market*, De Gruyter, Berlín, 2001, pp. 17-20.

¹⁰³ Ver HOWELLS, "The Potential and Limits", p., 356; ZIMMERMANN, *El nuevo derecho alemán*, p. 246, y BAR-GILL, "Informing Consumers", p. 63.

ciertas prácticas-, resulta más compatible con una economía de libre mercado, en la que se espera que la intervención del Estado sea tan discreta como resulte posible y, al menos actualmente. Por lo demás, al ser más compatible con los requisitos de una economía de libre mercado, resulta políticamente más factible su imposición.¹⁰⁴

La segunda razón que aconseja preferir la imposición de deberes precontractuales de información es que contribuye a aligerar una de las fallas de mercado más ubicua: las asimetrías informativas, favoreciendo de esta manera el uso de la autonomía privada en la contratación. Conviene detenerse por un momento aquí. Ciertamente puede sonar algo paradójico afirmar que imponer deberes a una parte durante la negociación de un contrato favorece la autonomía privada, porque, en principio, la imposición de cualquier deber constituye una intromisión no consentida, lesionando la libertad de las partes. Sin embargo, como parte de la doctrina alemana se ha encargado de advertir, el propósito de algunas limitaciones a la libertad de las partes es, precisamente, favorecer la libertad de contratación de los consumidores.¹⁰⁵ La imposición de deberes precontractuales de información al empresario no restringe la libertad de contratación del consumidor en la medida que no le impide participar en determinados negocios, y la favorece, en la medida que le facilita tomar decisiones en forma más libre. Haciéndolo, además, responsable por sus decisiones.¹⁰⁶

¹⁰⁴ Ver BAR-GILL, "Informing Consumers", p. 3.

¹⁰⁵ Sobre esto ver RIESENHUBER, K., "Party Autonomy and Information in the Sales Directive", en Grundmann, et al., *Party Autonomy and the Role of Information in the Internal Market*, De Gruyter, Berlín, 2001, pp. 348-370.

¹⁰⁶ *Ibid.*, p. 368. En el mismo sentido ZIMMERMANN (*El Nuevo derecho alemán*, p. 246) ha señalado que: "[l]a imposición de deberes de información (...) [n]o interfiere en el principio *pacta sunt servanda*, sino que trata de garantizar bases sólidas en la decisión de ambas partes de llegar a un acuerdo".

2. LIMITACIONES

En tanto técnica de protección de la parte más débil en ciertas relaciones contractuales, la imposición de deberes precontractuales posee dos tipos de limitaciones. Las primeras, de orden fáctico, se relacionan con un problema de costos y de racionalidad imperfecta. Las segundas limitaciones, esta vez de orden normativo, se explican por la idea de que, en el tráfico jurídico, cada persona debe comportarse de manera diligente. En ese orden presento las limitaciones

a. Limitaciones fácticas

Las limitaciones fácticas pueden exponerse en términos de costos y de racionalidad imperfecta.

(i) Los costos (informarse para informar)

La primera limitación se refiere a los costos que supone una política de imposición de deberes precontractuales de información para la parte a quien se le imponen.¹⁰⁷ Desde luego, si el costo consiste únicamente en transmitir información que ya se posee, el obstáculo a la imposición de deberes precontractuales de información es muy modesto. Pero, las reglas jurídicas que, por ejemplo, imponen deberes de información a los empresarios, no se limitan a exigirles que comuniquen información de la que disponen, sino que, además, les imponen un deber de "informarse para informar". Así, por ejemplo, el artículo 5 de la Directiva 2001/95/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 3 de diciembre de 2001 relativa a la seguridad general de los productos, exige a los productores proporcionar a los consumidores información adecuada que les permita

¹⁰⁷ Ver BAR-GILL, "Protecting Consumers", p. 63.

evaluar los riesgos inherentes a un producto. Asimismo, exige al productor mantenerse informado acerca de dichos riesgos. Es decir, el productor no solamente debe transmitir información que posee, sino que, además, debe invertir en mantenerse informado.

Un segundo ejemplo, esta vez, propio del ámbito español se encuentra en los hechos que originaron la STS de 2 de febrero de 2006¹⁰⁸ contribuirán a ilustrar el punto. Se trata de una demanda contra una agencia de viajes que omitió informar a uno de sus clientes que había contratado un viaje a Egipto, de los comunicados públicos de una organización terrorista a propósito de los cuales la Secretaría General de Turismo había remitido a la Federación Española de Agencias de Viaje y a la Asociación Empresarial de Agencias de Viaje una carta en la que recomendaba que los turistas se abstuvieran de desplazamientos por superficie (barco, tren o automóvil) desde el límite sur de El Cairo hasta Luxor. La agencia de viajes no informó de ello al demandante y mientras este viajaba en autobús por la zona indicada, el vehículo fue ametrallado por una banda de terroristas. Como consecuencia del atentado, el hijo del demandante murió y él y su mujer resultaron heridos. En lo que es relevante aquí, el TS sostuvo que a la agencia de viajes "le incumbía un específico deber profesional de conocer cuál era la situación del país de destino y cuál el riesgo que implicaba para su cliente, pues sólo así podía informar a éste, incumpliendo ese deber de informarse e informar a su cliente".¹⁰⁹

(ii) Racionalidad imperfecta

Probablemente los costos no sean la principal limitación fáctica de los deberes precontractuales de información, después de todo, dichos costos deben ser comparados con los que irrogan otras técnicas de protección

¹⁰⁸ RJ 2006,2694, pte. Excmo Sr. J.A. Seijas Quintana.

¹⁰⁹ *Ibíd.*, FD 9.

como la prohibición de ciertas cláusulas o la imposición de otras. Mucho más determinantes, en tanto limitaciones fácticas- son los problemas asociados a racionalidad imperfecta. Como ha sugerido ZIMMERMANN respecto de la imposición de deberes precontractuales de información:

“En principio, la idea es excelente. Sin embargo, al mismo tiempo, se aprecian vagas reminiscencias de algunos de los ideales utópicos de la Ilustración. En primer lugar, muchas personas se resisten a cualquier tipo de instrucción forzosa: simplemente, no leen los larguísimos documentos que se les presentan. En segundo lugar, y mucho más importante, la cantidad de información obligatoria que se proyecta sobre el consumidor no siempre comporta un nivel de transparencia deseable: un consumidor al que se le proporciona una sobrecarga de información es tan incapaz de tomar una decisión informada como aquel que no recibe en absoluto ninguna. La imposición de deberes de información al empresario, en otras palabras, no siempre es un remedio que pueda mitigar el déficit de información del consumidor”.¹¹⁰

De esta manera, factores como las capacidades computacionales limitadas de los seres humanos, sus perjuicios, la subestimación de los riesgos o la sobreestimación de sus capacidades¹¹¹, determina que las personas no siempre puedan utilizar adecuadamente la información que se les suministra en la negociación de un contrato

b. Limitaciones normativas

Junto a las limitaciones fácticas existen otras que derivan del diseño del ordenamiento jurídico, específicamente de ciertos principios sobre los que reposa el derecho de contratos.

¹¹⁰ ZIMMERMANN, *El nuevo derecho alemán*, pp. 246-247.

¹¹¹ Ver *supra* nota 50.

Para comprender estas limitaciones, es necesario advertir, en primer lugar, que suele aceptarse que en ciertas relaciones caracterizadas por la desigualdad de las partes en los términos de aquellas consideradas en este capítulo, el principio de que cada parte debe protegerse a sí misma –y, por lo tanto, procurarse su propia información– se invierte. Esto significa que se asume que una parte debe tutelar los intereses de la otra suministrándole información.¹¹² Sin embargo, existe un límite para esta tutela. Como acertadamente han advertido MALAURIE, AYNÈS y STOFFEL-MUNCK la vocación del derecho no ha sido jamás, ni debe llegar a ser, convertir a los agentes jurídicos en incapaces.¹¹³ Por lo mismo si, en los hechos la parte más débil puede, fácilmente conseguir la información, no se ve por qué debería asignársele el deber de proporcionársela a la otra parte.

Esta idea no es, en absoluto ajena a las normas de protección de los consumidores, en las que suele considerarse que un comportamiento negligente de estos redundaría en su perjuicio. Así, por ejemplo, el artículo 2.3 de la Directiva 99/44/CE, que regula la conformidad del bien mueble en el contrato de compraventa, dispone:

“Se considerará que no existe falta de conformidad a efectos del presente artículo si en el momento de la celebración del contrato el consumidor tenía conocimiento de este defecto o no podía fundadamente ignorarlo, o si la falta de conformidad tiene su origen en materiales suministrados por el consumidor”.

En un sentido similar, el artículo 5.1 de la Directiva 2001/95/CE relativa a seguridad de los productos:

“Dentro de los límites de sus respectivas actividades, los productores proporcionarán a los consumidores información adecuada que les permita evaluar los riesgos inherentes a un producto durante su período de utilización normal o razonablemente previsible, cuando éstos no sean

¹¹² Ver *supra* nota 56.

¹¹³ MALAURIE, PH., AYNÈS, L. y STOFFEL-MUNCK, PH., *Les obligations*, 3ª ed., Defrénois, París, 2003, p. 191.

inmediatamente perceptibles sin avisos adecuados, a fin de que puedan precaverse de dichos riesgos”.

Lo que se desprende del artículo 2.3 de la Directiva 99/44/CE es que si el consumidor conocía o debía conocer el defecto, no puede, después, alegar falta de conformidad. Por su parte, el artículo 5.1 de la Directiva 2004/95/CE impone el deber de proporcionar a los consumidores información sobre los riesgos de un producto, salvo que estos sean perceptibles. En ambos preceptos se impone al consumidor un cierto nivel de diligencia para gozar de la protección que le brindan las respectivas Directivas.

Algo similar han considerado los tribunales españoles. Así, por ejemplo, una SAP de La Coruña de 11 de marzo de 2005 sobre un contrato de préstamo al consumo ha resuelto que:

“(…) no puede extenderse la protección al consumidor hasta el punto de considerarlo un incapaz. Ciertamente en los últimos años, y mayoritariamente por imposición de Directivas comunitarias, se ha desarrollado en España una legislación muy proteccionista de los consumidores y usuarios. Pero esta normativa tuitiva no puede llevarse a extremos tales que supongan, en la práctica, privar de derechos civiles a los ciudadanos, convirtiéndolos en auténticos incapaces, hasta el punto de que el otorgamiento de un contrato carezca de todo valor jurídico simplemente porque el consumidor afirme «que no lo leyó», o que no sabía lo que hacía. Esto puede llevar a la defenestración de las relaciones negociales. Son personas mayores de edad, con plenos derechos civiles, y por lo tanto responsables de sus contrataciones. Las normas indicadas tienen la finalidad de exigir mayores garantías a los empresarios y proveedores, no dejarlos inermes ante suministros defectuosos, o que no se abuse de la posición dominante del proveedor.

Pero nunca exonerarlos de lo que pueden ser malos negocios o errores en la toma de decisiones personales”.¹¹⁴

Lo que subyace a las Directivas citadas y a la SAP de la Coruña es una idea central en el derecho de contratos que no debe olvidarse –aunque si matizarse– en las relaciones de consumo y otras similares: los contratantes no deben ser tratados como incapaces, liberándolos de responsabilidad por sus decisiones, esto es lo que suele denominarse el principio de la autorresponsabilidad.¹¹⁵

En términos de deberes precontractuales de información, este principio significa que en aquellas situaciones en las que una parte puede procurarse la información por sí misma no debe imponerse a la otra el deber de proporcionarle dicha información. Con todo, este principio debe matizarse en las relaciones de consumo, pues, como se ha visto, el problema suele ser que la parte más débil no es capaz de procurarse la información. ¿Cómo congeniar, entonces, el principio de la autorresponsabilidad con situaciones típicas de desigualdad como las consideradas en este capítulo?

Mi proposición es la siguiente. Parece aceptarse que el principio en derecho privado es que cada uno de los contratantes debe procurarse su propia información.¹¹⁶ En cambio, ahí donde el legislador ha considerado que las desigualdades entre los contratantes justifican la imposición de un deber precontractual de información, el principio es que el contratante en la posición más débil tiene derecho a que le suministren

¹¹⁴ SAP de La Coruña de 11 de marzo de 2005, FD 4 (AC 2005,2259). Se trata de un consumidor que alega la resolución de un contrato de préstamo –aunque parece justificar la resolución en la presencia de un error– por estar vinculado a uno de enseñanza ya resuelto. El consumidor firmó simultáneamente dos contratos, uno de enseñanza y otro de préstamo cuyo objeto era financiar los servicios de enseñanza. Luego alegó que había cometido un error al firmar el contrato de enseñanza, ignorando que, además, firmaba un contrato de préstamo con una entidad bancaria. El tribunal de apelaciones consideró que el error era inexcusable.

¹¹⁵ Ver pp. 364-367.

¹¹⁶ Ver MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, “Trascendencia del principio”, p. 81.

información.¹¹⁷ Se sigue de ahí, entonces, la siguiente regla: en derecho privado se presume que la ignorancia no es legítima, quien la alegue debe probar su legitimidad. En cambio, cuando se trata de relaciones donde se ha impuesto un deber de informar se presumirá que la ignorancia es legítima y la carga de acreditar la ilegitimidad recae sobre quien debía suministrar la información.

¹¹⁷ Es lo que GÓMEZ SEGADE ("Notas", p. 701) ha denominado la sustitución "[d]el viejo principio del *caveat emptor* por el más progresivo del *caveat venditor*".

III. NORMAS DE PROTECCIÓN

Como ya ha quedado dicho, lo que ordena el artículo 51.2 CE es promover la información de los consumidores.¹¹⁸ Tratándose de un principio rector de la política social y económica, dicha promoción debe ser desarrollada por el legislador.

No es posible, dentro de los márgenes de esta investigación, examinar exhaustivamente las normas jurídicas a través de las cuales el legislador ha desarrollado el mandato constitucional, el análisis, forzosamente, debe ser fragmentario. Es necesario, entonces, seleccionar algunas leyes para su estudio.

En esta selección es necesario tener en cuenta dos cosas. La primera de ellas es que las relaciones contractuales que interesan a este capítulo son aquellas en las que la desigualdad de las partes se explica por la presencia de asimetrías informativas. Lo segundo que debe recordarse es que se trata de relaciones contractuales en las que la técnica dominante para proteger a la parte más débil ha sido el suministro de información.

¹¹⁸ Ver pp. 168-173.

Advertido lo anterior, aparece con toda naturalidad que el principal cuerpo normativo que deba estudiarse sea el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias. En adición a dicho texto, analizo la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y del Comercio Electrónico y la Ley de Derechos de Aprovechamiento por Turno de Bienes Inmuebles. La razón que justifica la inclusión del primer cuerpo normativo radica en la creciente presencia del comercio electrónico y las peculiaridades de la forma en que se perfecciona el contrato, que supone que no solamente se deba informar acerca del contenido del contrato y de los bienes, sino, además, de la forma de celebrarlo. La razón para incorporar la Ley de Derechos de Aprovechamiento por Turno de Bienes Inmuebles –además de su importancia práctica¹¹⁹– es que constituye un magnífico ejemplo de un supuesto en el que el suministro de información se justifica por la complejidad del objeto de la prestación de una de las partes.

Lo que me interesa investigar a propósito de estas normas jurídicas es cómo se utilizan los deberes precontractuales de información para proteger a la parte más débil. Por lo mismo, no se trata de análisis monográficos de los cuerpos normativos, sino más bien de una mirada a aquellos de sus preceptos que establecen deberes precontractuales de información o las limitaciones de estos

A. EL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY GENERAL PARA LA DEFENSA DE LOS CONSUMIDORES Y USUARIOS Y OTRAS LEYES COMPLEMENTARIAS (TRLGDCU)

La Ley 44/2006 de 29 de diciembre, de mejora de la protección de los consumidores y usuarios habilitó al gobierno para refundir en un solo texto la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la defensa de los

¹¹⁹ Señala COSTA RODAL, L. (*Los derechos de aprovechamiento por turno*, Editorial Comares, Granada, 2000, p. 151) que el desarrollo del tiempo compartido en España ha sido explosivo, llegando a convertirse en el segundo país en el mundo en lo que respecta a complejos turísticos ubicados dentro de sus fronteras.

consumidores y usuarios (LGDCU), y las normas de transposición de las directivas comunitarias sobre protección de consumidores y usuarios que incidieran en las materias reguladas por dicha ley, "regularizando, aclarando y armonizando los textos legal es que tengan que ser refundidos".¹²⁰

Una mirada a las reglas del TRLGDCU muestra la importancia de los deberes de información en sede de consumo, tanto si se consideran en su dimensión positiva –deber de entregar cierta información- como si se atiende a su dimensión negativa –deber de abstenerse de entregar información defectuosa.¹²¹

1. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

Para examinar dichos deberes es necesario, en primer lugar realizar algunas consideraciones preliminares respecto a las diversas técnicas de protección que contiene el TRLGDCU, distinguiendo entre (a) ciertas técnicas cuya justificación se encuentra en la racionalidad imperfecta de los consumidores y que, por lo mismo, contribuyen a mostrar las limitaciones de los deberes precontractuales de información como técnicas de protección de los consumidores, y (b) técnicas cuya justificación se encuentra en la falta de información de los consumidores y que, por lo tanto consisten en el suministro de información.

¹²⁰ Exposición de motivos RD-Leg. 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias.

¹²¹ Como ha sugerido CALAIS-AULOY ("L'influence du droit", p. 242. Ver también, GÓMEZ SEGADE, J.A., "Notas", p. 159) a propósito de la información del consumidor, el empresario tiene una obligación negativa que consiste en no engañarlo y una positiva, cuyo objeto es suministrarle información. La obligación positiva se infringe cuando no se entrega la información que se debía. La obligación negativa se infringe cuando el profesional entrega información defectuosa. Algunos ejemplos pueden contribuir a aclarar esto.

a. Más allá de la información

En cuanto técnica de protección de los consumidores el suministro de información presenta ciertas limitaciones frente a las cuales es necesario recurrir a medidas de protección más severas. Así, por ejemplo, veces no es suficiente que se informe al consumidor con toda claridad acerca de la existencia de cláusulas que le resultan abiertamente desventajosas, es necesario prohibir dichas cláusulas. O bien, no es suficiente que, al momento de celebrar el contrato, disponga de toda la información, debe agregarse, luego de la celebración del contrato, un lapso de tiempo para que el consumidor pueda reflexionar acerca de la conveniencia del contrato que ha celebrado.

Las normas del TRLDCU contienen preceptos en ambos sentidos, las primeras a propósito de las condiciones generales y cláusulas abusivas y las segundas respecto del derecho de desistimiento. Una breve mirada a ambas contribuirá a mostrar en qué sentido limitan el alcance de la protección derivada del suministro de información.

(i) Cláusulas abusivas y condiciones generales¹²²

El capítulo II del Título II del Libro II del TRLGDCU regula, en su artículo 82, las cláusulas abusivas utilizando dos técnicas diversas. La primera de ellas es lo que puede denominarse una "cláusula abierta" según la cual se consideran abusivas aquellas cláusulas que, contra las exigencias de la buena fe, causen un desequilibrio importante en perjuicio del consumidor y usuario respecto de los derechos y obligaciones de las partes derivados del contrato. A la segunda técnica puede denominársele "lista negra". Las cláusulas que se encuentran comprendidas ahí son "en todo caso" abusivas" y, por lo tanto nulas. Así, por ejemplo, aquellas cláusulas que "vinculen el contrato a la voluntad del empresario, limiten los derechos

¹²² Sobre esto puede consultarse DE LA MAZA GAZMURI, I., "El control de las cláusulas abusivas y la letra g)", *Revista Chilena de Derecho Privado*, nº 3, 2004, pp. 35-68.

del consumidor y usuario, determinen la falta de reciprocidad en el contrato o impongan al consumidor y usuario garantías desproporcionadas o le impongan indebidamente la carga de la prueba.

Tratándose de la cláusula abierta, dispone el artículo 82.3 TRLGDCU que, para determinar el carácter abusivo de una cláusula deben considerarse “todas las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración”. Es dable suponer que una de las circunstancias determinante es si el consumidor recibió información adecuada sobre la existencia de la cláusula, en términos tales que, si así fue, su carácter abusivo es bastante discutible. Tratándose, en cambio, de la lista negra el suministro de información es irrelevante, la cláusula es abusiva “en todo caso”.

Tratándose de las cláusulas de la lista negra es irrelevante que se hayan informado o cómo se hayan informado, la técnica de protección empleada por el legislador es más severa: la prohibición.

(ii) Derecho de desistimiento

Se ha dicho, célebremente, que la información es el antídoto del error¹²³. Esto es parcialmente correcto, la información no es el único antídoto, el otro es la reflexión.¹²⁴

Una forma de combatir los problemas de racionalidad imperfecta de las personas es asignarles por un periodo determinado el derecho de desistirse del contrato una vez que este ha quedado perfeccionado. Al interior del TRLGDCU se encuentran las reglas generales de esta figura (artículos 68 y 79) y manifestaciones de la misma a propósito de los contratos a distancia (artículos 101-102) y de los contratos celebrados fuera de establecimientos mercantiles (artículos 111-112). La

¹²³ KRONMAN, “Mistake, Disclosure” p. 4.

¹²⁴ Ver TERRE, et al., *Les obligations*, p. 203.

justificación de estas dos manifestaciones se encuentra, según la doctrina, en el déficit de información que experimenta el consumidor toda vez que no puede valorar plenamente si aquello que ha adquirido se corresponde con lo que creía estar adquiriendo al hacer el pedido.¹²⁵

Con todo, ésta no es toda, ni siempre, la justificación del derecho de desistimiento, el problema no necesariamente es la falta de información, eventualmente es la falta de reflexión. Así, por ejemplo, PEGUERA POCH argumenta convincentemente a propósito de los contratos celebrados a distancia que, cuando el objeto del contrato es un servicio, en cuanto comienza su ejecución desaparece la posibilidad de desistir.¹²⁶ Por lo mismo, no parece razonable afirmar que el derecho de desistimiento se confiere al consumidor para determinar si el servicio era lo que deseaba o no, más bien:

“el derecho de desistimiento en el caso de los servicios constituye un margen para que el consumidor pueda reflexionar sobre la oportunidad de haber contratado ese servicio, de haber decidido ese gasto. Se está proporcionando un remedio al déficit de reflexión, a la precipitación en la celebración del contrato”¹²⁷.

Pues bien, considerado de esta manera, el derecho de desistimiento es una medida de protección diversa del suministro de información que no se explica por la falta de información, sino más bien por razones de racionalidad defectuosa y las limitaciones del suministro de información como técnica de protección de los consumidores. Posteriormente mostraré esto a través de uno de los ejemplos más evidentes del

¹²⁵ Ver BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., “Comentarios a los artículos 40 a 48”, en Bercovitz Rodríguez-Cano, R. y Leguina Villa, J. (coords.) *Comentarios a las leyes de ordenación del comercio minorista*, Tecnos, Madrid, 1997, pp. 716-717 y CLEMENTE MEORO, M., “El ejercicio del derecho de desistimiento en los contratos a distancia”, *RdPat*, nº. 16, 2006, pp. 163-164. Para una mirada más escéptica frente a estas razones en ciertos contratos celebrados por medios electrónicos, PEGUERA POCH, M., “En el menú 'opciones', elija 'deshacer': el derecho a desistir del contrato electrónico”, en Cotino Hueso, L. (Coord.), *Consumidores y usuarios ante las nuevas tecnologías*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008 pp. 93-95.

¹²⁶ PEGUERA POCH, M., “En el menú”, p. 95.

¹²⁷ *Ibíd.*, pp. 95-96.

ordenamiento jurídico español: la Ley de Aprovechamiento por Turno de Inmuebles.

b. El suministro de información

La regla más general del TRLGDCU sobre suministro de información se encuentra en su artículo 8, a propósito de los derechos básicos de los consumidores y usuarios, específicamente en su letra d), en la que se dispone que es un derecho básico del consumidor y usuario: “[I]a información correcta sobre los diferentes bienes o servicios y la educación y divulgación para facilitar el conocimiento sobre su adecuado uso, consumo o disfrute.

Este derecho “básico” conecta directamente con el artículo 51.2 CE. Se trata, según se ha sugerido, de derechos que emanan directamente de los principios rectores de la política social y económica.¹²⁸ Por esta razón es comprensible que el capítulo IV del Libro I del TRLGDCU, en su artículo 17 se refiera a la forma en que los poderes públicos, en el ámbito de sus respectivas competencias, asegurarán a los consumidores que dispongan de la información necesaria para el ejercicio de sus derechos

Pues bien, en el desarrollo del precepto constitucional a través del TRLGDCU es posible distinguir normas orientadas, predominantemente, hacia la protección de diversos intereses jurídicos ya señalados: el interés de conservación, la protección del mercado y la libertad de contratación.

¹²⁸ Ver MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C. (“Comentario artículo 2”, en Bercovitz Rodríguez-Cano, R. y Salas Hernández, J., *Comentarios a la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios*, Civitas, Madrid, 1992, p. 48) a propósito del artículo 2 de la LGDCU (actual artículo 8 del TRLGDCU).

(i) *Interés de conservación*

El Capítulo III del Título I del Libro I del TRLGDCU regula la protección y la seguridad de los bienes o servicios puestos en el mercado. Su artículo 12, bajo el epígrafe "Información a los consumidores y usuarios sobre los riesgos de los bienes o servicios".

La función de estas normas es, precisamente, proteger preventivamente la salud y seguridad de los consumidores y usuarios.¹²⁹ Así se desprende, con toda claridad, del artículo 12.2 TRLGDCU, cuyo texto dispone:

"Los productos químicos y todos los artículos que en su composición lleven sustancias clasificadas como peligrosas deberán ir envasados con las debidas garantías de seguridad y llevar de forma visible las oportunas indicaciones que adviertan el riesgo de su manipulación".

La información debe proporcionarse por medios apropiados. Cuáles sean esos medios es, desde luego una cuestión que debe examinarse caso a caso. Con todo, el número uno del artículo 12 establece algunos criterios a considerar al momento de mensurar la adecuación de los medios, así, la naturaleza de los bienes y servicios, sus características, duración y las personas a las que van destinados.

Añade el artículo 12: "conforme a lo previsto en el artículo 18 y normas reglamentarias que resulten de aplicación" La remisión a esta última norma se explica porque ella se disciplina el etiquetado y presentación de los bienes y servicios. Con todo, respecto del contenido de la información, el Capítulo III incluye una norma específica –el artículo 14- que establece las menciones que deben contener los reglamentos reguladores de los distintos productos.¹³⁰

¹²⁹ NAVARRO MUNUERA, "Comentario artículo 3", p. 90.

¹³⁰ Sobre el precepto correspondiente en la LGDCU puede consultarse MALARET I GARCÍA, E., "Comentario artículo 4", en Bercovitz Rodríguez-Cano, R. y Salas Hernández, J., *Comentarios a la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios*, Civitas, Madrid, 1992, pp. 95-107.

(ii) Protección del mercado

La presencia en el TRLGDCU de normas orientadas hacia la protección del mercado es más bien modesta, la razón, como lo advierte su Exposición de motivos es que no se refundió en dicho texto la Ley 34/1998, de 11 de noviembre, General de Publicidad, porque en su ámbito subjetivo de aplicación incluye también las relaciones entre empresarios además de que su contenido se encuentra pendiente de revisión como consecuencia de la aprobación de la Directiva 2005/29/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas con los consumidores en el mercado interior, que debe ser incorporada al ordenamiento jurídico español.

Con todo, el artículo 61 establece una regla de integración de la oferta, promoción y publicidad, según la cual el contrato se entiende integrado con los contenidos de la oferta, promoción o publicidad.¹³¹

(iii) Libertad contractual

El Libro II –Contratos y garantías– en el Capítulo I de su Título I, bajo la rúbrica contratos con los consumidores y usuarios, dedica su artículo 60 a la información previa al contrato. Inmediatamente después. Ésta es la norma general de los deberes precontractuales de información del TRLGDCU. Junto a ella, el artículo 69 regula la obligación de informar sobre la existencia del derecho de desistimiento.

El Capítulo II del Título III de este mismo Libro –Información precontractual y contratos– establece un deber precontractual de información para el empresario en los contratos celebrados a distancia.

¹³¹ Sobre la integración de la publicidad al contrato puede consultarse MORALES MORENO, “Información publicitaria”, pp. 243-245.

Finalmente, el Libro IV, dedica su Capítulo II del Título I a regular la información precontractual y la formalización del contrato cuando se trata de viajes combinados.

Son estas las normas que interesa examinar a continuación, aquellas cuya finalidad predominante se encuentra en la protección del consentimiento¹³² o, si se prefiere, en la protección de la autonomía privada del consumidor.¹³³ De lo que se trata es que la voluntad que se presta en el contrato sea libre y espontánea, es decir, que se forme de una manera consciente, racional y libre.¹³⁴

¹³² Ver, por ejemplo, GHESTIN, *Traité*, p. 614; y GÓMEZ CALLE, *Los deberes precontractuales*, p. 18.

La tutela de la voluntad es, por decirlo así, la puerta de entrada a la discusión acerca del deber de informar. Sólo si uno de los negociantes ignoraba una información que constituía una de las presuposiciones de su declaración de voluntad se presenta la discusión acerca de si la otra debía o no entregarle esa información.

Existe, sin embargo, alguna exageración en la afirmación de PÉREZ GARCÍA (*La información*, p. 76) según la cual “[l]a información tiene por fin exclusivo contribuir a formar un consentimiento contractual más claro y reflexivo”. Es posible detectar otros fines si se atiende a los valores subyacentes a la regulación de los deberes precontractuales de información. Así, por ejemplo, SEFTON-GREEN (“General Introduction”, p. 14) ha identificado como valores subyacentes a la regulación del error, el dolo y los deberes precontractuales de información, además de la protección del consentimiento, la protección de la seguridad de las transacciones, el control de la justicia contractual –tanto procedimental como sustantiva–, la promoción del deber moral de decir la verdad, la protección de la confianza, la imposición o regulación de las expectativas razonables de las partes y la asignación de los riesgos del contrato entre otros.

¹³³ Ver WEATHERHILL, S., “Justifying Limits to Party Autonomy in the Internal Market”, en GRUNDMANN, et al., *Party Autonomy and the Role of Information in the Internal Market*, De Gruyter, Berlín, 2001, p. 180, señalando que las normas que imponen deberes de información tienen como propósito mejorar la autonomía privada (*party autonomy*) del consumidor permitiéndole participar de una forma más informada en la negociación. El mismo autor (loc. cit) justifica este tipo de medidas desde una perspectiva eficientista señalando: “[t]he assumption is that without such intervention the market fails because of informational deficiencies on the part of consumer which generate inefficient choices”.

¹³⁴ Así, por ejemplo, ORTÍ VALLEJO (“Comentario artículo 13”, p. 404), ha afirmado que:

“En cuanto a la finalidad [del derecho de información del consumidor], es unánime la doctrina en considerar que el objetivo de la atribución del

2. DEBERES PRECONTRACTUALES DE INFORMACIÓN

El examen de las reglas sobre deberes precontractuales del TRLGDCU pretende determinar de qué forma se protege a los consumidores y usuarios a través de la imposición de dichos deberes.

Mi opción no es examinar separadamente cada una de las normas que he identificado. Como espero mostrar, resulta más fructífero analizarlas en conjunto. La razón es que los preceptos que contienen deberes precontractuales de información poseen una estructura básica similar, que puede desagregarse en tres partes. De una parte se establece qué información debe suministrarse y, de otra se señalan los requisitos de de la información y, en tercer lugar, se indica la forma en que debe transmitirse la información.

Lo anterior se desprende con toda claridad de la lectura del artículo 60.1 TRLGDCU, un precepto que debe entenderse como una regla general sobre información precontractual¹³⁵ en torno al cual pueden articularse otras normas, del mismo TRLGDCU o de otras leyes, que disciplinen la entrega de información de forma previa a la celebración del contrato.¹³⁶ Según el texto del precepto:

derecho de información del consumidor, no es otro que facilitar que el consentimiento que presta al contratar un producto o servicio haya sido formado clara y reflexivamente”.

¹³⁵ A diferencia de la LGDCU, que trataba en forma conjunta la información contractual y precontractual en su artículo 13.1, el artículo 60 del TRLGDCU se refiere exclusivamente a la información previa al contrato.

No obstante lo anterior, algún autor ha señalado que la información precontractual se encontraría regulada entre los artículos 7 a 9 de la LGDCU (ver PÉREZ GARCÍA, *La información*, p. 179) y que el artículo 13 de la misma ley regularía aquella información que se debe en fase de ejecución del contrato (*Ibíd.*, p. 248). Sin embargo, otros autores, con mejores argumentos en mi opinión han mostrado que el artículo 13 regula tanto supuestos de información contractual como extracontractual (ver ORTÍ VALLEJO, “Comentario artículo 13”, p. 405 y MORENO-LUQUE CASARIEGO, C., “Protección previa a la contratación”, p. 197).

¹³⁶ Así se explica, en mi opinión, el número 2 de este precepto que parece indicar que para determinar la fisonomía de este deber de informar precontractual

“Antes de contratar, el empresario deberá poner a disposición del consumidor y usuario de forma clara, comprensible y adaptada a las circunstancias la información relevante, veraz y suficiente sobre las características esenciales del contrato, en particular sobre sus condiciones jurídicas y económicas, y de los bienes o servicios objeto del mismo.”

El empresario debe (1) poner a disposición del consumidor información sobre el contrato y los bienes o servicios objeto del mismo y (2) la información debe ser veraz y suficiente y (3) debe suministrarse en forma clara, comprensible y adaptada a las circunstancias. Conviene, entonces distinguir entre la información que se debe poner a disposición del consumidor o usuario y la forma de suministrarla. Respecto de la “forma” es necesario formular otra distinción. Como se sabe, la expresión forma puede utilizarse para designar varias cosas distintas, incluyendo requisitos de claridad o bien el medio de expresión a través del cual se plasma el contrato.¹³⁷ Por su parte, cuando se habla de que un deber de informar se ha “formalizado”, se puede estar diciendo o bien que la información debe satisfacer ciertos requisitos (*v. gr.*, claridad, precisión)

“serán relevantes las obligaciones de información sobre bienes o servicios establecidas en esta norma y normas que resulten aplicables”. Así, por ejemplo se articularía el artículo 60 con el artículo 12 TRLGDCU y tratándose de productos o servicios de cuyo uso se desprendan riesgos será evidente, de una parte, que dichos riesgos forman parte de la información que debe entregarse previamente al contrato y que dicha información debe ser, tal y como lo dispone el artículo 60 veraz y suficiente.

Con todo, la cantidad de reglas sobre información precontractual contenidas en los artículos 12, 18 y 60 TRLGDCU y la eventual superposición entre ellas lleva a cuestionar si no hubiera sido más deseable –particularmente porque se trataba, entre otras cosas, de armonizar la regulación- establecer un solo título para la información dentro de las disposiciones preliminares y así evitar, por ejemplo, que tratándose de etiquetado y presentación la información deba ser “veraz, eficaz y suficiente” (artículo 18.2 TRLGDCU) y, cuando se trata de información previa al contrato deba ser “relevante, veraz y suficiente”. O bien, para evitar qué, tratándose de información y etiquetado, se exija que la información se presente de forma “clara y comprensible” y, en el caso de información previa al contrato, se exija presentarla de forma “clara, comprensible y adaptada a las circunstancias”.

¹³⁷ Ver DIEZ-PICAZO, *Fundamentos*, I, pp. 287-288.

o que la información debe ser presentada a través de ciertos medios concretos (v. gr., en papel, soporte duradero).¹³⁸

A continuación examino qué información se debe suministrar, qué requisitos debe cumplir y la forma en que se debe transmitir.

a. La información

Según lo dispuesto en el artículo 60.1 TRLGDCU el contenido de la información recae sobre las características esenciales del contrato y de los bienes o servicios objeto del mismo.

El artículo 60.2 TRLGDCU detalla en un doble sentido qué información sobre las características esenciales del contrato y de los bienes y servicios debe considerarse relevante. En primer lugar, indica que “serán relevantes las obligaciones de información sobre los bienes o servicios establecidos en esta norma y normas que resulten de aplicación.” De aquí se sigue que debe considerarse como información relevante aquella precisada por otras disposiciones del TRLGDCU¹³⁹ y por otras leyes que resulten pertinentes a estos efectos.¹⁴⁰

En segundo lugar, el artículo 60.2 establece su propio listado de información que debe suministrarse, a saber:

¹³⁸ Ver ARROYO I AMAYUELAS, E., “¿Qué es *forma* en el derecho contractual comunitario de consumo?”, *ADC*, 61-2, 2008, pp. 534-535.

¹³⁹ Así, por ejemplo, sería relevante la información consignada en los artículos 12, 18.2, 69, 97.1, y 152 del TRLGDCU.

¹⁴⁰ Entre otras –y por las razones provistas en la exposición de motivos– quedan fuera del texto del TRLGDCU la Ley 7/1995, de 23 de marzo, de crédito al consumo; la Ley 22/2007, de 11 de julio sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a consumidores; la Ley 42/1998 de 15 diciembre, sobre derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico y normas tributarias. Todas ellas contienen disposiciones que imponen al empresario deberes de informar a la otra parte que, si se trata de un consumidor, entonces dichos preceptos deben complementarse con el artículo 60.1.

- a) Nombre, razón social y domicilio completo del responsable de la oferta contractual y, en su caso, el nombre, razón social y la dirección completa del comerciante por cuya cuenta actúa.
- b) Precio completo, incluidos los impuestos, o presupuesto, en su caso. En toda información al consumidor sobre el precio de los bienes o servicios, incluida la publicidad, se informará del precio final completo, desglosando, en su caso, el importe de los incrementos o descuentos que sean de aplicación, de los gastos que se repercutan al consumidor y usuario y de los gastos adicionales por servicios accesorios, financiación u otras condiciones de pago similares.
- c) Fecha de entrega, ejecución del contrato y duración.
- d) Procedimiento de que dispone el consumidor para poner fin al contrato.
- e) Garantías ofrecidas.
- f) Lengua o lenguas en las que podrá formalizarse el contrato, cuando ésta no sea la lengua en la que se le ha ofrecido la información previa a la contratación.
- g) Existencia del derecho de desistimiento del contrato que pueda corresponder al consumidor y usuario, el plazo y la forma de ejercitarlo.

(i) Sobrecarga de información

Los listados que detallan la información que el empresario debe suministrar al consumidor constituyen una técnica frecuente, tanto a nivel comunitario como en el derecho español. Así, por ejemplo, en las Directivas es frecuente encontrar extensos listados que establecen en forma extremadamente detallada la información que debe suministrar el empresario.¹⁴¹ En el ámbito español, un ejemplo de la presencia de estos

¹⁴¹ Un ejemplo, especialmente evidente del nivel de detalle que se puede alcanzar se encuentra en el artículo 3 de la Directiva 2002/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002, relativa a la

comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores cuyo texto, en lo pertinente, dispone:

Artículo 3: Información del consumidor previa a la celebración de un contrato a distancia

1. Con la debida antelación y antes de que el consumidor asuma cualquier obligación en virtud de un contrato a distancia o de una oferta, éste deberá recibir la siguiente información

relativa a:

1) el proveedor

a) la identidad y actividad principal del proveedor, la dirección geográfica en que el

proveedor esté establecido y cualquier otra dirección geográfica que proceda para las relaciones del consumidor con el proveedor;

b) la identidad del representante del proveedor establecido en el Estado miembro de residencia del consumidor y la dirección geográfica que proceda para las relaciones del consumidor con el representante, cuando exista dicho representante;

c) en caso de que las relaciones comerciales del consumidor sean con algún profesional distinto del proveedor, la identidad de dicho profesional, la condición con arreglo a la que actúa respecto al consumidor y la dirección geográfica que proceda para las relaciones del consumidor con el profesional;

d) cuando el proveedor esté inscrito en un registro público mercantil o similar, el registro mercantil en que el proveedor esté inscrito y su número de registro, o medios equivalentes de identificación en dicho registro;

e) si una determinada actividad del proveedor está sujeta a un régimen de autorización, los datos de la correspondiente autoridad de supervisión;

2) el servicio financiero

a) una descripción de las principales características del servicio financiero;

b) el precio total que deba pagar el consumidor al proveedor del servicio financiero, con inclusión de todas las comisiones, cargas y gastos, así como todos los impuestos pagados a través del proveedor o, cuando no pueda indicarse un precio exacto, la base de cálculo que permita al consumidor comprobar el precio;

c) en su caso, una advertencia que indique que el servicio financiero está relacionado con instrumentos que implican riesgos especiales derivados de sus características específicas o de las operaciones que se vayan a ejecutar o cuyo precio depende de fluctuaciones en mercados financieros ajenos al control del proveedor, y cuyos resultados históricos no son indicadores de resultados futuros;

listados se encuentra en los artículos 152 y 154 TRLGDCU, que

- d) la indicación de que puedan existir otros impuestos o gastos que no se paguen a través del proveedor o que no los facture él mismo;
 - e) toda limitación del período durante el cual la información suministrada sea válida;
 - f) las modalidades de pago y de ejecución;
 - g) cualquier coste suplementario específico para el consumidor inherente a la utilización de la técnica de comunicación a distancia, en caso de que se repercuta dicho coste;
- 3) el contrato a distancia:
- a) la existencia o no de derecho de rescisión de conformidad con el artículo 6 y, de existir tal derecho, su duración y las condiciones para ejercerlo, incluida información relativa al importe que el consumidor pueda tener que abonar con arreglo al apartado 1 del artículo 7, así como las consecuencias de la falta de ejercicio de ese derecho;
 - b) la duración contractual mínima, en caso de contratos de prestación de servicios financieros permanentes o periódicos;
 - c) información acerca de cualquier derecho que puedan tener las partes a rescindir el contrato anticipadamente o unilateralmente con arreglo a las condiciones del contrato, incluidas las penalizaciones que pueda imponer el contrato en dicho caso;
 - d) las instrucciones para ejercer el derecho de rescisión, indicando, por ejemplo, a dónde debe dirigirse la notificación de la rescisión;
 - e) el Estado o los Estados miembros en cuya legislación se basa el proveedor para establecer relaciones con el consumidor antes de la celebración del contrato;
 - f) las cláusulas contractuales, si las hubiere, relativas a la ley aplicable al contrato a distancia y/o a la jurisdicción competente para conocer del asunto;
 - g) la lengua o las lenguas en que las condiciones contractuales y la información previa a que se refiere el presente artículo se presentan, y la lengua o lenguas en que el proveedor, con el acuerdo del consumidor, lleva a cabo la comunicación mientras dure el contrato;
- 4) vías de recurso:
- a) si existe o no acceso a procedimientos extrajudiciales de reclamación y recurso para el consumidor que es parte en el contrato, y, de ser así, cómo puede el consumidor tener acceso a ellos;
 - b) la existencia de fondos de garantía u otros mecanismos de indemnización no abarcados por la Directiva 94/19/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de mayo de 1994.

Otro ejemplo especialmente evidente se encuentra en el artículo 5 de la Directiva 2008/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de abril de 2008, relativa a los contratos de crédito al consumo y por la que se deroga la directiva 87/102/CEE del Consejo, bajo la rúbrica "información precontractual" contiene un detallado tratamiento de la información que el prestamista debe suministrar al consumidor antes de la celebración del contrato.

establecen la información que debe suministrar el organizador o detallista al consumidor o usuario.¹⁴²

¹⁴² Artículo 152:

- a) Destinos y medios de transporte, con mención de sus características y clase.
- b) Duración, itinerario y calendario de viaje.
- c) Relación de establecimientos de alojamiento, con indicación de su tipo, situación, categoría o nivel de comodidad y sus principales características, así como su homologación y clasificación turística en aquellos países en los que exista clasificación oficial.
- d) El número de comidas que se vayan a servir y, en su caso, si las bebidas o algún tipo de ellas no estuvieran incluidas en el régimen alimenticio previsto.
- e) La información de índole general sobre las condiciones aplicables a los nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea en materia de pasaportes y de visados, y las formalidades sanitarias necesarias para el viaje y la estancia.
- f) Precio final completo del viaje combinado, incluidos los impuestos, y precio estimado de las excursiones facultativas. En el caso de gastos adicionales correspondientes a los servicios incluidos en el viaje combinado que deba asumir el consumidor y que no se abonen al organizador o detallista, información sobre su existencia y, si se conoce, su importe.
- g) El importe o el porcentaje del precio que deba pagarse en concepto de anticipo sobre el precio total y el calendario para el pago de la parte de precio no cubierta por el anticipo desembolsado, así como las condiciones de financiación que, en su caso, se oferten.
- h) Si para la realización del viaje combinado se necesita un número mínimo de inscripciones y, en tal caso, la fecha límite de información al consumidor y usuario encaso de anulación.
- i) Cláusulas aplicables a posibles responsabilidades, cancelaciones y demás condiciones del viaje.
- j) Nombre y domicilio del organizador del viaje combinado así como, en su caso, de su representación legal en España.
- k) Toda información adicional y adecuada sobre las características del viaje ofertado.

Artículo 154:

- a) El destino o los destinos del viaje.
- b) En caso de fraccionamiento de la estancia, los distintos períodos y sus fechas.
- c) Los medios, características y categorías de los transportes que se vayan a utilizar.

Según señala TWIGG-FLESNER en las conclusiones de un estudio sobre los deberes de información en la Directivas, es necesario considerar si dichos listados de información deben mantenerse o no.¹⁴³ Y sugiere que, o bien

-
- d) Las fechas, horas y lugares de salida y de regreso.
 - e) En caso de que el viaje combinado incluya alojamiento, su situación, su categoría turística y sus principales características, así como su homologación y clasificación turística, en aquellos países en los que exista clasificación oficial, y el número de comidas que se sirvan.
 - f) Número mínimo de personas exigido, en su caso, para la realización del viaje combinado y, en tal supuesto, fecha límite de información al consumidor y usuario en caso de cancelación, que deberá efectuarse con una antelación mínima de diez días a la fecha prevista de iniciación del viaje.
 - g) El itinerario.
 - h) Las visitas, excursiones o demás servicios incluidos en el precio total convenido del viaje combinado.
 - i) El nombre y la dirección del organizador, del detallista y, si procede, del asegurador.
 - j) El precio del viaje combinado, desglosando los gastos de gestión, así como una indicación de toda posible revisión del mismo, ajustado a lo previsto en el artículo 157, y de los posibles derechos e impuestos correspondientes a los servicios contratados, cuando no estén incluidos en el precio del viaje combinado.
 - k) Los gastos de anulación, si los hubiere y puedan calcularse razonablemente de antemano, debidamente desglosados. Si no pudiera calcularse su importe razonablemente de antemano, el hecho de que se podrán repercutir tales gastos, siempre que se hayan producido efectivamente.
 - l) Modalidades de pago del precio y, en su caso, calendario y condiciones de financiación.
 - m) Toda solicitud especial que el consumidor y usuario haya transmitido al organizador o al detallista y que éste haya aceptado.
 - n) La obligación del consumidor y usuario de comunicar todo incumplimiento en la ejecución del contrato, por escrito o en cualquier otra forma en que quede constancia, al organizador o al detallista y, en su caso, al prestador del servicio de que se trate.
 - ñ) El plazo de prescripción de las acciones establecido en el artículo 164, en el que el consumidor y usuario podrá formular sus reclamaciones por la no ejecución o ejecución deficiente del contrato.
 - o) El plazo en que el consumidor y usuario podrá exigir la confirmación de sus reservas.

Un análisis de la mayoría de estos requisitos en GÓMEZ CALLE, E., *El contrato de viaje combinado*, Civitas, Madrid, 1998, pp. 154-158.

¹⁴³ TWIGG-FLESNER, CH., "Information Duties", en Schulte-Nölke, H., Twigg-Flesner, Ch. y Ebers, M. (edits.), *EC Consumer Law Compendium. The Consumer*

pueden ser reemplazados por fórmulas generales o bien ser aligerados de datos que no resultan esenciales. Desde la mirada de este autor el análisis de los deberes de información vigentes en las Directivas muestra que lo que un consumidor, generalmente requiere es información sobre: las principales características del bien o servicio, su precio, incluidos los costos de envío, impuestos y otros costos, los términos y condiciones del contrato, la dirección e identidad del empresario con quien el consumidor celebra la transacción, los derechos y obligaciones de las partes y los procedimientos de desistimiento disponibles.¹⁴⁴

Para evaluar esta opinión es necesario tener presente que la función de los listados es dotar al consumidor de información suficiente para una decisión reflexiva, sin embargo, el problema, como es que un consumidor al que se le proporciona una sobrecarga de información “es tan incapaz de tomar una decisión informada como aquel que no recibe en absoluto ninguna”.¹⁴⁵ La existencia de extensos listados de información es un antídoto a la falta de información, pero se trata de un antídoto que produce efectos colaterales en términos de racionalidad imperfecta, el consumidor no es capaz de procesar adecuadamente la información. Como ha sugerido CRASWELL, el verdadero costo de agregar información no es sólo el de agregar nuevas palabras, sino además, el riesgo de que la información que transportan esas nuevas palabras oculte otra información.¹⁴⁶

Acquis and its transposition in the Member States, Sellier, Munich, 2008, pp. 407-452, p. 452.

¹⁴⁴ *Loc. cit.*

¹⁴⁵ ZIMMERMANN, *El nuevo derecho alemán*, pp. 246-247.

¹⁴⁶ CRASWELL, “Taking Information Seriously”, p. 578.

(ii) Intersticios y buena fe

No obstante la extensión de los listados de información requerida, lo cierto es que el legislador nunca logra encapsular en ellos toda la información relevante sobre el contrato o los bienes y servicios que un consumidor puede necesitar para tomar su decisión de contratar. En este sentido, la tipificación del deber precontractual de información es, inevitablemente, incompleta. Un buen ejemplo de esto se encuentra en la letra k) del artículo 152 TLGDCU. Pese a que el listado de información que debe suministrar el organizador o detallista es extremadamente detallado, dicha letra dispone que, además, debe suministrarse “[t]oda información adicional y adecuada sobre las características del viaje”.¹⁴⁷

Cuál es, exactamente, esa información, es una pregunta a la que el legislador no ha respondido, ni puede responder en forma detallada. El camino para llenar estos intersticios es a través de la buena fe.

A propósito de los contratos de viaje combinado, GÓMEZ CALLE ha señalado que durante su negociación:

“(…) la buena fe obliga a cada uno de los contratantes a procurar al otro la información que, conociendo (o debiendo conocer) él mismo, sea ignorada o conocida erróneamente, de forma excusable, por el otro

¹⁴⁷ Un ejemplo contribuirá a explicar la importancia de la letra k. Se trata de un viaje a Punta Cana, donde la sociedad demandada no informó al consumidor que era previsible que durante la estancia en ese país que se disponía a contratar hubiera un huracán, que, en los hechos hubo y afectó severamente el viaje. En su fundamento de derecho segundo, la SAP de Cantabria de 7 de noviembre de 2007 (AC 2007, 2012), que conoció de este caso, señala:

“Frente a este dado [la previsibilidad de un huracán] surge un primer deber legal, desde luego, y contractual también, cual es el comunicar al cliente, antes de la perfección del contrato, el grave riesgo que acepta, si firma el contrato”.

Resulta curioso que la sentencia se refiera a un deber contractual “antes de la perfección del contrato”, en verdad, se trata de un deber precontractual, no es posible que antes de la celebración del contrato la fuente del deber sea el contrato. Sin, embargo, quizás lo que quería señalarse es que ese tipo de incumplimiento de un deber precontractual puede originar un incumplimiento contractual, en cuyo caso, como es evidente se encuentran disponibles los remedios propios del incumplimiento contractual.

contratante y le resulte precisa para determinar su voluntad comercial".¹⁴⁸

De ahí, desprende la autora que un buen número de las obligaciones de información consagradas por la antigua Ley podían basarse directamente en el principio de buena fe, y señala, algunas páginas más adelante:

"Lo que en estas cuestiones ha hecho el legislador ha sido, por tanto, plasmar positiva y detalladamente algunos de los efectos de la buena fe en materia de deberes de información".¹⁴⁹

Si es correcto que lo que el legislador ha hecho ha sido plasmar positivamente algunos de los efectos de la buena fe en materia de deberes de información –o dicho en otras palabras, concretar sus exigencias a través de la tipificación de deberes precontractuales de información típicos- en los intersticios que ha dejado es labor del juez continuar adelante con las labores de concreción de las exigencias de la buena fe.¹⁵⁰

(iii) Deber de conocimiento

El empresario debe suministrar la información que detallan las normas del TRLGDCU, con independencia de si la conoce o no. La ignorancia del empresario es irrelevante porque, como suele señalarse, el empresario no sólo debe informar, sino que, además, debe informarse para informar.¹⁵¹ Así se desprende también de la STS de 2 de febrero de 2006¹⁵² en la que el Tribunal Supremo, conviene recordarlo, señaló que a

¹⁴⁸ *Ibíd.*, p. 167.

¹⁴⁹ *Ibíd.*, p. 169.

¹⁵⁰ Desarrollo con mayor detención esta idea en el capítulo 2 de la segunda parte.

¹⁵¹ GARCÍA CANTERO G., "Comentario artículos 1.475 a 1.490", p. 650.

¹⁵² Ver *supra* nota 108.

una determinada agencia de viajes le incumbía un específico deber de informarse para luego informar a su cliente.

Quizás más que un deber de informarse para informar lo que se exige al empresario es un deber de conocimiento. Cuando se dispone que debe suministrarse cierta información –por ejemplo “los gastos de entrega y transporte” tratándose de contratos celebrados a distancia según lo dispuesto en la letra c) del artículo 97 TRLGDCU, bajo la rúbrica “Información precontractual- la exigencia implica un deber de conocer la información que debe suministrarse. Al empresario no se le exige únicamente transmitir información de la que ya dispone, sino, además, conocer otra información que debe transmitir.

La distinción entre deber de suministrar información y deber de conocer la información que se ordena suministrar es útil toda vez que la extensión de ambos deberes no es la misma. Aún aquellos autores que defienden la existencia de deberes precontractuales de información en términos muy amplios, son renuentes a imponer con la misma amplitud un deber de conocimiento con idéntica extensión, limitándolo a casos muy específicos, uno de ellos es el de las relaciones de consumo, otro el de algunos profesionales.¹⁵³

b. Los requisitos de la información

Teniendo en cuenta que el interés protegido, predominantemente, por los deberes precontractuales de información es la protección de la libertad contractual y, atendido el hecho de que en las relaciones de consumo es frecuente que la presencia de déficits informativos por parte del consumidor determinados por la complejidad del negocio, o de la prestación, de las circunstancias en las que se celebra, no basta que se

¹⁵³ Ver, por ejemplo, FABRE MAGNAN, *De l'obligation d'information*, p. 192.

suministren los datos requeridos, es necesario, además, que se comuniquen de forma tal que el destinatario pueda comprenderlos.¹⁵⁴

(i) Reglas generales

Dispone el artículo 60.1 TRLGDCU que la información que se suministre al consumidor debe ser relevante, veraz y suficiente. El antecedente de esta norma puede encontrarse en el artículo 13.1 de la LGDCU que disponía como requisitos de la información su veracidad, eficacia y suficiencia.

El precepto de la LGDCU que acaba de mencionarse fue sometido a severas críticas por la doctrina.¹⁵⁵ De una parte, el requisito de veracidad se consideraba redundante.¹⁵⁶ De otra parte, no parecía prestar ninguna

¹⁵⁴ Así, por ejemplo, en las Directivas comunitarias existe un persistente énfasis en los requisitos que debe cumplir la información. El primero de ellos es la claridad de ésta. Así, por ejemplo, como ya se ha visto, el artículo 5 de la Directiva 93/13/CEE exige que las cláusulas estén redactadas de forma clara y precisa. En el Considerando nº 20 de dicha Directiva se lee que las cláusulas “deben redactarse en términos claros y comprensibles, que el consumidor debe contar con la posibilidad real de tener conocimiento de todas las cláusulas”.

El artículo 4.2 de la Directiva 97/7 CEE dispone que la información “deberá facilitarse al consumidor de modo claro y comprensible, mediante cualquier medio adecuado a la técnica de comunicación a distancia utilizada”. Finalmente, ya se ha advertido, el artículo 10.1 de la Directiva 2000/31/CE exige al prestador de servicios que facilite la información mínima requerida de manera clara, comprensible e inequívoca y con anterioridad a que el destinatario del servicio efectúe un pedido.

Para otros ejemplos más pueden consultarse el artículo 3.2. de la Directiva 1990/314/CEE; el art 4.1. de la Directiva 1997/5/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de enero de 1997 relativa a las transferencias transfronterizas; el artículo 4.1 de la Directiva 98/6/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de febrero de 1998 relativa a la protección de los consumidores en materia de indicación de los precios de los productos ofrecidos a los consumidores.

¹⁵⁵ MORENO LUQUE-CASARIEGO (“Protección previa a la contratación”, p. 199) señala que:

“Hay unanimidad en la doctrina al calificar de defectuosa esta norma en lo referente a la enumeración de los requisitos dado el excesivo número de adjetivos utilizados por el legislador, lo cual lleva a notorias reiteraciones en unos casos y ausencias en otros”.

¹⁵⁶ Así, por ejemplo, ORTÍ VALLEJO (“Comentario artículo 13”, p. 411) considera que la veracidad es algo que se presupone pues, en general, existe una interdicción de la falsedad en este ámbito.

utilidad distinguir entre eficacia y suficiencia, pues para ser eficaz, una información debe ser suficiente.¹⁵⁷

La norma del TRLGDCU tampoco parece inmune a estas críticas, comenzando por el requisito de veracidad.¹⁵⁸ Quizás algo similar podría decirse de los requisitos de relevancia y suficiencia. Si se acepta que la información debe ser relevante en el sentido de que permita que la voluntad del consumidor se forme adecuadamente es necesario concluir que debe entregarse toda la información que permita cumplir este objetivo, o dicho de otra manera, que la información debe ser suficiente. Quizás sería preferible una formulación que adjetivara menos la información y pusiera más el énfasis en el resultado que se procura, así, por ejemplo, el artículo 2:201 ACQP, ordena suministrar:

“(...) such material information as the average consumer needs in the given context to take an informed decision on whether to enter into a contract”.¹⁵⁹

Como puede advertirse, en el precepto transcrito el énfasis se encuentra desplazado desde los requisitos de la información (verdadera, suficiente, eficaz, etc.) a la finalidad que ésta debe cumplir, a saber, permitir al

¹⁵⁷ PÉREZ GARCÍA, *La información*, p. 255 y MORENO LUQUE-CASARIEGO (“Protección previa a la contratación”, p. 200).

¹⁵⁸ Con todo, si se incluye la publicidad dentro de la información precontractual, la veracidad estaría plenamente justificada como requisito. Sobre la veracidad como requisito de la publicidad puede consultarse MARTÍN GARCÍA, *La publicidad*, pp. 80-130.

¹⁵⁹ ARROYO I AMAYUELAS (“Los principios de Derecho contractual comunitario”, *ADC*, 61-1, 2008, p. 223) ofrece la siguiente traducción:

“toda la información material que, en el contexto dado, necesita un consumidor medio para tomar una decisión informada acerca de si desea o no concluir el contrato”.

Por su parte, el artículo 2:206 ACQP, bajo la rúbrica *Clarity and form of information* dispone en su número uno: “A duty to provide information imposed on a business is not fulfilled unless the information is clear and precise, and expressed in plain and intelligible language”. Que es traducido (*Ibíd.*, p. 224) de la siguiente manera:

“El deber de información impuesto al profesional no se entiende cumplido, salvo que la información sea clara y precisa y expresada en un lenguaje sencillo e inteligible”.

consumidor, en un contexto determinado, una decisión suficientemente informada acerca de celebrar o no un contrato o en qué términos celebrarlo.

No obstante lo anterior, las críticas a la formulación del artículo 60.1 TRLGDCU no son determinantes. Probablemente exista alguna redundancia, pero, el principal defecto que la doctrina adjudicaba al artículo 13.1 LGDCU no se encontraba en sus redundancias, sino en sus carencias, y la principal de todas se refería a la comprensibilidad de la información; el precepto no exigía, como requisito de la información, que fuera comprensible.¹⁶⁰

La redacción del artículo 60.1 TRLGDCU supone un avance en este sentido. Según este precepto, la información debe ponerse a disposición del consumidor o usuario de forma clara, comprensible y adaptada a las circunstancias. La relevancia de estos requisitos es bastante evidente, la superación de las asimetrías informativas no pasa únicamente por poner a disposición del consumidor la información, sino que exige que dicha información sea utilizable por éste.¹⁶¹

¿Qué significa que la información sea clara, comprensible y adaptada a las circunstancias? Para arrojar alguna luz sobre estos requisitos será útil acudir brevemente a lo que, en materia de cláusulas abusivas contenidas en contratos por adhesión, algún autor ha denominado "regla de transparencia".¹⁶²

El artículo 5.5 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación (LCGC) dispone que: "La redacción de las

¹⁶⁰ Ver, por ejemplo, ORTÍ VALLEJO, "Comentario artículo 13", p. 412.

¹⁶¹ En general se estima que uno de los requisitos que debe satisfacer la información es que sea utilizable por su destinatario. Los otros dos son que sea útil y usada. Ver GÓMEZ SEGADÉ, "Notas", p. 149.

¹⁶² PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., *Las cláusulas abusivas por un defecto de transparencia*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2004, p. 30.

cláusulas generales deberá ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez.” PERTIÑEZ VÍLCHEZ ha sugerido que para fijar el alcance de esta regla es necesario ponerla en relación con el artículo 7 b) de la misma ley, según el cual no quedan incorporadas al contrato aquellas condiciones generales que sean ilegibles, ambiguas, oscuras o incomprensibles.¹⁶³ Señala este autor –en lo que aquí interesa– que la claridad puede vincularse con la legibilidad y la comprensibilidad puede concebirse:

“como la posibilidad de aprehender intelectualmente la regulación contractual contenida en las condiciones generales, sin necesidad de realizar un esfuerzo intelectual extraordinario, ni de consultar a terceros o procurarse ulteriores informaciones”.¹⁶⁴

Pues bien, como sucede con las condiciones generales, tratándose del artículo 60.1 TRLGDCU, la claridad y la comprensibilidad de la información que se suministra al consumidor pueden comprenderse como la posibilidad de acceder a dicha información y aprehenderla sin que esto suponga un esfuerzo desmesurado.

Resta aún referirse al tercer requisito de la información que debe suministrar el empresario al consumidor: su “adaptación a las circunstancias” ¿Qué debe entenderse por esto? No hay, desde luego, una sola respuesta, lo que la norma pretende es, justamente, dejar un espacio de discreción judicial ahí donde no resulta posible enumerar cuáles sean esas circunstancias. Sin embargo, parece evidente que dentro de esas circunstancias será necesario considerar factores como la formación del contrato –libremente negociado o por adhesión–, el nivel de instrucción del consumidor¹⁶⁵, el hecho de que se trate de un contrato

¹⁶³ *Ibíd.*, p. 68.

¹⁶⁴ *Ibíd.*, pp. 68-69.

¹⁶⁵ Esto, desde luego, en la medida que el empresario pueda conocer las capacidades de cada uno de los consumidores con que contrata, en caso contrario, la regla más adecuada parece ser el control abstracto considerando un contratante medio. Sobre esto puede consultarse *Ibíd.*, p. 43.

celebrado a distancia, por medios electrónicos,¹⁶⁶ o si se trata de un producto o servicio arriesgado.

(ii) Reglas especiales

Tanto los contratos celebrados a distancia como el contrato de viaje combinado disponen de normas que disciplinan los requisitos que debe satisfacer la información suministrada por el empresario.

En los contratos de viaje combinado no existe mayor novedad, el artículo 152.1 TRLGDCU exige que la información sea clara, comprensible y precisa. Por su parte, a a propósito de los contratos celebrados a distancia, el artículo 97.1 TRLGDCU dispone que:

“Antes de iniciar el procedimiento de contratación y con la antelación necesaria, el empresario deberá suministrar al consumidor y usuario, de forma veraz y suficiente, la información prevista en el artículo 60 (...)”.

El artículo 40.1 de la ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista, antecesor de esta norma, disponía que se debía suministrar al consumidor información “de forma veraz, eficaz y suficiente”. Como ya ha quedado dicho, para ser eficaz la información debe ser suficiente, de ahí que tiene sentido que el artículo 97.1 TRLGDCU haya eliminado la expresión “eficaz”. Lo que no se explica tan fácilmente es por qué se modifica la fórmula del artículo 60 TRLGDCU – que es la regla general sobre información precontractual-, prescindiendo de la relevancia como requisito de la información. Quizás hubiese sido más prudente en el momento de fijar los requisitos de la información en los contratos a distancia y de viaje combinado realizar una remisión expresa a dicho artículo.

¹⁶⁶ Ver pp. 216-218.

Tratándose de los contratos de viaje combinado, además se exige, en el artículo 97.2 TRLGDCU, que la finalidad comercial de la información sea indudable. Señala ARROYO APARICIO que el motivo de esta exigencia es que el consumidor pueda identificar en forma indubitada que se trata de una propuesta de comercialización directa.¹⁶⁷ El mismo precepto ordena que la información se entregue de un modo claro e inequívoco, por lo que habrá que entender que la información que se proporcione al consumidor debe ser clara e inequívoca.¹⁶⁸

c. La forma de transmisión

El TRLGDCU disciplina la transmisión de información de tres maneras distintas.

En primer lugar, el artículo 60.3 TRLGDCU exige que la información precontractual se facilite al consumidor de forma gratuita. Se trata de un requisito que ya se había introducido en la LGDCU, a través la Ley 44/2006 de 29 de diciembre, de mejora de la protección de los consumidores y usuarios. En cuya exposición de motivos se lee:

“Esta previsión tiene por objeto evitar prácticas lesivas, conforme a las cuales el cumplimiento de las obligaciones legales de los empresarios no sólo suponen costes adicionales a los consumidores, sino una retribución adicional al operador, mediante la utilización de las nuevas tecnologías. Nuevas tecnologías que, por otra parte, permiten la prestación gratuita de la información mínima exigible, conforme ya está previsto en algunos ámbitos de la actividad económica”.

En segundo lugar, el artículo 97.2, a propósito de los contratos celebrados a distancia, presta atención al medio de comunicación que se emplea para transmitir la información. Este precepto toma en cuenta que lo que caracteriza a los contratos celebrados a distancia es que no

¹⁶⁷ ARROYO APARICIO, *Los contratos a distancia*, p. 247.

¹⁶⁸ O clara y comprensible, para utilizar la fórmula del artículo 60.1 TRLGDCU.

se da la presencia simultánea del proveedor y del consumidor. Existe un determinado medio de comunicación (un catálogo, el teléfono, Internet, etc.) que permite a las partes interactuar. Según el precepto mencionado la información que se facilite al consumidor o usuario debe suministrarse a través de una técnica adecuada al medio de comunicación empleado.

En tercer lugar, la manera más evidente en que se manifiesta los requisitos de la forma en que se transfiere la información es el formalismo. Se trata de un fenómeno que no sólo es apreciable en el TRLGDCU, sino que, en general, en el derecho comunitario.¹⁶⁹ En lo que se refiere al TRLGDCU, un conspicuo ejemplo de formalismo tiene lugar a propósito del contrato de viajes combinados. Los datos que deben facilitarse al consumidor o usuario pueden agruparse en tres bloques: los datos que debe contener el programa o folleto informativo a través del

¹⁶⁹ Como ha sugerido VIGNERON-MAGGIO-APRILE (*L'information*, p. 198. En el mismo sentido ARROYO I AMAYUELAS ("¿Qué es *forma*", p.525) señala que "[e]l Derecho comunitario potencia la función informativa de la forma y formaliza todo tipo de informaciones") en sus conclusiones sobre los deberes de información establecidos por las Directivas comunitarias:

"On assiste également à un renforcement du formalisme lié aux informations qui sont transmises avant la conclusion du contrat: la forme écrite ou l'utilisation d'un support durable est requise et des exigences de clarté et de compréhensibilité sont posées".

Conviene ilustrar esto a través de algunos ejemplos sobre manifestaciones de este formalismo, específicamente sobre la exigencia de que la información conste por escrito y que se utilice un soporte duradero.

El artículo 4 de la Directiva 85/577/CE obliga al comerciante a informar por escrito al consumidor de su derecho a rescindir el contrato. El artículo 4 de la Directiva 94/47/CEE dispone que "el contrato se hará obligatoriamente por escrito". El artículo 4.1 de la Directiva 98/6/CE dispone que el precio debe ser legible. El artículo 13.1.a) de la Directiva 2002/92/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de diciembre de 2002, sobre la mediación en los seguros dispone que la información que debe entregarse a los clientes se proporcione "en papel o en otro soporte duradero disponible y accesible para el cliente".

No obstante la amplia aceptación del formalismo a nivel europeo, conviene advertir que, aún cuando todas las Directivas que imponen deberes de información especifican requisitos de forma, no lo hacen de la misma manera, existiendo un cierto grado de incoherencia e inconsistencia en los requisitos de forma (ver TWIGG-FLESNER, "Information Duties", p. 452).

cual se ofrece al público la celebración del contrato, los datos que deben encontrarse en el contrato, y aquellos que deben entregarse antes del comienzo del viaje.¹⁷⁰

Poner a disposición del consumidor el folleto informativo es, como ha señalado la SAP de Vizcaya de 23 de mayo de 2007, la principal obligación del organizador o detallista durante la fase precontractual.¹⁷¹ La información contenida en el programa-oferta es vinculante para el organizador y el detallista¹⁷², salvo un par de excepciones consignadas en el artículo 153 TRLGDCU.¹⁷³ Tanto el folleto informativo como el contrato deben constar por escrito.

d. Las consecuencias de la infracción de los deberes precontractuales de información

Tratándose de la evicción y de los vicios redhibitorios no existe, en el Código civil, una norma que, expresamente, imponga al vendedor un deber precontractual de informar. La presencia de dicho deber puede inducirse a partir de la existencia de ciertas consecuencias jurídicas que se imponen a quien no suministra determinada información. La situación con los deberes precontractuales del TRLGDCU es muy distinta. Como ya resulta claro, el legislador establece directamente los deberes de información, sin embargo, en general, no apareja una consecuencia

¹⁷⁰ *Loc. cit.*

¹⁷¹ JUR 2007,303873, FD. 3.

¹⁷² Se produce, según la SAP de Vizcaya citada en la nota anterior una "integración publicitaria del contrato". Ver, además, GÓMEZ CALLE, *El contrato de viaje combinado*, p. 175.

¹⁷³ En los siguientes términos:

"a) Que los cambios en dicha información se hayan comunicado claramente por escrito al consumidor y usuario antes de la celebración del contrato y tal posibilidad haya sido objeto de expresa mención en el programa oferta.

b) Que se produzcan posteriormente modificaciones, previo acuerdo por escrito entre las partes contratantes".

propia a los casos en que no se observen o incumplan dichos deberes.¹⁷⁴
Por lo mismo, se les aplican los remedios propios del derecho común.¹⁷⁵

¹⁷⁴ Una excepción se presenta respecto del desistimiento. Si el empresario no cumple con sus deberes de información y documentación, el plazo para ejercerlo se amplía hasta tres meses en los términos del artículo 71 TRLGDCU.

¹⁷⁵ Ésta es también una característica de las Directivas comunitarias: carecen de un conjunto consistente de sanciones frente al incumplimiento de los deberes de informar que imponen.

Al respecto se ha afirmado (ACQUIS GROUP: RESEARCH GROUP ON THE EXISTING EC PRIVATE LAW, *Contract I: precontractual obligations, conclusion of contract, unfair terms*, Sellier, European Law Publishers, Munich, 2007, p. 98): “[o]ne of the glaring gaps in all the directives imposing information obligations is a consistent scheme of sanctions for a failure to comply with such an obligation”. (En el mismo sentido WILHELMSSON (“Private Law Remedies against the Breach of Information Requirements”, en Schulze, R., Ebers, M. y Grigoleit, Ch. (edits.) *Informationspflichten und Vertragsschluss im Acquis communautaire*, Mohr Siebeck, Tübinga, 2003, p. 248) ha señalado que resulta difícil extraer del *acquis* principios sobre los remedios de que dispone el consumidor frente al incumplimiento del deber de informar.

La razón que, probablemente, explica esto es que, en general, las Directivas pertinentes no contienen sus propios remedios, sino que requieren a los Estados para que dispongan de medidas adecuadas y efectivas para el cumplimiento de sus disposiciones (ver VIGNERON-MAGGIO-APRILE, *L'information*, p. 355). Con todo, es posible distinguir algunas sanciones –entendidas simplemente como consecuencias desventajosas que impone el legislador a quien debía informar y no lo hizo (para un examen detallado ver *Ibid.*, pp. 354-386)–. La primera –y la más frecuente– es la ampliación del plazo que se concede al consumidor para desistir en aquellos contratos donde se encuentra reconocido el derecho de desistimiento. Así sucede, por ejemplo, en el artículo 5.1 de la Directiva 94/47/CEE; en el artículo 6 de la Directiva 97/7/CEE; y en el 6.1 de la Directiva 2002/65/CE.

Junto a este remedio, WILHELMSSON (“Private Law Remedies”, p. 256) ha señalado, a propósito de la Directiva 99/44/CE, en relación al artículo 35 de la CISG, que es posible establecer una conexión entre la infracción de los deberes precontractuales de información y los remedios derivados de la falta de conformidad. En sus palabras:

“if the goods do not fulfil the requirements of the “fit for normal purposes test” and the “normal quality and consumer expectations” test, the seller is obliged to inform the consumer thereof”.

Siguiendo la opinión de este autor, se puede afirmar que, durante las negociaciones de un contrato, el vendedor debe informar al consumidor acerca de la falta de conformidad de los productos, si no lo hace, comete un ilícito civil en sede precontractual, sin embargo, los remedios disponibles frente a dicho ilícito en la Directiva 99/44 son los propios de la ejecución defectuosa del contrato. Para un análisis más detallado de esto puede consultarse RIESENHUBER, “Party Autonomy”, pp. 348-370.

La pregunta que surge entonces es qué sucede cuando no se suministra la información exigida por el legislador o bien se suministra de forma defectuosa. La respuesta es que depende.

Si aquella información que, en definitiva, no fue conocida por el consumidor es esencial para la formación de su consentimiento será posible alegar error en los términos del artículo 1.266 CC.¹⁷⁶ Con todo, es necesario formular una prevención respecto del error en los contratos de compraventa regulados en el TRLGDCU, en aquellos casos donde el supuesto del error vicio coincide con el de incumplimiento por falta de conformidad. Cuando esto sucede, la pregunta es si el régimen de falta de conformidad del Título V del Libro II del TRLGDCU excluye la posibilidad de alegar el error.¹⁷⁷ Ante esta situación la doctrina más autorizada parece considerar que, aún cuando existen razones que harían deseable la exclusión del error en este caso, no hay bases en el ordenamiento jurídico español como para defenderla.¹⁷⁸

¹⁷⁶ Desde luego no siempre se cumplen las condiciones. La SAP de Córdoba de 14 de diciembre de 1993 (AC 1993,2400) deniega la anulabilidad por error o dolo de un contrato bancario donde no se le había informado a los clientes de la comisión que cobraba el banco por retornar dos letras. En lo que es de interés aquí se consideró que de existir error, atendida la profesión de los demandados –abogado e ingeniero– no era relevante y era inexcusable.

¹⁷⁷ Un supuesto nada de extraño que ha sido considerado en el artículo 3.7 de los Principios UNIDROIT y en el 4:119 de los PECL. En el primero de ellos se establece que debe alegarse el incumplimiento, excluyendo la posibilidad de optar por alegar el error. En el segundo, existe una opción para quien se encuentra legitimado activamente, quien podrá alegar, según prefiera, error o incumplimiento.

¹⁷⁸ Ver MORALES MORENO, A. M., "Adaptación del Código Civil al Derecho europeo: la compraventa", en Id., *La modernización del derecho de obligaciones*, Thomson Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2006, p. 113 y FENOY PICÓN, *El sistema de protección*, p. 187. Ambos autores escriben teniendo en mente la Ley 23/2003, derogada por el TRLGDCU. Uno de los argumentos, referido a la falta de bases en el ordenamiento jurídico español para excluir el error era el texto del artículo 7 LGDCU en la medida que disponía que en la protección de los legítimos intereses de los consumidores y usuarios recibiría aplicación "lo previsto en las normas civiles y mercantiles y en las que regulan el comercio exterior e interior y el régimen de autorización de cada producto" (ver a este respecto *Ibid.*, p. 248). Pues bien, en lo que interesa aquí, dicho artículo es ahora el 19 TRLGDCU, que encabeza el Capítulo V del Libro I, bajo la rúbrica "Principio general". La conclusión de estos autores, al menos en cuanto a la compatibilidad de los remedios derivados de la falta de conformidad y el error vicio debe mantenerse.

Si la información se dejó de suministrar o se suministró defectuosamente con la intención de engañar al consumidor podrá solicitarse la anulación del contrato por dolo.¹⁷⁹

Una tercera posibilidad es considerar que existe incumplimiento del contrato. Así sucede, según ha señalado un comentarista en el supuesto en “que la información precontractual facilitada sobre las características del producto o servicio no se corresponda con la realidad del mismo”.¹⁸⁰ Se trata, como puede verse, de un supuesto de entrega de información defectuosa. Un ejemplo contribuirá a explicar esto. Si en el folleto informativo de un viaje combinado se establece que el alojamiento tendrá lugar en hoteles de una cierta categoría y, en los hechos, la categoría de los hoteles es inferior a la ofrecida, el consumidor tendrá derecho a exigir contractualmente aquello que se le ofreció. ¿Qué sucede, sin embargo, si el problema es que se omite entregar información? Para continuar con el ejemplo propuesto, el problema se presentará si en el folleto informativo se omite una de las menciones que deben informarse: la categoría de los alojamientos ¿Es posible en este caso recurrir a los remedios contractuales?

Alguna parte de la doctrina ha estimado que sí. En este sentido GÓMEZ CALLE ha señalado que:

“Si lo silenciado son características del viaje o de sus prestaciones que lo sitúan por debajo de lo que es habitual en el tipo de viaje o prestaciones

¹⁷⁹ Un ejemplo en el que se cumplen las condiciones del dolo se encuentra en la SAP de Ciudad Real de 14 de Junio de 2006 (AC 2007,365). Se trata de un contrato aprovechamiento por turno de inmuebles cuyo contenido, estimó el tribunal, inducía a error al consumidor en la medida en que de la lectura de sus anexos no era posible determinar con precisión si lo que se estaba adquiriendo era un derecho personal o real. Además de infringir las reglas sobre entrega de información pertinentes, el tribunal consideró que existía, al menos, dolo incidental.

¹⁸⁰ ORTÍ VALLEJO “Comentario artículo 13”, p. 420.

de que se trata, el viajero podrá exigir esas características que normalmente cabe esperar en el producto en cuestión”.¹⁸¹

Esta solución, que la autora plantea respecto del contrato de viaje combinado, queda refrendada, pero, en términos más generales, por el artículo 65 TRLGDCU, según el cual:

“Los contratos con los consumidores se integrarán, en beneficio del consumidor, conforme al principio de buena fe objetiva, también en los supuestos de omisión de información relevante”.

En caso de omisión de información relevante, el contrato se integra conforme al principio de buena fe objetiva. Esto significa que el contenido del contrato no queda entonces determinado solamente por la convención de las partes y las reglas dispositivas pertinentes, sino que también lo está por aquellos términos que se derivan de la buena fe objetiva.¹⁸² De manera que, una vez más con el ejemplo de los viajes combinados, si del folleto informativo se desprende que se trata de un viaje de lujo, las expectativas razonables del consumidor serán que el alojamiento sea en hoteles de máxima categoría, y estas expectativas se integran en el contenido del contrato a través del expediente de la buena fe objetiva, y por lo mismo, podrán ser exigidas contractualmente.¹⁸³ O bien, si corresponde, el consumidor podrá solicitar la resolución del contrato.

¹⁸¹ GÓMEZ CALLE, E., *El contrato de viaje combinado*, p. 176.

¹⁸² Lo cual no es ninguna novedad, sino una consecuencia de lo dispuesto en el artículo 1.258 CC y la “virtualidad integradora del contrato” que le reconoce a la buena fe. Sobre esto ver ROCA GUILLAMON, J., “Comentario artículo 1.258”, en Albaladejo, M. y Díaz Alabart, S., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. XVII, vol. 1.º-A, Edersa, Madrid, 1993, pp. 420-462.

¹⁸³ Respecto de las expectativas razonables, el supuesto contemplado en el artículo 65 TRLGDCU también ha sido considerado en los Principios *Acquis*. En lo que aquí resulta pertinente, su artículo 2:207 (*Remedies for breach of information duties*) dispone en su párrafo 3:

“If a party has failed to comply with its duties under Articles 2:201-2:206, and a contract has been concluded, this contract contains the obligations which the other party could reasonably expect as a consequence of the absence or incorrectness of the information”.

Según los redactores de los Principios *Acquis* (ACQUIS GROUP, *Contract I*, p. 99) las fuentes de este precepto se encontrarían en la Directiva 99/44/CE y en la

En definitiva, no sólo la entrega de información defectuosa permite acudir a los remedios contractuales, también es posible acudir a ellos cuando existe una omisión en el suministro de información debida. De esta manera, volviendo, por última vez, al ejemplo que se ha venido utilizando, hay que concluir que si, en definitiva, no se provee el alojamiento que el consumidor podía razonablemente esperar, habrá incumplimiento de contrato y, según corresponda, el consumidor tendrá derecho, no sólo a exigir el cumplimiento o la resolución del contrato, sino a todos los remedios pertinentes en esta situación.¹⁸⁴

Finalmente, si el incumplimiento le ha causado daños al consumidor, podrá reclamar contractual o extracontractualmente, según corresponda, la indemnización de perjuicios.¹⁸⁵

CISG, en sus respectivas disposiciones acerca de la falta de conformidad. Tratándose de la CISG es especialmente relevante el artículo 35, mientras que en la Directiva mencionada, el precepto a tener en cuenta es el artículo 2.

En el derecho nacional pueden consultarse, en el mismo sentido, el artículo 116 del TRLGDCU. Según dicho precepto, si el empresario omite, por ejemplo, entregar información que indica que los bienes no son aptos para los usos a que ordinariamente se destinan o bien que la calidad y prestaciones del bien son inferiores a las que, fundadamente, puede esperar el consumidor (artículo 116. 1. b) y d) TRLGDCU), existirá falta de conformidad. En otras palabras, la omisión en la entrega de información podrá ser alegada como incumplimiento contractual.

¹⁸⁴ Así, por ejemplo, abandonando el ejemplo de los viajes combinados, si se trata de ventas de bienes de consumo, el consumidor podrá utilizar, según corresponda, el conjunto de remedios que se articula en torno a la falta de conformidad, es decir: reparación del objeto, sustitución del bien objeto del contrato, reducción del precio, resolución del contrato, e indemnización de daños y perjuicios (artículos 118-123 TRLGDCU).

¹⁸⁵ Incluyendo, eventualmente, el pago de daños morales. Así, por ejemplo, la SAP de Barcelona de 18 de julio de 2007 (JUR 2008,16684) donde a propósito de un viaje combinado, la agencia de viajes no informó a los consumidores (una pareja de recién de casados en luna de miel) la necesidad de que la mujer (de nacionalidad peruana) dispusiera de un permiso de residencia. A resultas de la falta de permiso el viaje no se pudo realizar. Los consumidores demandaron la restitución del dinero abonado y 6.000 euros por daño moral. La Audiencia Provincial de Barcelona confirmó la restitución del precio abonado y ordenó el pago de 900 euros a cada demandante en concepto de daño moral.

B. OTROS DEBERES PRECONTRACTUALES DE INFORMACIÓN

Revisadas las disposiciones pertinentes del TRLGDCU, corresponde ahora hacerse cargo, en lo que es de interés a esta investigación, de la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico y de la Ley sobre derechos de Aprovechamiento por Turno de Bienes Inmuebles.

1. LA LEY DE SERVICIOS DE LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN Y DE COMERCIO ELECTRÓNICO (LSSICE)

Para examinar la LSSICE me detengo, en primer lugar en los intereses protegidos, luego en las peculiaridades de la contratación por medios electrónicos y, finalmente, en los deberes precontractuales de información que regula esta ley.

a. Los intereses protegidos

He afirmado que los deberes precontractuales de información protegen, predominantemente, la libertad de contratación de la parte que se encuentra en la posición más desventajosa en la negociación de un contrato. Esto los diferencia de otras normas jurídicas que disciplinan el suministro de información, por ejemplo, las que regulan la publicidad, en las que el interés protegido con mayor intensidad parece ser la transparencia del mercado o bien las normas que regulan el suministro de información sobre los riesgos del consumo o uso de los bienes y servicios, en las que el interés predominantemente protegido parece ser la protección de la persona y bienes del consumidor.

Con todo, esta distinción no debe exagerarse, pues de esa manera se torna artificial. La protección de un interés no necesariamente desplaza a otro. Una mirada a la LSSICE contribuirá a mostrar esto.

En su apartado III, la Exposición de Motivos de La Ley 34/2002 de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico (LSSICE) dispone que:

“Destaca, por otra parte, en la Ley, su afán por proteger los intereses de los destinatarios de servicios, de forma que éstos puedan gozar de garantías suficientes a la hora de contratar un servicio o bien por Internet. Con esta finalidad, la Ley impone a los prestadores de servicios la obligación de facilitar el acceso a sus datos de identificación a cuantos visiten su sitio en Internet, la de informar a los destinatarios sobre los precios que apliquen a sus servicios y la de permitir a éstos visualizar, imprimir y archivar las condiciones generales a que se someta, en su caso, el contrato. Cuando la contratación se efectúe con consumidores, el prestador de servicios deberá, además, guiarles durante el proceso de contratación, indicándoles los pasos que han de dar y la forma de corregir posibles errores en la introducción de datos, y confirmar la aceptación realizada una vez recibida”.

El párrafo transcrito señala que existe en la LSSICE un afán por proteger los intereses de los destinatarios, con esta finalidad impone a los prestadores de servicios¹⁸⁶ una serie de deberes de información respecto de los destinatarios.¹⁸⁷

¹⁸⁶ En el lenguaje de la ley un “prestador de servicios” es toda “persona física o jurídica que proporciona un servicio de la sociedad de la información”. (Anexo, definiciones, letra c). Sobre ellos puede consultarse VILLAR URIBARRI, J.M., “El régimen jurídico de los prestadores de servicios de la sociedad de la información”, en Mateu de Ros y López-Monís Gallego (coords.), *Derecho de Internet. La Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico*, Bankinter y Thomson Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2003, pp. 387-413.

¹⁸⁷ La LSSICE entiende por destinatario a la “persona física o jurídica que utiliza, sea o no por motivos profesionales, un servicio de la sociedad de la información”. (Anexo, definiciones, letra d). Como puede advertirse, no es necesario que el destinatario tenga el carácter de consumidor, sin embargo, cuando se trata de un consumidor, la LSSICE establece un estatuto diferenciado. Sobre esto puede consultarse LÓPEZ-MONÍS GALLEGO, M., “Ámbito de aplicación de la nueva Ley de Servicios de la Información y de Comercio Electrónico (Ley 34/2002, de 11 de julio)”, en Mateu de Ros y López-Monís Gallego, (coords.), *Derecho de Internet. La Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de*

La protección de los destinatarios es una preocupación que antes habían manifestado el Consejo de la Unión Europea, por ejemplo en la Resolución de enero de 1999 (DOCE C 23, de 28 de enero de 1999) y en la Decisión 283/1999/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de enero de 1999 (DOCE L 34, de 9 de febrero de 1999) que, finalmente se plasmó en la Directiva 2000/31 sobre servicios de la sociedad de la información.

Es interesante advertir que, en la citada Resolución de enero de 1999 ya citada el Consejo de la Unión Europea señala que, para lograr la confianza de los consumidores en el comercio electrónico, es necesario mejorar la transparencia de éste y proveer al consumidor de competencias adecuadas; la herramienta que sugiere para conseguir ambos fines es el suministro de información.¹⁸⁸

Lo que puede desprenderse de los párrafos anteriores es que existe un importante grado de convergencia entre la protección del interés contractual y la protección del mercado. Cuando se busca proteger la libertad contractual se fomenta la competencia. Por otra parte, al proteger la competencia, exigiendo mayor transparencia, mejoran las condiciones en que se forma el consentimiento.

b. Algunas peculiaridades de la contratación por medios electrónicos

Se ha señalado con cierta frecuencia que la contratación por medios electrónicos posee ciertas peculiaridades que aconsejan proteger especialmente al destinatario. Así, por ejemplo, se han identificado como

Comercio Electrónico, Bankinter y Thomson Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2003, pp. 45-49.

¹⁸⁸ Probablemente CLEMENTE MEORO ("La prestación del consentimiento", p. 85) se refiere a algo similar cuando señala que de lo que se trata al imponer deberes precontractuales de información en esta sede es de "tutelar su libertad de decisión negocial [la del consumidor] y fortalecer al mismo tiempo esos canales de distribución comercial".

características de este tipo de negocios: el hecho de que las partes se encuentren en lugares distintos, aunque exista simultaneidad en la contratación; que no haya contacto físico entre las partes; que el contrato figure en soporte electrónico; y que no quepa la firma manuscrita.¹⁸⁹

La mayoría de estas peculiaridades son propias de cualquier forma de contratación a distancia, lo que determina que la contratación electrónica sea un caso especial es que "la oferta llega fuera de los espacios habituales de contratación".¹⁹⁰ Lo que es intrínsecamente peculiar en la contratación por medios electrónicos es que las condiciones del proceso de contratación son diversas; es la manera de llegar al acuerdo de voluntades lo que es distinto. El problema no es, necesariamente, que el destinatario no sepa cuáles son las condiciones bajo las cuales está contratando, puede ser que lo que ignora es que está contratando.¹⁹¹

Como ha sugerido CLEMENTE MEORO:

"Si reconducimos estas prevenciones a la dogmática clásica, podemos decir que lo que se trata de evitar es el riesgo de que los consumidores incurran en error obstativo, esto es, discrepancias entre la voluntad y la declaración de voluntad".¹⁹²

¹⁸⁹ ARRANZ ALONSO, "Los contratos del comercio electrónico", en Mateu de Ros y López-Monís Gallego (coords.), *Derecho de Internet. La Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico*, Bankinter y Thomson Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2003, p. 199.

¹⁹⁰ CLEMENTE MEORO, "La prestación del consentimiento", p. 85.

¹⁹¹ Sobre esto puede consultarse DE LA MAZA GAZMURI, I., "Los contratos por adhesión en plataformas electrónicas: una mirada al caso chileno", *SCRIPT-ed*, vol. 2, nº 3, 2005, disponible en <http://www.law.ed.ac.uk/ahrb/script-ed/vol2-3/contratos.asp> (visitado 25/7/2008).

¹⁹² CLEMENTE MEORO, "La prestación del consentimiento", p. 86.

c. Deberes precontractuales de información en la LSSICE

Junto a los demás deberes precontractuales de información derivados de otras leyes que resultan aplicables a los contratos celebrados por medios electrónicos¹⁹³, la LSSICE exige a los prestadores de servicios suministrar información institucional sobre tres aspectos: acerca de ellos mismos¹⁹⁴, el proceso de contratación¹⁹⁵ y las condiciones generales del contrato.¹⁹⁶

(i) La información sobre el prestador

El artículo 10 de la LSSICE impone al prestador de servicios el suministro de una serie de datos que permitan al destinatario del servicio identificarlo adecuadamente. La razón para imponer ese deber es bastante obvia, se trata de un contrato a distancia en el que la opacidad respecto de la identidad del prestador puede llegar a ser muy intensa.¹⁹⁷ Por lo mismo, de lo que se trata es de garantizar al destinatario la

¹⁹³ Sobre esto ver FLORES DOÑA, M., *Impacto del comercio electrónico en el derecho de la contratación*, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 2002, pp. 96-97. Así sucede, por ejemplo, en el caso de las reglas sobre contratación a distancia contenidas en el TRLGDCU y las reglas sobre condiciones generales. Respecto de la importancia de las reglas del contrato a distancia puede verse CLEMENTE MEORO ("La protección del consumidor", pp. 369-370). Tratándose de las reglas sobre condiciones generales, revisar ALONSO UREBA, A. y VIERA GONZÁLEZ, J., "Formación y perfección de los contratos a distancia celebrados por Internet", en Mateu de Ros, R. y López-Monís Gallego, M. (coords.), *Derecho de Internet. La Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico*, Bankinter y Thomson Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2003, pp. 321-330.

¹⁹⁴ Ver artículo 10 LSSICE.

¹⁹⁵ Ver artículo 27.1 LSSICE.

¹⁹⁶ Ver artículo 27.4 LSSICE.

¹⁹⁷ Después de todo, aquello a lo que se enfrenta el destinatario es, por lo general, a una página web de la cual no se puede desprender quién es el prestador, en qué lugar del mundo se encuentra, etc.

posibilidad de conocer con quién está contratando y cómo comunicarse con él.¹⁹⁸

No se trata, sin embargo, únicamente de información sobre el prestador, MATEU DE ROS tiene razón cuando advierte que algunos de los datos que, de conformidad con el artículo 10 LSSICE, el prestador de servicios debe informar forman parte de la oferta contractual y, por lo tanto, su ubicación correcta se encuentra en el artículo 27.¹⁹⁹ El ejemplo más evidente es la letra f) del artículo 10 que impone al prestador el deber de suministrar:

“[i]nformación clara y exacta sobre el precio del producto o servicio, indicando si incluye o no los impuestos aplicables y, en su caso, sobre los gastos de envío”.

Con respecto a la forma en que se debe suministrar la información, el artículo 10.1 dispone que debe poder accederse a ella por medios electrónicos, de forma permanente, fácil, directa y gratuita. Por su parte en el número dos del mismo artículo, se prevé que se cumplirá con la exigencia de poner a disposición de los interesados la información por medios electrónicos si el prestador incorpora la información en su página o sitio de Internet.²⁰⁰

A propósito de estos requisitos, es interesante observar que, si bien es cierto que, en principio, la contratación por medios electrónicos produce ciertas asimetrías entre el proveedor y el destinatario, posee también el

¹⁹⁸ Ver CRESPO VITORIQUE, I., “Comentario artículo 10”, en Cremades, J. y González Montes, J. (coords.) *La nueva ley de Internet (Comentarios a la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico)*, La Ley, Madrid, 2003, p. 211.

¹⁹⁹ MATEU DE ROS, R., “Principios de la contratación electrónica en la Ley de Servicios de la Información y de Comercio Electrónico”, en Mateu de Ros y López-Monís Gallego (coords.), *Derecho de Internet. La Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico*, Bankinter y Thomson Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2003, p. 117.

²⁰⁰ Sobre esto puede consultarse CRESPO VITORIQUE, “Comentario artículo 10”, pp. 224-226.

potencial para disolverlas.²⁰¹ Una mirada a los deberes de información sobre el proceso de contratación y las condiciones generales debería contribuir a mostrarlo.

(ii) La información sobre el proceso de contratación

El artículo 27.1 LSSICE dispone que, además de aquellas informaciones cuya entrega impone la normativa vigente, el prestador de servicios tiene la obligación de informar de manera clara, comprensible e inequívoca, y antes de iniciar el procedimiento de contratación, sobre los extremos que indica, es decir: los distintos trámites que deben seguirse para celebrar el contrato; si el prestador va a archivar el documento electrónico en que se formalice el contrato y si éste va a ser accesible; los medios técnicos que pone a disposición del destinatario del servicio para identificar y corregir errores en la introducción de los datos, y la lengua o lenguas en que podrá formalizarse el contrato.

²⁰¹ Probablemente una de las características más relevantes de las redes electrónicas sea la simplificación del tratamiento de la información y la reducción de sus costos (Ver, por ejemplo, CASTELLS, M., *La era de la información. La sociedad red*, vol. I, Siglo XXI editores, México, 1999. p. 57). Esta característica de la Red, que suele mortificar a quienes se preocupan de la protección de la privacidad en plataformas electrónicas constituye, sin embargo, una poderosa defensa de los consumidores frente a las asimetrías informativas que suelen determinar la existencia de cláusulas abusivas en los contratos por adhesión. En el mundo del papel la comparación de cláusulas en los contratos por adhesión es costosa, poco confortable y demanda una gran cantidad de tiempo. Las plataformas electrónicas presentan algunas ventajas. Lo anterior por varias razones, en primer lugar resulta más sencillo examinar los términos del contrato frente a la pantalla que frente a un vendedor que insiste acerca de la firma y no nos permite guardar un ejemplar del contrato para luego revisarlo. En segundo lugar, la disponibilidad de una multiplicidad de contratos en línea permite comparar –si es que así lo desee el consumidor– a bajo costo las diferentes condiciones en que se ofrecen bienes o servicios competitivos eligiendo por aquellos proveedores que ofrezcan las mejores condiciones. En tercer lugar, la difusión de información acerca de las experiencias de los consumidores respecto de aquellos proveedores que utilizan cláusulas abusivas resulta más sencilla y menos costosa. Ejemplos de esto último son los boletines o publicaciones cuyo objetivo es informar de manera gratuita acerca de un determinado proveedor o bien categorizar a los distintos proveedores según la calidad de sus servicios.

Se trata, en general, de informaciones que se relacionan con las peculiaridades de la contratación electrónica y cuyo objetivo es proteger a la parte típicamente más débil. Así, por ejemplo, en el apartado III de la Exposición de motivos de la LSSICE se lee:

“Cuando la contratación se efectúe con consumidores, el prestador de servicios deberá, además, guiarles durante el proceso de contratación, indicándoles los pasos que han de dar y la forma de corregir posibles errores en la introducción de datos, y confirmar la aceptación una vez recibida”.

De ahí que una de las exclusiones a este deber de información, contenida en el artículo 27.2, tenga lugar cuando los contratantes así lo acuerden y ninguno de ellos actúe en calidad de consumidor.²⁰²

(iii) La información sobre las condiciones generales

El artículo 27.4 LSSICE exige al prestador de servicios poner a disposición del destinatario las condiciones generales aplicables al contrato, de manera que éstas puedan ser “almacenadas y reproducidas por el destinatario”. El precepto exige que dichas condiciones se pongan a disposición del destinatario previamente a la celebración del contrato. Esto significa que, al momento de celebrar el contrato, el destinatario

²⁰² La segunda excepción no se refiere explícitamente a los consumidores. Se trata de aquellos casos en los que “el contrato se haya celebrado exclusivamente mediante intercambio de correos electrónicos u otro tipo de comunicación electrónica equivalente”.

Sin embargo, MATEU DE ROS (“Principios de la contratación”, pp. 122-123) ha estimado que esta excepción se justificaría en que, a diferencia de los contratos electrónicos en masa que se celebran a través del uso de páginas web donde los destinatarios son frecuentemente consumidores, aquellos que se celebran por medio de correos electrónicos o comunicaciones equivalentes son, generalmente de carácter individual y personalizado.

debe haber tenido la oportunidad de conocer dichas condiciones generales.²⁰³

Comparada con la normativa del TRLGDCU y de la LCGC, la peculiaridad del artículo 27.4 LSSICE reside en que exige que el contenido de las condiciones generales se ponga a disposición del destinatario en términos tales que pueda ser almacenado y reproducido por éste. Lo que significa que el sistema que se utilice para facilitar el contenido de las condiciones generales debe permitir al destinatario grabarlas e imprimirlas.²⁰⁴

²⁰³ Un sistema más razonable que el que imponía el artículo 2 del Real Decreto 1906/1999, de 17 diciembre, según el cual:

“Previamente a la celebración del contrato y con la antelación necesaria, como mínimo en los tres días naturales anteriores a aquélla, el predisponente deberá facilitar al adherente, de modo veraz, eficaz y completo, información sobre todas y cada una de las cláusulas del contrato y remitirle, por cualquier medio adecuado a la técnica de comunicación a distancia utilizada, el texto completo de las condiciones generales”.

Actualmente, basta que antes de prestar su voluntad el destinatario adherente pueda, si así, lo desea consultar el contenido de las condiciones generales. Una redacción más cuidada se encuentra en el artículo 5.2 de la Directiva 2002/65/CE, según la cual:

“El proveedor comunicará al consumidor todas las condiciones contractuales, así como la información contemplada en el apartado 1 del artículo 3 y en el artículo 4, en soporte de papel u otro soporte duradero accesible al consumidor y puesto a su disposición con la suficiente antelación antes de que el consumidor asuma obligaciones mediante cualquier contrato a distancia u oferta”.

Un problema que deja pendiente la LSSICE es el de algunos canales de distribución como la telefonía móvil donde no resulta posible acompañar previamente, por este medio, el contenido de las condiciones generales (en MATEU DE ROS, “Principios de la contratación”, p. 133). Una opción es seguir la solución del artículo 5.2 de la Directiva 2002/65, según el cual:

“El proveedor cumplirá inmediatamente después de la celebración del contrato las obligaciones que le incumben con arreglo a lo dispuesto en el apartado 1 cuando aquél se haya celebrado a petición del consumidor utilizando una técnica de comunicación a distancia que no permita transmitir las condiciones contractuales y la información de conformidad con el apartado 1”.

²⁰⁴ *Ibíd.*, “Principios de la contratación”, p. 134.

2. LA LEY DE APROVECHAMIENTO POR TURNO DE BIENES INMUEBLES DE USO TURÍSTICO Y NORMAS TRIBUTARIAS (LDAT)

La Ley 42/1998, de 15 de diciembre, de Derechos de Aprovechamiento por Turno de Bienes Inmuebles de uso turístico y normas tributarias constituye un buen ejemplo de dos aspectos de los deberes precontractuales de información que interesan a esta investigación. El primero de ellos se relaciona con la razón que existe para proteger al adquirente a través de la imposición de deberes de información. El segundo aspecto se relaciona con las limitaciones que presenta el suministro de información como técnica de protección.

a. La complejidad del objeto de la prestación

Como suele suceder con la mayoría de los casos en los que se imponen deberes precontractuales de información, tratándose de aquellos impuestos por la LDAT, lo que se procura es proteger la libertad contractual del adquirente.²⁰⁵ La peculiaridad que justifica un estudio particular de la LDAT es la razón por la cual se imponen los deberes precontractuales, a saber: la complejidad del objeto de la prestación propietario, promotor o cualquier persona física o jurídica que se dedique profesionalmente a la transmisión de derechos de aprovechamiento por turno.²⁰⁶

²⁰⁵ Desde luego, convendrá insistir, no es el único interés. Así, por ejemplo, cuando la LDAT exige que se entregue el folleto informativo en el que consta la información a cualquier persona que lo solicite y se le confiere el carácter de oferta vinculante también parece haber una preocupación que excede la mera protección del potencial contratante y que se extiende hacia la transparencia del mercado.

²⁰⁶ Ver ZIMMERMANN, *El nuevo derecho alemán*, p. 246.

En general no está claro para el adquirente qué es exactamente lo que está adquiriendo²⁰⁷, desde luego, el nombre con el que solía denominarse "multipropiedad", no es exacto. Como se sabe, en el ordenamiento jurídico español, la LDAT permite que el aprovechamiento por turno se constituya bien como un derecho real limitado o bien como un derecho personal.²⁰⁸ Según cómo se califique el derecho de aprovechamiento por turno en la LDAT se aplica una regulación distinta.²⁰⁹ Por otra parte, se trata de un contrato complejo que regula múltiples y diversos aspectos de las respectivas prestaciones referentes, por ejemplo, el hecho de que el inmueble se este construyendo o se encuentre concluido, los servicios comunes, la empresa que se hace cargo de la administración del inmueble, derechos los de desistimiento, la posibilidad de participar en sistemas de intercambio, etc.

²⁰⁷ Esto explica la preocupación del legislador español por la denominación de aquello que ofrece el empresario, tanto en el artículo 1.4, como en el 8.1 LDAT prohíben el uso del término "propiedad" o "multipropiedad", de manera que el adquirente no crea estar incorporando a su patrimonio un derecho de propiedad.

Dispone el artículo 1.4:

"El derecho real de aprovechamiento por turno no podrá en ningún caso vincularse a una cuota indivisa de la propiedad, ni denominarse multipropiedad, ni de cualquier otra manera que contenga la palabra propiedad".

El texto del artículo 8.1 dispone:

"Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 1.4 de la presente Ley, está prohibida la transmisión de derechos de aprovechamiento por turno con la denominación de multipropiedad o cualquier otra que contenga la palabra propiedad".

Con todo, como ha puesto de relieve MUNAR BERNAT, P. A. (*La regulación española de la multipropiedad*, 2ª ed., Thomson Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2003, p. 177), no está claro por qué el artículo 8.1 emplea la expresión "sin perjuicio", como si el artículo 1.4 permitiera el uso de la expresión "propiedad".

²⁰⁸ Ver COSTAS RODAL, *Los derechos de aprovechamiento*, p.p. 426-429.

²⁰⁹ Con todo, el grueso de las normas está destinado a regular el derecho real limitado. *Ibíd.*, p. 430.

b. Deberes precontractuales de información

Una primera característica de los deberes precontractuales de información de la LDAT es que exige la documentación de la información. El artículo 8.2 de la LDAT exige al propietario, promotor o cualquier persona física o jurídica que se dedique profesionalmente a la transmisión de derechos de aprovechamiento por turno, la edición de un folleto informativo al que se le asigna el carácter de oferta vinculante.²¹⁰

Dicho documento debe editarse de acuerdo con la normativa aprobada por la Comunidad Autónoma competente y archivarse en el Registro de la Propiedad correspondiente. Se exige, además, que el documento se entregue, gratuitamente, a cualquier persona que lo solicite. El cumplimiento de estos requisitos facilita el efectivo acceso a la información ya sea a través de quién esté ofreciendo el negocio o bien consultando el registro pertinente.²¹¹ MUNAR BERNAT entiende que la participación de las comunidades autónomas y el Registro de la Propiedad constituye, además, un mecanismo de control sobre el contenido del documento informativo, toda vez que cualquiera de ellos podría impedir la circulación del documento si, en lo que interesa aquí, no se satisfacen

²¹⁰ Sobre esto puede consultarse LETE ACHIRICA, J., "La configuración de la multipropiedad en España: la Ley 42/1998, de 15 de diciembre, sobre derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico y normas tributarias", *Actualidad civil*, nº 1, 1999, p. 144, y SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, C. y DIÉGUEZ OLIVA, R., "Comentario artículo 8", en Ruiz-Rico Ruiz, J.M. y Cañizares Laso, A. (dirs.), *Multipropiedad y aprovechamiento por turno. Comentarios sistemáticos a la Ley sobre Derechos de Aprovechamiento por Turno*, Civitas, Madrid, 2000, pp. 255-262.

MUNAR BERNAT (*La regulación española*, p. 179) lleva razón cuando señala que para evitar confusiones hubiera sido preferible seguir la Directiva 97/47/CEE y simplemente señalar que el contenido del folleto informativo se entenderá incorporado al contrato, sin calificar la naturaleza jurídica de dicho documento.

²¹¹ A esto hay que añadir que el artículo 8.3 LDAT exige que se informe al adquirente acerca de los organismos y profesionales que pueden asesorarlo sobre los derechos que le asisten en este tipo de negocios.

los requisitos del artículo 8.2 LDAT o de la normativa autonómica, según corresponda.²¹²

En conjunto con estos requisitos, y como sucede con el resto de los deberes precontractuales de información examinados, se exige que la información satisfaga las exigencias generales del TRLGDCU, particularmente las de su artículo 60.²¹³

Una segunda característica de la información que ordena suministrar la LDAT es que su contenido resulta extremadamente detallado y extenso. Así es posible encontrar en el listado de información que se exige suministrar datos sobre la identidad del propietario o promotor (art. 8.2.a); la naturaleza real o personal de los derechos que van a ser objeto de transmisión (art. 8.2.b); el hecho de que la obra se encuentre en construcción (art. 8.2.c); su descripción (art. 8.2.d); sus servicios comunes (art. 8.2.e); las instalaciones de uso común (art. 8.2.f); la empresa de servicios que se hará cargo de la administración (art. 8.2.g); el precio medio de los derechos de aprovechamiento por turno (art. 8.2.h); el número de alojamientos susceptibles de aprovechamiento por turno y el número de turnos por alojamiento (art. 8.2.i); los derechos de desistimiento y de resolución unilateral (art. 8.2.j); la posibilidad de participar en un sistema de intercambio (art. 8.2.k); y la posibilidad de participar en un sistema organizado para la cesión a terceros del derecho objeto del contrato (art. 8.2.l).

²¹² MUNAR BERNAT, *La regulación española*, p. 145.

²¹³ Ver, aunque sin referencia al TRLGDCU, SÁNCHEZ HERNÁNDEZ y DIÉGUEZ OLIVA, "Comentario artículo 8", pp. 253-254.

La SAP de Las Palmas de 8 de junio de 2005 (JUR 2005,186999) critica la dificultad de comprensión de las cláusulas de un contrato de aprovechamiento por turno, en el que no quedaba clara la duración del contrato, que se fijaba en 12 meses, pero con eventuales prórrogas o renovaciones cuyas condiciones o requisitos no aparecían con claridad. La falta de claridad en este aspecto distaba de ser baladí, pues, según el artículo 1.6 LDAT uno de los factores que determina el ámbito objetivo de aplicación de la ley es precisamente su duración, que debe ser de tres temporadas o más.

En abstracto, toda esa información puede resultar relevante para el adquirente, pero es tal su extensión que parece correcto considerar que puede llegar a ser confusa.²¹⁴ O quizás, para ponerlo en los términos de CRASWELL, el riesgo es que una información menos relevante termine ocultando otra más relevante.²¹⁵ Un riesgo que la LDAT no conjura al tratar toda la información en los mismos términos.

c. El derecho de desistimiento

El suministro de información, en tanto técnica de protección posee, como ya se ha visto, ciertas limitaciones.²¹⁶ La LDAT ofrece un magnífico ejemplo de otra técnica de protección –el derecho de desistimiento– cuya justificación se encuentra en la racionalidad imperfecta de los adquirentes.

En lo que es de interés aquí, el artículo 10.1 LDAT dispone: “[e]l adquirente de derechos de aprovechamiento por turno tiene un plazo de diez días, contados desde la firma del contrato, para desistir del mismo a su libre arbitrio”.

Una vez que se atiende a las justificaciones que se han dado a esta facultad de desvincularse del contrato que se otorga al adquirente de derechos de aprovechamiento por turno se advierte claramente su relación con problemas de racionalidad imperfecta. Así, partiendo con los considerandos de la Directiva 94/47/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 1994), se advierte que el Considerando 11 de su Preámbulo señala que:

²¹⁴ Ver MUNAR BERNAT, *La regulación española*, p. 178.

²¹⁵ Ver p. 207.

²¹⁶ Ver pp. 181 a 187.

“(…) para ofrecer al adquirente la posibilidad de evaluar mejor las obligaciones derivadas de los contratos celebrados, así como los derechos correspondientes, debe concedérsele un plazo durante el cual pueda resolverse sin alegar motivo el contrato”.

Por su parte, la doctrina que ha estudiado el tema suele señalar que el problema es que la justificación de la facultad del adquirente de desvincularse unilateralmente del contrato es protegerle frente a una “falta por su parte de la necesaria reflexión reposada al emitir su consentimiento contractual”.²¹⁷ Igualmente, la doctrina parece estar de acuerdo en que la falta de reflexión puede explicarse por la utilización de técnicas comerciales muy agresivas. Así, por ejemplo, DIEZ-PICAZO ha señalado que:

“(…) en algunas ocasiones se considera no justa la vinculación contractual, producida por un acuerdo de voluntades, y se otorga al consumidor una excepcional facultad de arrepentimiento (...) Las prácticas comerciales, existentes en estos campos, especialmente agresivas, colocan a los consumidores ante presiones de las que les resulta difícil escapar y es frecuente que para poner término a la presión concluyan un contrato que en realidad no deseaban. La verdad es que estas presiones no llegan a constituir genuinos vicios de la voluntad con el significado tradicional, pero el buen sentido aconseja estimar justa la corrección de las mencionadas prácticas y favorecer la situación de los consumidores”.²¹⁸

La idea de racionalidad imperfecta surge con toda naturalidad de este párrafo: para escapar de una presión que resulta difícil de soportar un consumidor firma un contrato cuyos términos no desea, sabiendo que no los desea. De lo que se le protege no es de su ignorancia, sino de su incapacidad de tomar la decisión adecuada. La técnica de protección, por

²¹⁷ Ver QUESADA SÁNCHEZ, A. y RUIZ-RICO RUIZ, J., “Comentario artículo 10”, en Ruiz-Rico Ruiz, J.M. y Cañizares Laso, A. (dirs.), *Multipropiedad y aprovechamiento por turno. Comentarios sistemáticos a la Ley sobre Derechos de Aprovechamiento por Turno*, Civitas, Madrid, 2000, p. 321.

²¹⁸ DÍEZ-PICAZO, L., “¿Una nueva doctrina general del contrato?”, *ADC* 46-4,1993, p. 1710.

lo tanto, no puede ser el suministro de información, sino la posibilidad de desvincularse unilateralmente del contrato.²¹⁹

Pues bien, los deberes precontractuales de informar y el derecho de desistimiento son técnicas diversas de protección. Sin embargo, es posible que se imponga un deber precontractual de informar sobre el derecho de desistimiento y se sancione su infracción. A continuación efectúo una breve mirada a las consecuencias de la infracción de los deberes precontractuales de información considerados en la LDAT.

d. Las consecuencias

Con una técnica legislativa más bien lamentable, el artículo 10 LDAT regula tres figuras distintas: el desistimiento, la resolución del contrato por incumplimiento de deberes de informar y un supuesto de anulabilidad por falta de veracidad de la información suministrada.

El apartado 1 del artículo 10 regula el derecho de desistimiento del adquirente. Conviene advertir que no todo supuesto de desistimiento tiene relación con la infracción de un deber de informar. Según lo dispuesto en el artículo 10, el adquirente tiene diez días desde que se firma el contrato para desistir de él "a su libre arbitrio." En esta modalidad de desistimiento no existe relación entre el deber de informar y el desistimiento. Se trata de un desistimiento "*ad nutum*." La relación entre el derecho de desistimiento y el deber de informar se produce cuando no se informa o se informa defectuosamente y la consecuencia de

²¹⁹ Esta misma justificación ha sido utilizada en los Estados Unidos por la *Federal Trade Commission* para ciertas relaciones contractuales en las que se asume que los consumidores actuarán bajo presiones que nublan su racionalidad. Ver CAMERER, C., ISSACHAROFF, S., LOWENSTEIN, G. y RUBIN, M., "Regulation for Conservatives: Behavioral Economics and the Case for "Asymmetric Paternalism", *U. Pa. L. Rev.*, vol. 151, 2003, p. 1241.

esto es que se amplía el plazo que tiene el adquirente para desistir del contrato.²²⁰

El apartado 2 del artículo 10 se ocupa de la resolución del contrato, el precepto concede al adquirente la facultad de resolver el contrato, en una serie de supuestos.²²¹ Entre estos supuestos se encuentra el incumplimiento de los deberes de información preceptuados por el artículo 8 de la misma norma. Al margen de las dudas que pueda ofrecer la interpretación del precepto²²², la resolución del contrato por el adquirente por la falta de entrega de información por parte del profesional era una sanción que los tribunales aplicaban aún antes de la LDAT²²³ y que, después de ésta, han seguido utilizando profusamente.²²⁴

Finalmente, tratándose de la anulabilidad, a renglón seguido de la regulación de la facultad de resolver el contrato, el artículo 10.2 LDAT dispone:

²²⁰ El monto del aumento del plazo depende de si se subsana o no el defecto de la información. A partir de la firma del contrato –y siempre y cuando el adquirente no demande la resolución o anulabilidad según corresponda– quien debía informar dispone de tres meses para corregir, entregar o completar la información. El plazo de 10 días para desistir se cuenta desde que la información se le proporcionó correctamente al adquirente. Si no se le suministra correctamente la información dentro de los tres meses, finalizado este plazo tendrá diez días para desistir.

²²¹ Sobre los supuestos ver MUNAR BERNAT, *La regulación española*, p. 223.

²²² DÍAZ GÓMEZ, M. (*Información y voluntad en la contratación de derechos de aprovechamiento por turno*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, p. 81) señala que se trata de un precepto de complicada interpretación, donde no queda claro si se reacciona frente al incumplimiento del deber de información o ante el resultado de no quedar suficientemente informado. El mismo autor se pregunta además si el incumplimiento de cualquiera de las obligaciones que impone el artículo 8 LDAT posee entidad suficiente como para justificar la resolución del contrato, concluyendo que se trata únicamente de aquellos incumplimientos que impidan que el consumidor resulte suficientemente informado (*Ibíd.*, p. 96).

²²³ Así, por ejemplo MUNAR BERNAT (*La regulación española*, p. 222) advierte que, a partir de una sentencia de 1 de septiembre de 1997 de la Audiencia Provincial de Baleares, cada vez que se ha alegado la falta de información como causa de resolución ésta ha sido acogida por los tribunales.

²²⁴ Para ejemplos de sentencias en este sentido puede consultarse CORDERO CUTILLAS, I., *El derecho de aprovechamiento por turno en la Ley 42/1998 de 15 de diciembre*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 110-113.

“En el caso de que haya falta de veracidad en la información suministrada al adquirente, éste podrá, sin perjuicio de la responsabilidad penal en que hubiera podido incurrir el transmitente y sin perjuicio de lo establecido, en el párrafo anterior instar la acción de nulidad del contrato conforme a lo dispuesto en los artículos 1.300 y siguientes del Código Civil.”

A pesar de la falta de precisión de la ley, en general, los autores que se han ocupado del tema han considerado que ahí existiría un supuesto de dolo del empresario.²²⁵ Añadiendo que se trataría de un dolo incidental de carácter omisivo.²²⁶

* * *

A lo largo de este capítulo me ha interesado mostrar que a partir de la segunda mitad del siglo XX, ha existido un segundo intento de tipificación de los deberes precontractuales de información. Lo característico en este segundo intento es que este tipo de deberes se imponen para proteger a la parte más débil en ciertas relaciones contractuales que se caracterizan por presentar desigualdades en términos de acceso a la información.

Lo anterior es especialmente evidente en las relaciones de consumo, en las cuales parece indiscutible que la exuberancia de la legislación que impone deberes precontractuales de información permite hablar de un deber general de informar, al menos en estas relaciones de consumo y otras asimilables. Las leyes que se han examinado en este capítulo permiten justificar esta última afirmación.

²²⁵ Ver, por ejemplo, QUESADA SÁNCHEZ y RUIZ-RICO RUIZ, “Comentario artículo 10”, p. 353. MUNAR BERNAT (*La regulación española*, p. 228) considera también que se trata de una regulación del dolo, sin embargo, advierte que el uso de la expresión “no veraz” en vez de otra como “información falsa” permitiría ampliar el elenco de situaciones comprendidas por el precepto.

²²⁶ *Ibíd.*, p. 354.

CONCLUSIONES DE LA PRIMERA PARTE

Cada uno de los dos capítulos que configuran la primera parte de esta investigación se encuentra estructurado en torno a una pregunta. En el primero de ellos la pregunta es ¿en qué medida puede hablarse de deberes precontractuales de información a propósito de la disciplina de los vicios redhibitorios y la evicción? En el segundo capítulo, la pregunta es ¿cómo se protegen los intereses de la parte más débil a través de la imposición de deberes precontractuales de información?

Respecto de la primera pregunta, la respuesta puede buscarse a través de los intereses protegidos por la disciplina de la evicción y de los vicios redhibitorios. El primero de ellos –y el más evidente- es la satisfacción del interés contractual. Su protección funciona en términos de garantía, el vendedor responde sin importar si conoce –o debe conocer- el vicio o el hecho de que la cosa pertenece a un tercero. Junto a este interés existe otro: el interés de conservación, es decir el interés de proteger la persona y bienes del acreedor. Este segundo interés ya no se protege en términos de garantía, sino a través de la imposición de un deber al vendedor. Aquel vendedor que conociera –o no pudiera ignorar sin culpa lata- la existencia de vicios redhibitorios o de que la cosa pertenece a un tercero, debe indemnizar los daños y perjuicios que ocasione al vendedor.

A propósito de la protección de este segundo interés es posible inducir la existencia de deberes precontractuales de información. El comprador debe ignorar una determinada información; el vendedor debe conocerla – su conocimiento puede ser real o imputado-; el vendedor no debe suministrar la información. De esta manera queda configurado el supuesto de hecho de un deber precontractual de informar tal y como lo he considerado. A ese supuesto de hecho, el ordenamiento jurídico le apareja ciertas consecuencias jurídicas que pueden calificarse como sanciones a quien no informó: la indemnización de perjuicios y la pérdida de efecto de los pactos de exclusión de responsabilidad del vendedor.

Respecto de la segunda pregunta –¿cómo se protegen los intereses de la parte más débil a través de la imposición de deberes precontractuales de información?- es necesario comenzar por la idea de desigualdad. Existe un conjunto de relaciones contractuales en que el legislador ha considerado que las partes deben ser tratadas *como* si fueran desiguales. De esas relaciones, las que interesan aquí son aquellas en las que la desigualdad se explica por problemas de asimetrías informativas. Frente a esas asimetrías informativas, una de las técnicas preferidas del legislador ha sido el suministro de información. Para avanzar sobre la tipificación de deberes precontractuales de información es necesario advertir que la información puede ser suministrada tanto por los organismos públicos como por particulares y que el interés que se protege a través del suministro puede ser o bien la libertad contractual o el interés de conservación o la protección del mercado. El ámbito de los deberes precontractuales de información queda configurado por el suministro ordenado por la ley a los particulares en el que el interés predominantemente protegido es la libertad contractual.

¿Cómo se protege dicho interés contractual? La respuesta, en lo que aquí interesa, es a través de la imposición de deberes precontractuales de información en los cuales se asume que una de las partes se encuentra en una posición desventajosa para procurarse su propia información y que la otra debe conocer dicha información y debe suministrársela. A

propósito del suministro de información, se advierte que existe una estrecha conexión entre el suministro de la información y la forma en que se suministra. No sólo se exige suministrar información, sino que, además, hacerlo de una forma que resulte útil para quien la recibe.

* * *

Los deberes precontractuales de información que contiene este capítulo constituyen únicamente una muestra del universo de deberes precontractuales de información existentes en el ordenamiento jurídico español.¹ Sin embargo, se trata de una muestra útil en la medida que

¹ Sobre el punto es necesario tener en cuenta que las normas que se han examinado aquí son sólo algunas de las cuales es posible extraer deberes precontractuales de información. Otras no han sido consideradas. Simplemente por citar, únicamente en el derecho español, algunas que no se han examinado: Ley 7/1995, de 23 de marzo, de Crédito al Consumo. Un breve análisis de los deberes de información que impone en CALLEJO RODRÍGUEZ, "El deber precontractual", pp. 26-28. La Ley 2/1994, de 30 marzo de Subrogación y Modificación de Préstamos Hipotecarios. Un pequeño comentario de los deberes de información que impone en GONZÁLEZ GÓZALO, *La formación del contrato*, pp. 177-178. La Ley 23/2003. A propósito del dolo del vendedor cuando no informa en las relaciones reguladas por esta norma puede consultarse FENOY PICÓN, *El sistema de protección*, pp. 264-280. La Ley 8/2007 de 28 de mayo, de suelo, específicamente su artículo 18.2, y la Ley 10/1998, de 21 de abril Residuos, específicamente su artículo 27.4. El Real Decreto 291/1992, de 27 de marzo, específicamente su sección V que regula el folleto informativo que debe suministrar el emisor de valores en las ofertas públicas de valores. Sobre el deber de presentación del folleto informativo como un deber precontractual de información ver TAPIA SÁNCHEZ, Ma., *Oferta pública de suscripción: un enfoque contractual*, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 2003, pp. 105-107.

Mención aparte merecen los deberes de información impuestos a profesionales. En el derecho español el tema del deber de informar de los profesionales se ha estudiado a propósito de las relaciones médico paciente (ver, por ejemplo, LLAMAS POMBO, E., *La responsabilidad civil del médico. Aspectos tradicionales y modernos*, Trivium, Madrid, 1988; SÁNCHEZ GÓMEZ, A., *Contrato de servicios médicos y contrato de servicios hospitalarios*, Tecnos, Madrid, 1998; GARCÍA RUBIO, Ma. P., "Incumplimiento del deber de información, relación de causalidad y daño en la responsabilidad civil médica", en Llamas Pombo, E. (coord.) *Estudios de derecho de obligaciones, Homenaje al profesor Mariano Alonso Pérez*, t. I, La Ley, Madrid, 2006; BLANCO PÉREZ-RUBIO, L., "El deber de información en la medicina voluntaria o satisfactiva", en Llamas Pombo (coord.), *Estudios de derecho de obligaciones, Homenaje al profesor Mariano Alonso Pérez*, t. I, La Ley, Madrid, 2006, pp. 175-198, y DOMÍNGUEZ LUELMO, A. *Derecho sanitario y responsabilidad médica. Comentarios a la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, sobre derechos del paciente, información y documentación clínica*, 2ª ed., Editorial LexNova, Valladolid, 2007), en las relaciones entre abogados y clientes (ver, por ejemplo CRESPO MORA, *La responsabilidad*, pp. 141-190) en el caso de

permite mostrar con elocuencia dos modelos posibles de regulación de los deberes precontractuales de informar. El primero de ellos corresponde al que puede ser inducido a partir de los deberes precontractuales de información propios de la disciplina de la evicción y los vicios

los notarios (ver KRALIK, W., "El deber de informar del Notario", *A.A.M.N.* t. XXII, vol. 2 (1983), y en el caso de los arquitectos (ver BOTANA GARCÍA, G., "Contratos conexos. Deber de información. Responsabilidad del arquitecto técnico en el contrato de obra (Sentencia de 6 de julio de 1990)", *ADC*, vol. 45-1, 1992, pp. 419-432).

De las distintas profesiones la más significativa, en términos de deberes precontractuales de información es la profesión médica. GARCÍA RUBIO ("Incumplimiento del deber de información", p. 802) señala, de una parte, que la literatura jurídica española sobre responsabilidad civil sanitaria es muy abundante y el número de sentencias al respecto ingente; y de otra parte, advierte que:

"el repaso de las Sentencias de nuestros Tribunales sobre responsabilidad civil sanitaria pone en evidencia que la ausencia o defecto de información por parte del médico constituye uno de los casos más habituales de indemnización en este ámbito".

En el mismo sentido, GALÁN CORTÉS (J. C., *Responsabilidad médica y consentimiento informado*, Civitas, Madrid 2001, p. 251) ha señalado que el incumplimiento del deber de informar "es una de las principales causas de condena en los supuestos de responsabilidad civil médica".

Una magnífica muestra de sentencias judiciales y obras académicas puede encontrarse en DOMÍNGUEZ LUELMO, *Derecho sanitario*.

No considero los deberes precontractuales de información en las relaciones médico-paciente porque el "consentimiento libre e informado al que se refiere el artículo 2.2 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre sobre derechos del paciente, información y documentación clínica no es necesariamente un consentimiento contractual, su ámbito, por lo tanto, excede las pretensiones de esta investigación. Sobre este tema puede consultarse LLAMAS POMBO (*La responsabilidad civil*, pp. 152) quien ha alertado sobre este punto, señalando que existe un consentimiento contractual necesario para la celebración del contrato y otro -al que denomina "consentimiento-legitimación"-, del paciente, necesario para que se le verifique una intervención en su propio cuerpo.¹ En el mismo sentido, FERNÁNDEZ HIERRO (*Sistema de responsabilidad médica*, p. 213), ha advertido que, exista o no contrato, el fundamento del deber de informar de los profesionales de la salud se fundamenta en el derecho del enfermo a disponer sobre su propio cuerpo. Aunque la diferencia pueda ser muy sutil, en ocasiones será relevante. Así, por ejemplo, el mismo autor considera que, tratándose del consentimiento contractual la mayoría de edad es un requisito evidente, en el caso del consentimiento-legitimación, esto no parece tan claro, probablemente deba tomarse en consideración la voluntad de algunos menores para ciertas intervenciones médicas. En la misma línea se sitúa DOMÍNGUEZ LUELMO (*Derecho sanitario y responsabilidad*, p. 298), que añade que el consentimiento-legitimación se requiere exista o no vínculo contractual, con cita de la STS de 2 de julio de 2002, que utiliza la expresión "consentimiento-legitimación" indicando que es aplicable tanto si existe o no vínculo contractual.

redhibitorios. El segundo modelo corresponde, por ejemplo, al TRLGDCU y las demás leyes consideradas en el capítulo dos. Denominaré al primer modelo de deberes excepcionales y, al segundo de deber general. En el modelo de deberes excepcionales se parte de la idea de que cada parte vigila sus propios intereses y que sólo en situaciones determinadas tiene sentido imponer deberes precontractuales de información. Este parece ser el modelo que siguen los deberes precontractuales de información establecidos en el Código civil. Así sucede, como se ha visto, con la evicción, los vicios redhibitorios y, podría agregarse, con las cargas urbanísticas a que se refiere el artículo 1.483 CC.² En el modelo de deber general, la asunción es exactamente la contraria, se parte de la idea de que una parte no es capaz de proteger adecuadamente sus propios intereses y, por lo mismo –y asumiendo que la otra se encuentra en mejor posición para hacerlo- se le impone el deber de informar. Dicha imposición se produce de manera general en dos sentidos: (1) es excepcional que la parte más débil deba procurarse su propia información sobre el contrato o sobre el objeto de la prestación y (2) en todas las relaciones en las que existe una desigualdad determinada por las asimetrías informativas tiene lugar la imposición del deber. Este modelo es el que sigue, con toda claridad, el TRLGDCU. En el modelo de deber general no sólo existe un amplio deber de suministrar información, sino que, además, se exige a una de las partes conocer la información que se debe transmitir.

² Ver DÍAZ MARTÍNEZ, A., "Comentario de la STS de 17 de noviembre de 2006 (RJ 2006, 8932), en CCJC 75, 2007, pp. 1237-1242.

PARTE SEGUNDA

DEBERES ATÍPICOS

INTRODUCCIÓN

El objeto de esta segunda parte es el estudio de aquello que se encuentra más allá de los deberes precontractuales de informar típicos. Lo que se trata de explorar es la presencia de deberes precontractuales de informar que no han sido establecidos por el legislador. Por esa razón su denominación de atípicos.

Aunque , por tratarse de deberes atípicos no existe una norma concreta que los consagre, existe un principio general –la buena fe- del cual pueden extraerse y existen ciertas figuras jurídicas que permiten incardinarlos (así, por ejemplo, el error o el dolo). De estas dos características se sigue que (1) es necesario concretar las exigencias de la buena fe (es evidente que dicho principio no exige “siempre” informar) y (2) que, en esta tarea, debe tomarse en cuenta las decisiones de los tribunales recaídas sobre las figuras en que se incardinan los deberes precontractuales de informar atípicos.

El primer capítulo estudia el derecho inglés, como un elemento de contraste con el derecho continental.¹ Suele afirmarse que el derecho

¹ Existe un cierto grado de imprecisión en el uso de la expresión “derecho continental”. La razón es que no existe algo así como “el” derecho continental europeo, sino, más bien “familias jurídicas” (*legal families*) que agrupan los

inglés es renuente a la imposición de deberes precontractuales de informar. Sin embargo, esta afirmación debe ser considerada con cautela por dos razones. La primera de ellas es que, en el ámbito inglés, quien elige informar debe hacerlo correctamente. La segunda razón es que en dicho ordenamiento, existe una serie de deberes típicos de informar. Por lo tanto, la afirmación parece querer decir que, más allá de esos deberes típicos, el derecho inglés no reconoce deberes precontractuales de informar. Será de utilidad para esta investigación averiguar las razones que justifican el rechazo del derecho inglés frente a los deberes atípicos. Dicha averiguación permitirá identificar algunos intereses no considerados hasta el momento, que es útil tener presente al momento de determinar cómo se conciben los deberes atípicos en el ámbito español.

El segundo capítulo intenta mostrar que en el derecho continental y, específicamente, en el ámbito español, existe una amplia aceptación de las exigencias de la buena fe durante la negociación del contrato y, a partir de ella, es posible extraer deberes precontractuales de informar en situaciones en las que el legislador no los ha tipificado. Una vez que se acepta esta posibilidad, el principal problema consiste en determinar sus límites. Es posible extraer deberes precontractuales de informar directamente de la buena fe; sin embargo, esto no significa que la buena fe "siempre" exija el suministro de información. Lo que sugiero en este capítulo es que es necesario concretar las exigencias de la buena fe. Dicha concreción implica identificar y ponderar los intereses jurídicos en juego. Esta tarea se encuentra encargada a los tribunales, cuya función a este respecto consiste en la identificación de supuestos de deberes

distintos ordenamientos europeos. Así, por ejemplo, ZWEIGERT y KÖTZ (*An Introduction to Comparative Law*, 3ª ed., trad. T. Weir, Oxford University Press, Nueva York, 1998, p. 73) distinguen entre familias románicas, germanas y escandinavas. Con todo, pese a su imprecisión, empleo la expresión "derecho continental" porque, a los efectos que me interesa es útil. Mi principal uso de ella se refiere a la buena fe y en esa utilización es legítimo distinguir entre *common law* y derecho continental sin necesidad de desagregar éste en diversas familias, la razón es que, aún cuando las diversas familias existen, en contraposición al *common law* en lo que refiere a la buena fe, es posible agruparlas bajo un solo rótulo.

precontractuales de informar. Lo que ocupa, entonces, a los tribunales es realizar una "tipificación jurisprudencial" de deberes de informar diversos a aquellos identificados por el legislador.

El tercer capítulo se ocupa de la concreción de la buena fe en lo que se refiere a los deberes precontractuales de informar. Para realizar esa tarea es necesario, en primer lugar, identificar cuáles son las figuras jurídicas en las que pueden incardinarse los deberes de informar atípicos. Principalmente, se trata del error y del dolo. A propósito de ambas figuras es necesario formularse dos preguntas: (1) ¿en qué medida es posible hablar de deberes precontractuales de informar atípicos a propósito de la regulación del error y del dolo? Y (2) ¿Cómo contribuyen las decisiones de los tribunales sobre estas figuras a concretar las exigencias de la buena fe en lo que se refiere a deberes precontractuales de informar atípicos?

En el proceso de respuesta a estas dos preguntas se advertirá cuáles son los intereses considerados por los tribunales españoles y la forma en que los ponderan.

Concluyo este trabajo sugiriendo que puede ser utilizado un interés diverso –la creación de incentivos– en conjunto con aquellos que ya emplean los tribunales.

§

1. EL DERECHO INGLÉS: LA NEGATIVA Y SUS RAZONES

Suele afirmarse que el derecho inglés es renuente a la imposición de un deber precontractual de informar (*duty to disclose*) durante la negociación del contrato.¹ La exactitud de esta afirmación depende, en gran medida, de qué se entienda por deber precontractual de informar. De una parte, en el ordenamiento jurídico inglés no se rechaza la existencia de lo que he denominado deberes típicos de información, aunque en el ámbito inglés estos deberes precontractuales de informar típicos no sólo quedarían configurados por leyes, sino, además, por precedentes judiciales. De otra parte, tampoco se rechaza que quien elije

¹ La respuesta negativa no es exclusiva del derecho inglés, sino, en general, de los ordenamientos jurídicos del *common law* (ver ZWEIGERT, K. y KÖTZ, H., *An Introduction to Comparative Law*, 3ª ed., trad. T. Weir, Oxford University Press, Nueva York, 1998, p. 426). De estos ordenamientos, además del inglés, el más importante en términos de producción de precedentes y densidad dogmática es el estadounidense. Me detengo, sin embargo, únicamente en el inglés. Alguna de la doctrina estadounidense más autorizada sostiene que, como regla general, no existe un deber general de informar. En este sentido se ha afirmado: "in a bargaining transaction there is generally no duty to disclose information to the other party" (CALAMARI y PERILLO, *Contracts*, p. 367). Sin embargo, el número de deberes específicos de informar es tan amplio que ha llevado a algunos comentaristas a dudar de que no exista realmente un deber general de informar en sede precontractual. Sobre esto puede consultarse PALMIERI, "Good Faith Disclosure" y KRAWIEC y ZEILER, "Common-Law Disclosure Duties", p. 1796, señalando que las afirmaciones según las cuales, salvo supuestos muy específicos una parte no debe informar a otra durante las negociaciones de un contrato, son mera retórica. Para una mirada sinóptica al tema, con énfasis en la forma en que se encuentra plasmada la exigencia de negociar de buena fe en el *Uniform Commercial Code* y en el *Restatement (Second) of Contracts*, puede consultarse SUMMERS, R., "The conceptualisation of good faith in American contract law: a general account", en Whittaker, S. y Zimmerman, R. (edits.), *Good Faith in European Contract Law*, Cambridge University Press, 2000, pp. 118-141.

informar debe hacerlo correctamente, pues la entrega de información defectuosa se sanciona severamente.

¿Qué es entonces lo que se rechaza en el derecho inglés? La respuesta, en mi opinión, es que el derecho inglés se opone a la imposición de un deber general de suministrar información, esto es, a la idea según la cual la buena fe exige a las partes, usualmente, suministrarse recíprocamente información relevante mientras negocian un contrato.

En la tipología de modelos posibles de regulación de los deberes precontractuales de información que he esbozado en las conclusiones de la primera parte de esta investigación², el derecho inglés opta por un modelo de deberes de información excepcionales, circunscrito a ciertos supuestos de hechos identificados por el legislador o los jueces.

El objetivo de este capítulo es, de una parte, mostrar a qué es lo que se opone el derecho inglés y, de otra, cuáles son las razones que justifican esta oposición.

El capítulo se encuentra dividido en tres partes. La primera de ellas corresponde a algunas consideraciones preliminares. La segunda, examina la *misrepresentation* y ciertos deberes precontractuales de informar típicos. Finalmente, la tercera parte se detiene sobre el error y las razones que justifican un modelo de deberes de información excepcionales.

² Ver pp. 245-247.

I . CONSIDERACIONES PRELIMINARES

A. LA OPINIÓN DE LA DOCTRINA Y DE LOS TRIBUNALES

En los estudios de derecho comparado resulta frecuente contraponer la situación del derecho continental europeo y la del *common law* respecto al deber de las partes de suministrarse información mientras negocian un contrato. En opinión de los autores, los ordenamientos jurídicos pertenecientes al primero de estos sistemas se caracterizan por una aproximación más flexible, con una cierta tendencia al establecimiento de deberes precontractuales de informar; en los segundos –pertenecientes al *common law*- la respuesta se decanta por la negativa.³

³ Así, 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 y KÖTZ (*An Introduction*, 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", 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

Una mirada a algunas de las voces más autorizadas en el derecho inglés muestra que la afirmación anterior merece ser tomada en serio. Así, por ejemplo, ATIYAH ha señalado:

“English law has traditionally taken the view that it is not the duty of the parties to a proposed contract to give information to each other”.⁴

En el mismo sentido, TREITEL:

“As a general rule, a person who is about to enter into a contract is under no duty to disclose material facts known to him but not the other party”.⁵

Y CARTWRIGHT:

“English law does not impose on parties who are negotiating for a contract a general obligation to disclose information: that is to say, the starting point is that each negotiating party may remain silent, even as

Precontractual Stage”, en HARTKAMP, A., et al. (edits.), *Towards a European Civil Code*, 2ª ed., Kluwer Law International, Nijmegen, 1998, p. 213; y VAN ROSSUM, (“The Duty of Disclosure”, pp. 300-325), compara el derecho inglés, el francés y el holandés. Para comparaciones entre el derecho francés y el derecho inglés puede consultarse GHESTIN J., “The precontractual obligation to disclose information. French Report”, en Harris, D. y Tallon, D. (edits.), *Contract Law Today, Anglo-French Comparisons*, Clarendon Press, Oxford, 1989, pp. 151-166 y NICHOLAS, B., “The precontractual obligation to disclose information. English Report”, en Harris, D. y Tallon, D. (edits.), *Contract Law Today, Anglo-French Comparisons*, Clarendon Press, Oxford, 1989, pp. 151-193; LEGRAND, P., “Pre-Contractual Disclosure and Information: English and French Law Compared”, *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 6, nº 3, 1986, pp. 322-352; GILIKER, P., “Regulating Contracting Behaviour: The Duty to Disclose in English and French Law”, *European Review of Private Law*, 5-2005, pp. 621-640 y 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. (edits.), *Information Rights and Obligations. A Challenge for Party Autonomy and Transactional Fairness*, Ashgate, 2005, pp. 171-187.

⁴ ATIYAH, P., *An Introduction to the Law of Contract*, 4ª ed., Clarendon Press, Oxford, 1989, p. 265.

⁵ TREITEL, G., *The Law of Contract*, 11ª ed., Thomson Sweet & Maxwell, Londres, 2003, p. 390.

to facts which he believes would be operative on the mind of the other".⁶

Las citas podrían prolongarse bastante más⁷, pero, estas tres son suficientes para mostrar el punto que interesa aquí: los autores están de acuerdo en que durante la negociación de un contrato no existe lo que CARTWRIGHT denomina una *general obligation*⁸ de informar, es decir, durante la negociación de un contrato no existe un deber "general" de información para las partes, aún cuando una de ellas conozca información que la otra ignore y dicha información sea determinante (*operative* en la fórmula de CARTWRIGHT⁹) para la decisión de esta última de contratar o no, o en qué términos hacerlo.

El consenso de la doctrina parece replicarse en las decisiones de los tribunales. El ejemplo emblemático aquí es *Smith v. Hughes*, un caso de 1871 en el que un entrenador de caballos se negó a pagar por un cargamento de avena que había comprado, alegando que lo que se había convenido era forraje para alimentar caballos y lo que se le entregaba era avena recién cosechada, que no servía a tal fin. La opinión del juez Cockburn fue que un error unilateral del comprador, aún cuando fuera conocido por la otra parte, no afectaba a la validez del contrato. La justificación de esta opinión fue que en el derecho inglés no existía un deber general de informar. En sus palabras:

"The question is whether, under such circumstances, the passive acquiescence of the seller in the self-deception of the buyer will entitle

⁶ CARTWRIGHT J., *Misrepresentation*, p. 535.

⁷ Ver, por ejemplo, ALLEN, D., *Misrepresentation*, Sweet & Maxwell, Londres, 1988, p. 21; BEALE, H, BISHOP, H. y FURMSTORM, M., *Contract cases and materials*, 2ª ed., Butterworth, Londres, 1990, p. 394; FURMSTORM, M., *Cheshire, Fifoot and Furmston's Law of Contract*, 14ª ed., Butterworth Lexis Nexis, Londres, 2001, p. 328; BEALE, H., "Misrepresentation", en *Chitty on Contracts*, 28ª ed., Sweet & Maxwell, Londres, 1999, p. 343; SMITH, *Atiyah's Introduction*, p. 243; STONE, R., *The Modern law of Contract*, Cavendish, Londres, 2005, p. 267; CHEN-WISHART, M., *Contract Law*, Oxford University Press, Oxford, 2005, p. 206; y CARTWRIGHT, J., *Contract Law*, Hart Publishing, Portland, 2007, p. 166.

⁸ Ver *supra* nota 6.

⁹ Ver *supra* nota 6.

the latter to avoid the contract. I am of the opinion that it will not (...) I take the true rule to be that where a specific article is offered for sale, without express warranty, or without circumstances from which the law will imply a warranty...and the buyer has full opportunity of inspecting and forming his own judgment, the rule *caveat emptor* applies¹⁰.

"(...) even if the vendor was aware that the purchaser thought that the article possessed that quality, and would not have entered into the contract unless he had so thought, still the purchaser is bound, unless the vendor was guilty of some fraud or deceit upon him, and that a mere abstinence from disabusing the purchaser of that impression is not fraud or deceit; for, whatever may be the case in a court of morals, there is no legal obligation on the vendor to inform the purchaser that he is under a mistake, not induced by the act of the vendor".¹¹

En el derecho inglés, a la sazón, según lo entendió el juez Cockburn, la regla era el *caveat emptor* –cada contratante se protege a sí mismo-. Si no existen garantías explícitas o implícitas sobre la cosa y hubo oportunidad de inspeccionarla, no se puede alegar luego que ésta carece de algunas cualidades determinantes de la voluntad del comprador. Finalmente, el deber de informar existe moralmente, pero no es exigido legalmente. Una idea, ya se ha visto, que viene discutiéndose desde Cicerón.¹²

Las mismas ideas son repetidas en *Bell v. Lever Brothers Ltd.*, un caso resuelto en 1932, en el que una compañía pagó a dos de sus ejecutivos más importantes para que renunciaran voluntariamente a sus puestos. Más tarde se supo que, mientras trabajaban para la compañía, los dos ejecutivos habían incurrido en conductas que hubieran justificado su despido. Los abogados de la compañía alegaron que el pago se les había hecho basado en la errónea creencia de que no había razones suficientes

¹⁰ *Smith v Hughes*, (1871) LR 6 QB 597, p. 603.

¹¹ *Ibid.*, p. 607.

¹² Ver pp. 23-29.

para despedirlos y que, por lo tanto, procedía anular el acuerdo de renuncia. En palabras de Lord Atkin:

“ordinarily the failure to disclose a material fact which might affect the mind of a prudent contractor does not give the right to avoid the contract. The principle of *caveat emptor* applies”.¹³

Una vez más, las citas de decisiones judiciales que afirman que no existe un deber general de informar podrían multiplicarse¹⁴, pero, no es necesario. La cuestión ha quedado suficientemente acreditada: en el derecho inglés no existe, durante las negociaciones de un contrato, un deber general de las partes de informarse recíprocamente. Lo que no es aún evidente es qué se designa exactamente con la expresión “deber general”.

B. DEBER DE INFORMAR

La expresión que suele utilizarse en el derecho inglés –y, en general, en el *common law*- es *duty to disclosure*. Dicha expresión se utiliza en dos sentidos diversos. En primer lugar, puede emplearse para señalar ciertos deberes típicos que se derivan de la ley o de precedentes judiciales. En segundo lugar, la expresión puede usarse para indicar que, más allá de esos deberes típicos, no existe un deber general de suministrar información durante la negociación de un contrato. Es necesario aquí hacerse cargo de ambos sentidos.

Lo que voy a sostener en este capítulo es que cuando se afirma que en el derecho inglés se rechaza la imposición de un deber general de informar, dicha afirmación (1) se aplica únicamente al ámbito de los deberes atípicos y (2) en el ámbito de los deberes atípicos se aplica, mayormente,

¹³ *Bell v. Lever Bros* (1932) AC 161, p. 227

¹⁴ Para una lista de más casos, hasta 1990, ver CARTWRIGHT, *Misrepresentation*, p. 535, nota 2.

a hipótesis, de abstenciones, no a las de entrega de información defectuosa.

Para mostrar esta afirmación distinguiré entre acciones y abstenciones. Se trata de lo que CALAIS-AULOY, a propósito del derecho de consumo, ha denominado la dimensión negativa –que prohíbe la entrega de información defectuosa- y positiva –que impone el deber de suministrar información- del deber de informar.¹⁵ Lo que pretendo mostrar a través de esta distinción es que, en primer lugar, tratándose de acciones, la ausencia de un deber precontractual de informar no se predica respecto de quien suministra información; en ese caso, existe un deber de no suministrar información defectuosa, por así decirlo, existe un deber de no “desinformar”. En segundo lugar, mostraré que, tratándose de abstenciones, es necesario distinguir entre deberes típicos y atípicos y, respecto de estos últimos, expondré las razones que justifican el rechazo del derecho inglés a un deber general de informar.

¹⁵ O bien a aquello que CALAIS-AULOY (“L’influence du droit”, p. 240), a propósito del derecho de consumo, ha denominado la dimensión negativa –que prohíbe la entrega de información defectuosa- y positiva –que impone el deber de suministrar información- del deber de informar.

II. MISREPRESENTATION: A PROPÓSITO DEL SUMINISTRO DE INFORMACIÓN DEFECTUOSA

En el derecho inglés existe una marcada diferencia en el tratamiento que se prodiga al suministro de información falsa y a la reticencia. Como ya se ha dicho, de una parte, se asume que, durante la negociación de un contrato, no existe un deber general de informar. De otra parte, sin embargo, existe una regla general, y bastante estricta, según la cual una parte no debe formular declaraciones falsas a la otra.¹⁶ La formulación de declaraciones falsas es, salvo algunas excepciones, el supuesto de hecho de la *misrepresentation*.

Exponer la regulación de la *misrepresentation* en el derecho inglés es una tarea complicada por, al menos, dos razones. La primera es que involucra reglas derivadas de precedentes (*common law*), soluciones en equidad (*equity*) y leyes¹⁷. La segunda es que existen otras figuras jurídicas cuya aplicación se superpone en los supuestos de hecho que suelen

¹⁶ ATIYAH, *An Introduction*, p. 276.

¹⁷ La *misrepresentation* posee una regulación legal general en la *Misrepresentation Act* de 1967, y específica en leyes como la *Package Travel, Package Holidays and Package Tours Regulation* de 1992 y la *Financial Services and Markets Act* del año 2000. Una exposición de estas normas legales, y otras, puede encontrarse en CARTWRIGHT, *Misrepresentation*, pp. 237-287.

considerarse como de *misrepresentation*. Así sucede, por ejemplo, con el error y el incumplimiento contractual (*breach of contract*).¹⁸

Para los efectos de esta investigación interesa, sin embargo, mostrar únicamente dos cosas. La primera de ellas es que cuando se afirma que en el derecho inglés no existe un deber general de informar, no se incluye aquí las infracciones a dicho deber a través de una acción: el suministro de información defectuosa. Quien elija suministrar información debe hacerlo de forma correcta. La segunda es que, aún cuando esta afirmación, en principio, sólo abarca conductas activas, algunas hipótesis de reticencia pueden constituir *misrepresentation*. Para demostrar estas dos afirmaciones, me detendré, básicamente, en la naturaleza de la institución, esto es, en los elementos que integran su supuesto de hecho, a saber: la declaración falsa y la inducción a contratar.¹⁹ Confío en que, al hacerlo de esta manera, se avance en la tarea de delinear la fisonomía de aquello que se rechaza en el derecho inglés; esto es, un deber general de informar durante las negociaciones de un contrato.

Para presentar ambos elementos será útil comenzar por una definición. En general, la *misrepresentation* puede definirse como una declaración falsa de una parte que induce a la otra a celebrar un contrato.²⁰

A. LA DECLARACIÓN

Respecto de la declaración es necesario detenerse sobre dos aspectos: las formas en que se puede manifestar la declaración y su contenido.

¹⁸ CHEN-WISHART, *Contract Law*, p. 195.

¹⁹ No obstante, a partir de estos elementos, me ocuparé tangencialmente de otros aspectos como son su relación con otras instituciones y los diferentes tipos de *misrepresentation* que existen.

²⁰ ALLEN, *Misrepresentation*, p. 11. Sin embargo, es necesaria cierta cautela, como ha prevenido CARTWRIGHT (*Misrepresentation*, p. 22). Una mirada al tratamiento de los distintos remedios a que puede dar lugar la *misrepresentation* muestra que no existe un significado que abarque todos los usos de esta institución jurídica.

1. LAS POSIBLES MANIFESTACIONES DE LA DECLARACIÓN

La declaración puede tener lugar a través de palabras, de conductas y, eventualmente, de situaciones especiales de silencio. El supuesto más común de *misrepresentation* está constituido por las hipótesis en las que se utilizan palabras –en forma escrita o verbal- para representar algo a la otra parte. En otros supuestos, aún cuando no hayan mediado palabras, la declaración se puede inferir de una conducta. Para que esto tenga lugar será necesario que una parte represente a través de su conducta información falsa. Así, por ejemplo, en *Walters v. Morgan*, el juez Campbell afirmó:

“There being no fiduciary relation between vendor and purchaser in the negotiation, the purchaser is not bound. Simple reticence does not amount and purchaser in the negotiation, the purchaser is not bound to disclose any fact exclusively within his knowledge which might reasonably be expected to influence the price of the subject to be sold. Simple reticence does not amount to legal fraud; however, it may be viewed by moralists. But a single word, or (I may add) a nod or a wink, or a shake of the head, or a smile from the purchaser intended to induce the vendor to believe the existence of a non-existing fact, which might influence the price of the subject to be sold, would be sufficient ground for a Court of Equity to refuse a decree for a specific performance of the agreement”.²¹

El párrafo transcrito sugiere varios comentarios. El primero de ellos es que esta sentencia se encuentra en línea con las demás decisiones judiciales que niegan la existencia de un deber general de informar durante la negociación de un contrato. El segundo comentario es que la sentencia hace presente la separación que existe entre la moral y el derecho en estos asuntos. El tercero –y más importante aquí- es que el rigor con que se niega la existencia de un deber de informar es simétrico a aquel con que se juzga a quien decide informar²², sea que la

²¹ *Walters v. Morgan* (1861) 3 De GF & J 718, pp. 723-724.

²² Como ha sugerido ATIYAH (*An Introduction*, p. 272):

información se transmita a través de palabras (“[b]ut a simple word...”) o a través de conductas, incluida una afirmación con la cabeza, un apretón de manos o una sonrisa.

Desde luego, esto deja pendiente determinar qué conductas se consideran suficientes para representar algo a la otra parte y la respuesta, inevitablemente, debe considerarse desde las peculiaridades de cada caso. Con todo, se puede afirmar que, al menos en ocasiones, los tribunales ingleses han sido extremadamente severos al respecto. Así, por ejemplo, en *Bodger v. Nicholls*, un caso de 1873, el juez Blackburn señaló que:

“The defendant by taking the cow to a public market to be sold (...) thereby furnishes evidence of a representation that, so far as his knowledge goes, the animal is not suffering from any infectious disease (...)”²³

Al ponderar la opinión del juez Blackburn es fácil advertir que la frontera entre declarar algo y callarlo puede llegar a ser extremadamente sinuosa.²⁴ En el caso recientemente citado, el juez consideró como declaración el hecho de llevar una vaca al mercado, pues estimó que dicha acción representaba que el animal se encontraba libre de enfermedades infecciosas.

A propósito del carácter sinuoso de la frontera entre declarar y callar, conviene advertir que existen, al menos, dos supuestos, que generalmente se consideran como hipótesis de reticencia, respecto de los cuales la doctrina se muestra de acuerdo en que pueden ser alegados a

“The law will not compel a person to open his mouth and speak, but if he does so, the law is particularly careful to ensure that the other party is not misled by what he says”.

²³ Según la cita de TREITEL, *The Law of Contract*, p. 390.

²⁴ Así, por ejemplo, FURMSTON (*Law of Contract*, p. 297) considera *Walters v. Morgans*, un caso bastante menos evidente que *Bodger v. Nicholls*, para ilustrar la pregunta “Can silence constitute misrepresentation?”.

través de la figura de la *misrepresentation*.²⁵ El primero de ellos es el cambio de circunstancias (*representation falsified by later events*) y, el segundo, las verdades a medias (*half-truths*).²⁶

Tratándose del cambio de circunstancias, el supuesto de hecho tiene lugar toda vez que, durante la negociación del contrato, una de las partes ha representado a la otra parte alguna información y, antes de que se celebre el contrato, circunstancias posteriores determinan que aquello que se representó como verdadero no siga siéndolo.²⁷ Un ejemplo bien

²⁵ Ver, por ejemplo, FURMSTON, *Law of Contract*, pp. 297-298 y CHEN-WISHART, *Contract Law*, pp. 208-209.

²⁶ Otro supuesto que no es exactamente de reticencia –pero, que presenta alguna semejanza– que da lugar a *misrepresentation* es el caso de ocultamiento de información (*concealment*). Ocultar activamente información o incurrir en actividades que obstaculicen la búsqueda de información por parte del otro negociante puede justificar un alegato de *misrepresentation*. Ver, en general, CALAMARI y PERILLO, *Contracts* p. 367. En el derecho inglés puede consultarse BEALE, “Misrepresentation”, pp. 344-345 y CARTWRIGHT, *Misrepresentation*, p. 539 citando *Carter v. Brown*, un caso sobre seguros, de 1766, donde Lord Mansfield señaló que:

“Good faith forbids either party by concealing what he privately knows, to draw the other into a bargain, from his ignorance of that fact, and his believing the contrary.

But either party may be innocently silent, as grounds open to both, to exercise their judgement upon. *Aliud est celare; aliud, tacere; neque enim, id est celare quicquid reticeas; sed cum quod tu scias, id ignorare emolumentum tui causa veils eos quorum intersit id scire*”.

Las palabras en latín corresponden a una cita de CÍCERÓN, específicamente, de su tratamiento del ejemplo del mercader de Rodas, la traducción española es la siguiente:

“Porque el ocultar no consiste en callar una cosa cualquiera, sino el querer en tu provecho que lo que tú sabes lo ignoren aquellas personas a quienes sería útil el saberlo” (CÍCERÓN, *Sobre los deberes*, p. 159). La que ofrece CARTWRIGHT (*Misrepresentation*, p. 539, nota 19) permite apreciar con mayor claridad la diferencia entre no revelar y ocultar:

“Concealment is one thing, silence is another (...) Concealment is not just holding something back in silence, but when, for your own benefit, you intend that those who have an interest in knowing what you know should remain in ignorance of it”.

²⁷ Quedan entonces cubiertos dos supuestos, el primero, aquel en que la declaración, al momento de hacerla fuera verdadera y luego circunstancias sobrevenidas la privaran de ese carácter; el segundo, que la declaración hubiera sido falsa *ab initio*, pero quien la formuló la creyera verdadera, percatándose después de su falsedad. Ver CARTWRIGHT, *Misrepresentation*, p. 298.

claro de esta situación es *With v. O'Flanagan*²⁸, un caso de 1936, en el que un médico ofrecía vender su clientela a otro, valorándola en £ 2.000, un precio que reflejaba adecuadamente su valor en el momento en que lo acordaron. Sin embargo, al momento en que debía celebrarse el contrato, y debido a un cambio en las circunstancias –una grave enfermedad del médico vendedor–, el valor de la clientela era casi inexistente. La no comunicación al comprador de este cambio en las circunstancias –es decir la reticencia del vendedor– permitió al comprador alegar exitosamente la rescisión (*rescission*) del contrato.²⁹

Respecto del segundo supuesto, esto es, las verdades a medias, se trata de declaraciones literalmente ciertas, pero engañosas (*statement literally true, but misleading*). Son hipótesis en las que aquello que se declara es cierto; sin embargo, se omite cierta información que cualifica dicha verdad e impide a quien recibe la declaración ponderarla adecuadamente. Un par de ejemplos servirán para ilustrar esto.

El primero es un caso resuelto en 1886, *Nottingham Patent Brick and Tile Co. v. Butler*³⁰, en el que al aceptar un vestido para su limpieza, el encargado de una tintorería solicitó al cliente que firmara un documento, informándole que al firmarlo eximía a la tintorería de responsabilidad por los daños que pudiera sufrir la pedrería y lentejuelas (*bead and sequins*) del vestido; no obstante el documento que firmó el cliente no sólo eximía

²⁸ *With v. O'Flanagan* (1936) Ch. 575, CA.

²⁹ En términos muy generales, quien alega *misrepresentation* puede estar buscando dos cosas, o bien que se le libere del contrato que ha celebrado, o bien, si ha sufrido daños, que se le indemnice. Si se trata de lo primero, el remedio más frecuente será la *rescission*. En ciertos casos se autoriza la terminación del contrato sin efectos retroactivos. Si se trata de obtener una indemnización por daños y perjuicios, el alegato puede fundarse en las reglas de derecho de contratos o en las de daños (*torts*). Si se trata de reglas de derecho de contratos el monto de la indemnización será aquel necesario para situar al contratante en la misma posición que si el contrato se hubiera cumplido. Si se trata de derecho de daños, lo que se pretende es compensar los daños que haya sufrido el contratante por confiar en la otra parte. Una presentación esquemática de todo esto puede consultarse en CARTWRIGHT, *Misrepresentation*, pp. 10-15.

³⁰ *Nottingham Patent Brick and Tile Co. v. Butler* (1885-1886) L.R. 16 Q.B.D. 778, CA.

a la tintorería por estos daños, sino por cualquier otro. El segundo ejemplo es un caso de 1977, *Robertson v Diccico*³¹, en el que se ofrecía un automóvil antiguo como un "beautiful car" y efectivamente lo era, pero el chasis se encontraba corroído y el motor se averiaba continuamente. El tribunal estimó que la expresión "beautiful car" implicaba que el automóvil, al menos, era apto para su uso normal.

Pues bien, una mirada a la declaración como primer elemento de la *misrepresentation* muestra que ésta puede formularse no sólo a través de palabras, sino que puede ser inducida de conductas y, eventualmente, de ciertos tipos de reticencia.

2. EL CONTENIDO DE LA DECLARACIÓN

Para que exista *misrepresentation* no es necesario que la declaración sea formulada con ánimo de engañar, ni siquiera de forma negligente.³² En el derecho inglés se distingue entre *fraudulent misrepresentation*, *negligent misrepresentation* e *innocent misrepresentation*. A partir de *Derry v. Peek*, un caso de 1889, se considera que la *misrepresentation* es fraudulenta si la declaración se formuló sabiendo que era falsa, sin creer que era verdadera, o bien con una ignorancia crasa (*recklessly*) de su veracidad o falsedad. Será negligente si se hizo con infracción de un deber de cuidado impuesto sobre el declarante.³³ La importancia de distinguir entre los tres tipos de *misrepresentation* radica en las consecuencias que llevan aparejadas cada uno de ellos. Así, en general, mientras que la representación fraudulenta determina consecuencias respecto de la validez o eficacia del contrato e indemnizatorias, la

³¹ *Robertson v. Diccico* (1972) RTR 431, DC.

³² Ver FURMSTON, *Law of Contract*, p. 306.

³³ Respecto a las relaciones que dan lugar a este deber de cuidado puede consultarse TREITEL, *The Law of Contract*, pp. 345-349.

inocente únicamente afecta a la eficacia del contrato, pero no da derecho a exigir indemnización.³⁴

En principio, cualquier declaración falsa que ocasione daños puede justificar una demanda por *misrepresentation*. Sin embargo, si se miran las cosas con cuidado, se advierte que existe una serie de limitaciones. En segundo lugar, aún cuando la declaración falsa justifique los remedios de la *misrepresentation*, no necesariamente se encuentran disponibles los mismos remedios (fundamentalmente, ineficacia del contrato e indemnización de daños y perjuicios).³⁵ Ambas cosas tienen que ver con el contenido de la declaración. Para examinarlo, comenzaré explicando la diferencia que existe entre términos (*terms*) y representaciones (*representations*) y, luego, me detendré sobre los requisitos de la declaración.

a. Los términos y las representaciones

Tratándose de los efectos de la *misrepresentation*, una primera distinción que cabe hacer es según si el contenido de la declaración se incorporó o no al contrato.³⁶ Si se incorporó, se trata de un "término", es decir, de una declaración cuya veracidad ha sido garantizada por quien la formuló

³⁴ Sobre esto puede consultarse BEALE, "Misrepresentation", pp. 360-386.

³⁵ Ver CARTWRIGHT, *Misrepresentation*, pp. 15-17. Respecto de cuáles son esos remedios, ver *supra* nota 29.

³⁶ Aún si no se incorpora al contrato principal, puede considerarse que la declaración queda incorporada en un contrato colateral. Así, por ejemplo, en *Lasalle v. Guildford* (1901, 2 K.B. 215) el arrendatario supeditó su voluntad al hecho de que las cañerías estuvieran en buen estado, cosa que el arrendador le aseguró; sin embargo, la declaración no se incorporó al contrato escrito y como en el derecho inglés suele considerarse que tratándose de contratos escritos las declaraciones que no se encuentran en el contrato no forman parte de él (esto es lo que se denomina *parol evidence rule*. Al respecto puede consultarse TREITEL, *The Law of Contract*, pp. 192-201), no se consideró que dicha declaración formara parte del contrato, sino que formaba parte de un contrato distinto, colateral al principal.

(*warranted by the defendant*).³⁷ Incorporada la declaración al contrato, si resulta ser falsa, estarán disponibles los remedios propios del incumplimiento contractual (*breach of contract*). De manera que tratándose de la indemnización, ésta irá dirigida a situar a la parte agraviada en una posición similar a la que se encontraría si el contrato se hubiera cumplido correctamente.

Si la respuesta es negativa, esto es, si el contenido de la declaración no se incorporó al contrato, se considera simplemente como una “representación” cuyo contenido no está garantizado contractualmente y, por lo mismo, los remedios propios del incumplimiento no tienen aplicación. Los remedios disponibles en este caso de *misrepresentation* tienen por finalidad poner a quien confió en la declaración en una posición similar a la que se encontraría si no hubiera confiado en ella.³⁸

Expuesta la distinción entre términos y representaciones y sus consecuencias, resta dar alguna noticia acerca de cómo se distinguen las declaraciones que quedan fuera del contrato de aquellas que pasan a integrarlo. Para ello, se ha sugerido que debe ponerse atención a la intención de las partes manifestada objetivamente a través de sus actos y palabras, de tal forma que se pueda deducir de ellos si quien realizó la declaración pretendía asegurar contractualmente su veracidad.³⁹ Además

³⁷ “Garantizado” significa que lo representado o declarado es contractualmente obligatorio. Ver CARTWRIGHT, *Misrepresentation*, p. 200. Así, por ejemplo, si el vendedor afirma que la grúa es capaz de levantar 2.000 kilos cuando, en verdad, su límite es de 500 kilos, dicha declaración pasa a formar parte del contrato, es decir, el vendedor garantiza que la grúa que está entregando tiene esa capacidad y, como en los hechos no la tiene, existe incumplimiento del vendedor.

³⁸ CHEN-WISHART, *Contract Law*, p. 198. Otra diferencia importante se refiere a la imputabilidad del demandado, si se persigue una indemnización y no puede probarse negligencia o dolo (*fraud*) de quien efectuó la declaración. En tal caso, la única forma de obtener la reparación pecuniaria de los daños es probando que la declaración se integró al contrato como un término, pues en ese caso el demandado garantizó la veracidad de la declaración. Ver ALLEN, *Misrepresentation*, p. 117.

³⁹ CHEN-WISHART, *Contract Law*, p. 199. Es importante advertir que la interpretación de lo que se pretendía no es subjetiva, sino objetiva, de manera que la tarea interpretativa no aspira a determinar lo que quería quien formuló la declaración, sino lo que razonablemente parecía que quería. Así, por ejemplo, en

de los supuestos en que existe una ley que incorpora ciertas representaciones⁴⁰, existen múltiples criterios para determinar la intención de las partes: así, por ejemplo, la importancia de la declaración para quien la recibe⁴¹, la posición superior de quien efectúa la declaración⁴², el hecho de que se haya requerido a la parte que recibe la declaración que confirme la veracidad de la misma⁴³, o bien, tratándose de contratos escritos, el hecho de que la declaración no conste en el soporte escrito.

Oscar Chess Ltd v Williams (1957, 1 W.L.R. 370, CA, 374, p. 375) Lord Denning señaló:

“The question whether a warranty was intended depends on the conduct of the parties, on their words and behavior, rather than on their thoughts. If an intelligent bystander would reasonably infer that a warranty was intended, that will suffice”.

⁴⁰ Un ejemplo bastante elocuente es la *Sales of Goods Act* que incorpora como términos ciertas calidades de la cosa vendida. Se trata de lo que se ha denominado “*implied warranty*”. Sobre esto ver GILIKER, P., “Formation of Contract and Pre-contractual information”, en Grundmann, S. y Schauer, M., *The Architecture of European Codes and Contract Law*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2006, p. 306-310.

⁴¹ Uno de los casos más citados a este respecto es *Bannerman v. White* (1861, 10 C.B.N.S. 844), donde un comprador de grano le informó al vendedor que sólo estaba dispuesto a adquirirlo si no había sido tratado con sulfuro. Este requisito se entendió incorporado al contrato, de manera tal que al acreditarse que el grano había sido tratado con sulfuro quedó configurado un incumplimiento contractual por parte del vendedor.

⁴² Así, por ejemplo, en *Dick Bentley Productions Ltd v. Harold Smith (Motors) Ltd* (1965, 1 W.L.R. 623) se consideró que un vendedor de coches que había afirmado que el vehículo en cuestión tenía 20.000 millas (cuando, en verdad, tenía 100.000, cosa que él mismo ignoraba), lo garantizaba contractualmente, toda vez que se encontraba en mejores condiciones que el comprador para averiguar la verdad. En *Oscar Chess Ltd v. Williams*, donde también se trataba de una venta de coches entre profesionales, el vendedor indicó erróneamente el modelo del coche. No obstante, no se consideró que hubiera asegurado contractualmente su declaración, toda vez que ambas partes se encontraban en las mismas condiciones para comprobar el modelo.

⁴³ Así, en *Ecay v. Godfrey* (1947, 80 Ll.L.Rep. 286) se estimó que el vendedor de un barco no había pretendido garantizar contractualmente la calidad de la embarcación toda vez que había sugerido al comprador que lo hiciera revisar por un experto.

b. Las declaraciones excluidas

La regla general es que para que una declaración produzca los efectos propios de la *misrepresentation* es necesario que se satisfagan múltiples requisitos, a saber: que recaiga sobre una cuestión de hecho presente – no futura-, que esa cuestión sea relevante (*material*), y que la declaración no sea ambigua (*unambiguous*). Estos requisitos excluyen varios tipos de declaraciones.

El primer tipo de declaraciones que queda excluida comprende aquellas en las cuales una persona razonable no debería confiar, entre las que se encuentran los *sales talk* o *mere puffs*⁴⁴, es decir declaraciones laudatorias, vagas o exageradas, en términos más familiares al derecho español: el denominado dolo bueno.⁴⁵ Así, por ejemplo, en *De Beers Abrasive Products Ltd v. International General Electric Co of New York Ltd*, un caso de 1975 sobre publicidad comparativa, se establece el siguiente test:

“In the kind of situation where one expects, as a matter of ordinary common experience, a person to use a certain amount of hyperbole in the description of goods, property or services, the courts will do what any ordinary reasonable man would do, namely, take it with a large pinch of salt (...) [The test is] whether a reasonable man would take the claim as being a serious claim or not”.⁴⁶

La regla general es que quien recibe este tipo de declaraciones no puede alegar haber sido engañado por ellas.⁴⁷

⁴⁴ Ver *loc. cit.*, mayor desarrollo en CARTWRIGHT, *Misrepresentation*, pp. 30-32.

⁴⁵ Ver DIEZ-PICAZO (*Fundamentos*, I, pp. 201-202) señalando que:

“Igualmente se acostumbra a situar dentro de la idea de *dolus bonus* las afirmaciones y los elogios exagerados que el comercio suele utilizar en la publicidad de las mercancías, siempre y cuando se mantenga dentro de los límites tolerados por los usos y sea reconocible el carácter publicitario o propagandístico de las afirmaciones”.

⁴⁶ Según la cita de CARTWRIGHT, *Misrepresentation*, p. 30.

⁴⁷ Dos excepciones a esta regla son el caso en que la declaración se asemeje a una opinión y, en cuanto tal, contenga implícitamente una declaración de hecho,

Un segundo grupo de declaraciones que suelen encontrarse excluidas del ámbito de la *misrepresentation* son aquellas que corresponden a meras opiniones de quien las emite.⁴⁸ TREITEL ilustra esto con dos casos.⁴⁹ En el primero de ellos se declaró que un lugar era seguro para anclar una embarcación. En el segundo se declaró que un terreno tenía capacidad para soportar 2.000 ovejas. Según el autor, la razón de que en ambos casos se haya negado a las declaraciones el carácter de *misrepresentation* es que la parte que formuló las declaraciones no tenía conocimiento personal de los hechos en que se basaban y esta situación era conocida por quien recibió la información, por lo tanto, esta última debía saber que se trataba únicamente de creencias u opiniones.

Con todo, existen, al menos, dos excepciones respecto a la regla según la cual las opiniones quedan fuera del ámbito de aplicación de la *misrepresentation*. La primera de ellas tiene lugar cuando quien emite la opinión no cree en ella, o bien la formula sobre un asunto sobre el cual no tiene ningún conocimiento.⁵⁰ De esta manera, existe *misrepresentation* cuando se opina que una pintura es de Rembrandt si dicha opinión no se compadece con lo que realmente cree quien la emite.⁵¹ La segunda excepción se presenta cuando detrás de la opinión subyace una cuestión de hecho que es desconocida para quien recibe la opinión y conocida para quien la emite. Así se sigue de un pasaje, profusamente citado, de *Smith v. Land and House Property Corpn.*, según el cual:

“It is often fallaciously assumed that a statement of opinion cannot involve the statement of fact. In a case where the facts are equally well known to both parties, what one of them says to the other is frequently

y aquel supuesto en el que la declaración se ha integrado como término al contrato. Sobre ambas puede consultarse CHEN-WISHART, *Contract Law*, p. 205.

⁴⁸ FURMSTON (*Law of Contract*, p. 295) define una opinión como: “the statement of a belief based on grounds incapable of actual proof”.

⁴⁹ TREITEL, *The Law of Contract*, p. 330.

⁵⁰ FURMSTON, *Law of Contract*, p. 295.

⁵¹ Tomo el ejemplo de TREITEL, *The Law of Contract*, p. 330.

nothing but an expression of opinion. The statement of such opinion is in a sense a statement of fact, about the condition of the man's own mind, but only of an irrelevant fact, for it is of no consequence what the opinion is. But if the facts are not equally well known to both sides, then a statement of opinion by one who knows the facts best involves very often a statement of a material fact, for he impliedly states that he knows facts which justify his opinion".

Un tercer grupo de declaraciones que se consideran excluidas del radio de acción de la *misrepresentation* son aquellas que recaen sobre el derecho. La perspectiva tradicional es que en el *common law* slo las declaraciones de hecho pueden dar lugar a *misrepresentation*, de tal forma que las declaraciones falsas sobre el derecho no dan lugar ni a la *rescission* del contrato ni a la indemnización de daños y perjuicios.⁵² Una vez más, sin embargo, existen excepciones a la regla.⁵³ Una de ellas tiene lugar cuando la *misrepresentation* es fraudulenta; o bien, si se trata de un pago de lo indebido; o se trata de derecho extranjero, que se considera como un hecho; o bien cuando en una misma declaración se encuentran cuestiones de hecho y de derecho; o, finalmente, cuando se acepta que detrás de una declaración sobre cuestiones de derecho se encuentra una opinión, que en algún caso recibirá el tratamiento propio de las opiniones.⁵⁴

El cuarto grupo de declaraciones que suele excluirse, son aquellas que recaen sobre el futuro. A menos que se incorporen como término al contrato, no dan lugar a acción. TREITEL utiliza como ejemplo el caso de una persona que pide dinero a otra, declarándole que no pedirá dinero a nadie más y, sin embargo, más adelante, después de que se le ha

⁵² TREITEL, *The Law of Contract*, p. 333.

⁵³ Ver CARTWRIGHT, *Misrepresentation*, pp. 38-56.

⁵⁴ CARTWRIGHT (*Misrepresentation*, p. 56) ha sugerido que una característica común que debería encontrarse en el tratamiento de la *misrepresentation* por opiniones o en cuestiones de derecho es que, en ambos casos, el verdadero problema es si quien recibió la declaración podía, razonablemente, confiar en ella.

concedido el préstamo, solicita dinero a un tercero.⁵⁵ La declaración debe representar hechos pasados o presentes, no lo que sucederá o las intenciones que tiene el declarante para el futuro. La razón es que este tipo de declaraciones no involucran una representación, sino una predicción. Así se desprende de las palabras del juez Saville en *Bank Leumi Le Israel B.M. v. British National Insurance Co Ltd.*: “[a] statement as to a future state of affairs can in itself neither be true nor false at the time is made, since the future cannot be foretold”.⁵⁶

Con todo, existen excepciones en este cuarto grupo. La primera, ya se ha dicho, es cuando la declaración se incorpora como término al contrato; la segunda es cuando la declaración es deshonesta. Si se declara una intención que no se tenía se representa algo falso, es decir *misrepresentation*. Probablemente el caso más citado a este respecto sea *Edgington v. Fitzmaurice*, de 1885, donde los directores de una compañía hicieron circular un prospecto a través del cual, solicitaban dinero para nuevas inversiones de la empresa que le permitieran expandir el negocio. El motivo de la solicitud era, en verdad, la necesidad de pagar cuantiosas deudas. En la opinión del juez Denman se lee:

“(...) the state of a man's mind is as much a fact as the state of his digestion. It is true that it is very difficult to prove what the state of a man's mind at a particular time is, but if it can be ascertained it is as much a fact as anything else. A misrepresentation as to the state of a man's mind is, therefore, a misstatement of fact”.⁵⁷

Antes de dejar la declaración y pasar al siguiente elemento de la *misrepresentation* –la inducción– me interesa recalcar dos cosas: la primera de ellas se refiere a su forma y es que, excepcionalmente, se admite la reticencia; los supuestos en que se admite son interesantes toda vez que muestran lo sinuosa que puede ser la línea que separa la

⁵⁵ TREITEL, *The Law of Contract*, p. 331.

⁵⁶ *Bank Leumi Le Israel B.M. v British National Insurance Co Ltd.* 1988, 1 Lloyd's Rep. 71.

⁵⁷ *Edgington v Fitzmaurice*, 1885, 29 Ch. D. 459, CA.

acción y la omisión. Lo segundo que deseo resaltar es la diferencia entre términos y representaciones: si una declaración se entiende incorporada al contrato (es decir, se transforma en un término), su falsedad puede ser alegada a través de las reglas del incumplimiento contractual (*breach of contract*).

B. LA INDUCCIÓN

La existencia de una declaración falsa es una condición necesaria pero no suficiente para que haya *misrepresentation*. Es necesario, además, que dicha declaración induzca a quien la recibe a celebrar el contrato.

Se ha sugerido que para procurarse cualquiera de los remedios disponibles frente a un supuesto de *misrepresentation* es requisito común establecer un vínculo de causalidad entre la declaración y su efecto.⁵⁸ De manera que quien solicita una indemnización de daños y perjuicios, debe acreditar que estos provienen de la declaración de la otra parte; quien pide la rescisión o terminación del contrato debe ser capaz de vincular la celebración de éste a la declaración.⁵⁹

⁵⁸ CARTWRIGHT, *Misrepresentation*, p. 62.

⁵⁹ Una formulación clásica de esto se encuentra en las palabras del juez Romily en *Pulsford v Richards* (1853, 17 Beavv. 87, p. 96 [según la cita de ALLEN, *Misrepresentation*, p. 16]):

“With respect to the character or nature of the misrepresentation itself, it is clear that it may be positive or negative; that it may consist as much in the suppression of what is true as in the assertion of what is false; and it is almost needless to add that it must appear that the person deceived entered into the contract on the faith of it. To use the expression of the Roman law...it must be a representation *dans locum contractui* that is, a representation giving occasion to the contract: the proper interpretation of which appear to me to be the assertion of a fact on which the person entering into the contract relied, and in the absence of which, it is reasonable to infer, that he would not have entered into it; or the suppression of a fact, the knowledge of which it is reasonable to infer, would have made him abstain from the contract altogether”.

Conviene advertir que se ha exagerado la importancia que da el juez Romily al silencio. Como se ha visto, su impacto en la *misrepresentation* es más marginal de lo que parece desprenderse de sus palabras.

La intensidad exigida al vínculo causal es, sin embargo, modesta. CHEN-WISHART ha señalado que es suficiente acreditar que la declaración fue una de las razones que determinaron a la parte a celebrar el contrato. Por tanto, no es necesario, según esta autora, que haya sido la única, ni siquiera la predominante.⁶⁰

Con respecto a la prueba del vínculo causal, los tribunales ingleses, suelen tomar como evidencia del carácter inductivo de una declaración su relevancia (*material*).⁶¹ Por relevante se entiende que la declaración tenga la entidad suficiente como para afectar la decisión de contratar –y en qué términos hacerlo– de una persona razonable.⁶²

Finalmente, respecto del vínculo causal, existirán casos en que, a pesar de existir una declaración falsa, precisamente por la falta de dicho vínculo no habrá lugar a *misrepresentation*. Tres supuestos son especialmente evidentes para la doctrina⁶³, a saber: aquellos en que el demandante nunca tuvo noticia de la declaración; aquellos en que la declaración no afectó su decisión pues utilizó otra información; y aquellos en que sabía que la declaración era falsa. El primer supuesto puede ser ilustrado a través del caso en que un accionista buscó privar de efecto al contrato de compraventa de acciones por *misrepresentation*, alegando la existencia de informes falsos; sin embargo, no logró acreditar que había leído los informes o que alguien le había hablado de ellos.⁶⁴ El segundo supuesto puede ser ejemplificado a través de un caso donde el vendedor de una mina le entregó al comprador información acerca de su rendimiento que era exagerada y poco confiable, sin embargo, se acordó que el contrato se celebraría solamente si a través del examen de peritos independientes

⁶⁰ CHEN-WISHART, *Contract Law*, pp. 213-214.

⁶¹ Ver CARTWRIGHT, *Misrepresentation*, pp. 64-66.

⁶² ALLEN, *Misrepresentation*, p. 19.

⁶³ Ver FURMSTON, *Law of Contract*, p. 298.

⁶⁴ Ver FURMSTON, *Law of Contract*, pp. 298-299, citando *Re Northumberland and Durham District Banking Co, ex p Bigge* (1858. 28 LJ Ch. 50).

podían confirmarse las afirmaciones del vendedor, cosa que sucedió.⁶⁵ Respecto del tercer supuesto (cuando el destinatario sabía que la declaración era falsa), su obiedad excusa de ejemplificarlo; con todo, convendrá advertir que lo que se exige es un conocimiento real y completo de la falsedad de la declaración, de manera que si dicho conocimiento era sólo posible o fragmentario, la excepción no opera.⁶⁶

Antes de dejar la *misrepresentation* me interesa señalar que la razón por la que me he detenido con algún detalle en ella, es porque un examen de esta institución permite extraer dos importantes conclusiones. La primera de ellas es que cuando se afirma que en derecho inglés no existe un deber general de informar durante las negociaciones de un contrato, dicha afirmación no cubre el suministro de información defectuosa: quien elige informar debe hacerlo correctamente. Por lo mismo, para calibrar cuán precisa es la afirmación será necesario considerar la reticencia, lo que a su vez implica determinar bajo qué condiciones se considera legítimo el silencio de quien no informa. La segunda conclusión que es útil enfatizar se refiere a la reticencia, y es que al analizar la *misrepresentation* es posible advertir que ciertos supuestos de reticencia dan lugar a los remedios propios de la *misrepresentation*. Con todo, se trata de casos en los que la frontera entre la acción y la abstención suele ser difusa.

⁶⁵ *Ibid.*, pp. 299-300, citando *Attwood v. Small* (1862, 1 H & C 90).

⁶⁶ *Ibid.*, pp. 300-301.

III. *DUTY TO DISCLOSURE* Y ERROR:

EL ÁMBITO DE LA OMISIÓN

El rechazo a la imposición de un deber general de informar en el derecho inglés se encuentra en el ámbito de las abstenciones. Pero, aún dentro de este ámbito, es necesario avanzar pausadamente. La razón de esta prevención es la existencia de numerosos deberes precontractuales de informar típicos. Por lo tanto, la inexistencia de un deber general de informar sólo puede predicarse más allá del radio de acción de dichos deberes.

A continuación muestro, en primer lugar, la presencia de deberes típicos. En segundo lugar, me detengo sobre el error con el objeto de mostrar qué sucede ahí donde no existen deberes precontractuales tipificados.

A. DEBERES TÍPICOS

Aún cuando suela afirmarse que los sistemas del *common law* y de derecho continental utilizan aproximaciones diversas –casi contradictorias– en lo que se refiere a la imposición de deberes precontractuales de informar⁶⁷, una mirada al ordenamiento jurídico

⁶⁷ Ver p. 259.

inglés muestra la presencia de numerosos deberes precontractuales de información, creados ya sea a través de precedentes judiciales o bien de leyes.

La justificación de dichos deberes puede encontrarse en el tipo de contrato de que se trate, en la relación que exista entre las partes o bien, en tercer lugar, en la ley.⁶⁸ Convendrá ilustrar esto con algunos ejemplos.

Respecto del tipo de contratos, el ejemplo más evidente en el derecho inglés es el contrato de seguro, en el cual se exige al asegurado suministrar información al asegurador acerca de todas aquellas circunstancias que resulten relevantes para determinar la relación entre la prima y la indemnización y para decidir si se asegura o no el riesgo.⁶⁹ Otros ejemplos, en los cuales el alcance del deber es más modesto, son los contratos de garantía⁷⁰, de compraventa de inmuebles⁷¹, de sociedad⁷² y las transacciones (*compromise*).⁷³

Tratándose de la relación entre las partes, probablemente, la existencia de una relación fiduciaria o de confianza entre los contratantes sea la excepción más conspicua a la renuencia de reconocer deberes precontractuales de información, no sólo en el derecho inglés, sino, en general, en el *common law*.⁷⁴ El problema es, desde luego, cómo determinar si la relación es de esta especie o no.⁷⁵

⁶⁸ Tomo esta clasificación de CARTWRIGHT, *Misrepresentation*, p. 543.

⁶⁹ Ver CARTWRIGHT, *Misrepresentation*, p. 549.

⁷⁰ Aquí la información que debe suministrar quien solicita a otro que garantice su deuda se refiere a las circunstancias inusuales que el garante necesita conocer para tomar su decisión. Ver TREITEL, *The Law of Contract*, p. 398.

⁷¹ Lo que se debe informar son los vicios redhibitorios (*physical latent defects*) y los vicios jurídicos (*defects of title*), estos últimos en la medida que el comprador no los pueda descubrir empleando una diligencia ordinaria. Ver TREITEL, p. 298.

⁷² Ver CARTWRIGHT, *Misrepresentation*, p. 555.

⁷³ Ver TREITEL, *The Law of Contract*, p. 398.

⁷⁴ Para el derecho inglés puede consultarse SMITH, *Atiyah's Introduction*, p. 249 y TREITEL, *The Law of Contract*, p. 399. En el ámbito estadounidense se ha sostenido que las relaciones de confianza o fiduciarias son la justificación más frecuente de la imposición de un deber de información. Ver KRAWIEC y ZEILER,

Finalmente, la ley. Como sucede en el resto de Europa, en el derecho inglés existe una multiplicidad de leyes que trasponen las directivas de protección a los consumidores y que, por lo mismo, imponen deberes precontractuales de información como los que fueron analizados en el capítulo segundo de la primera parte de esta investigación.⁷⁶ Así sucede, por ejemplo, con *The Consumer Protection (Distance Selling) Regulations 2000*, que transponen la Directiva 2002/65/CE sobre ventas a distancia en las cuales se exige al empresario, previamente a la celebración del contrato, suministrar información acerca del derecho de desistimiento, las principales características del bien o servicio y, en aquellos supuestos en los que corresponda, costos de envío.

B. EL ERROR (*MISTAKE*)

Advertida la presencia de deberes precontractuales de informar que pueden denominarse típicos⁷⁷, resta por explorar qué sucede más allá de ellos. Es decir, cuál es la posición del derecho inglés cuando tiene lugar el supuesto de hecho que origina la pregunta acerca de si se debe o no informar y no existe un precedente o una ley que tipifique un deber de informar. Es en este ámbito donde parece residir la diferencia entre el

"Common Law Disclosure", p. 1808; CALAMARI y PERILLO, *Contracts*, p. 369, y PALMERI, "Good Faith Disclosures", p. 127 y ss.

⁷⁵ En el derecho inglés se considera que en las relaciones fiduciarias y de confianza el deber de informar se encuentra subordinado al deber general de no abusar de la posición de confianza o explotar la relación fiduciaria (SMITH, *Atiyah's Introduction*, p. 249), de manera que buena parte de la discusión se desplaza hacia la *undue influence*. Posteriormente, vuelvo sobre esto, ver pp. 467-487.

⁷⁶ Ver pp. 135-248.

⁷⁷ Al examinar el derecho español en la primera parte utilicé la expresión "deberes precontractuales de informar típicos" para referirme a aquellos supuestos en que el legislador impone un deber precontractual de informar. En el ordenamiento jurídico inglés –y en el *common law* en general- es necesario comprender dentro de los deberes típicos, además de los deberes impuestos por el legislador, aquellos impuestos por los precedentes judiciales.

derecho inglés y los sistemas de derecho continental.⁷⁸ Para examinar esta materia resultará útil detenerse sobre la regulación del error. La razón que justifica el estudio de esta figura es que puede considerarse al deber de informar como un deber de prevenir el error unilateral⁷⁹; por lo tanto, a falta de un deber precontractual de informar tipificado, la respuesta a la pregunta acerca de la existencia de deberes atípicos puede buscarse, parcialmente al menos, en el funcionamiento de esta figura.

Al igual que sucede con la *misrepresentation*, el error es una figura compleja en el derecho inglés.⁸⁰ Varias razones explican esta afirmación.⁸¹ La primera de ellas es que el error no es la única figura jurídica que se utiliza para resolver los problemas relacionados con la ignorancia de una de las partes. Así, por ejemplo, la *misrepresentation* y la doctrina de la *unconscionability*⁸² cubren supuestos de ignorancia de una de las partes. La segunda es que la justificación de los remedios aplicable al error es, como se verá, un tema intensamente debatido. La tercera y última razón es que la doctrina del error está plagada de distinciones. Así, por ejemplo, según sobre qué recaiga⁸³, si es unilateral

⁷⁸ Ver BEALE, et al., *Contract Law*, p. 410, señalando a propósito de la comparación de los sistemas continentales y *common law* que: "[I]t is in relation to *more general duties* of disclosure that the various systems produce radically different solutions" (la cursiva es mía).

⁷⁹ SMITH, *Atiyah's Introduction*, pp. 243-244

⁸⁰ SMITH, J. ("Contracts-Mistake, Frustration and Implied Terms", *The Law Quarterly Review*, vol. 110, 1994, p. 400) comenzando su artículo señala que: "[o]ne of the greatest difficulties for students of the law of contract has always, in my teaching experience, been the law relating to mistake".

⁸¹ En tal sentido CHEN-WISHART, *Contract Law*, pp. 243-245.

⁸² En una formulación clásica de 1750, Lord Hardwike sostuvo que "un negocio *unconscionable* es aquel en que, de una parte, ningún hombre en sus casillas y sin ánimo de engañar ofrecería y, de otra, ningún hombre decente aceptaría". Citado en WININGS, M. S., "The Old, the Ignorant, and the Downright Shameful: A Study of the Parties and Circumstances of Early American Cases that Shaped the Legal Doctrine of Unconscionability", 2005, <http://ssrn.com/abstract=650822>. Visitado 25/08/2005. La traducción es mía, el texto original es el siguiente: "an unconscionable bargain is one such as no man in his senses and not under delusion would make on the one hand, and as no honest and fair man would accept on the other".

⁸³ Se distingue si recae sobre el contenido del contrato (*terms of the contract*), la identidad de la otra parte (*identity fo the other party*) o sobre el objeto del

o compartido⁸⁴, o si recae sobre cuestiones de hecho o de derecho.⁸⁵ Atender a estas distinciones es importante, porque da lugar a distintos tipos de error, a los que, eventualmente, se aplican diferentes soluciones. Para los efectos que aquí interesan, sin embargo, bastará detenerse únicamente en dos tareas: (1) revisar aquellos supuestos de error en los que se presenta con mayor claridad el problema propio del deber de informar y (2) determinar cuáles son las razones que justifican la resistencia del derecho inglés a ofrecer remedios frente el error.

1. EL ERROR UNILATERAL CONOCIDO O RECONOSCIBLE

A efectos de este trabajo importa un supuesto de error, el unilateral, específicamente aquel en que una de las partes sabía o debía haber sabido que la otra estaba cometiendo un error y no se lo informó.

En el derecho inglés suele afirmarse que el error unilateral⁸⁶ no produce efectos.⁸⁷ Esta afirmación suele ser correcta; sin embargo, lo que es necesario investigar aquí es una especie de error unilateral en el que la regla no es tan clara: el conocido o reconocible y, a propósito de él, indagar si existe o no un deber de informar de su error a la parte que lo está padeciendo. Para considerar dicha hipótesis será conveniente distinguir las tres manifestaciones del error que reconoce el derecho

contrato (*subject-matter of the contract*), y esto último puede comprender múltiples aspectos. Así, por ejemplo, en la compraventa incluye: a) la existencia de la cosa, b) sus características o cualidades, c) poder de disposición del vendedor que lo habilita a enajenar la cosa, y d) el carácter prohibido de la venta.

⁸⁴ Generalmente, como se verá, el error unilateral no produce consecuencias jurídicas en sede de error; en cambio, si fue inducido por una declaración puede producirlas a través de la *misrepresentation*.

⁸⁵ Históricamente, la regla es que los errores de derecho no producen consecuencias jurídicas.

⁸⁶ Es decir, aquel que únicamente padeció quien luego busca privar de eficacia al negocio jurídico, una indemnización de perjuicios u otra consecuencia jurídica aparejada al error.

⁸⁷ Ver, por ejemplo, MARKESINIS, et al., *The German Law*, p. 280, citando a Lord Thankerton.

inglés: el error que recae sobre el contenido del contrato (*mistake about the terms of the contract*); aquel que recae sobre la identidad de la otra parte y, finalmente, aquel que recae sobre el objeto (*subject-matter*) del contrato.

a. El error sobre el contenido del contrato (*mistake about the terms of the contract*)

Un error acerca del contenido del contrato puede significar dos cosas. La primera de ellas es que una o ambas partes creen no haber celebrado el contrato. La segunda es que, estando de acuerdo en que se celebró el contrato, una o ambas partes creen que el contenido del contrato es diverso de lo que realmente es.

Para comprender este tipo de error es necesario advertir que en el derecho inglés el test para determinar si hubo acuerdo y cuáles son los términos del acuerdo es objetivo, lo determinante pues no es lo que deseaban las partes, sino la apariencia que crearon con su conducta, palabras o silencios.⁸⁸ Así, es perfectamente posible que una persona crea que se está obligando a entregar una mercadería determinada y produzca, en cambio, la apariencia de estarse obligando a entregar otra diversa.⁸⁹ En este supuesto, el contenido de su obligación quedará determinado por la apariencia; es decir, en derecho inglés, prevalece la declaración sobre la voluntad. Así se desprende con toda claridad de la opinión del juez Hannen en *Smith v Hughes*:

“(...) one of the parties to an apparent contract may, by his own fault, be precluded from setting up that he had entered into it in a different sense to that in which it was understood by the other party. Thus in the

⁸⁸ Ver pp. 296-297.

⁸⁹ En *Scott v. Littledale*. (1858, 8 E. B. 815; 27 L. J. (Q.B.) 201) un vendedor, por error, ofreció una muestra de productos distinta a la que deseaba vender, en términos tales que era razonable que el comprador creyera que esos eran los productos que se le estaban ofreciendo. El error del vendedor no lo liberó de cumplir con su obligación de entregar los productos ofrecidos.

case of a sale by sample where the vendor, by mistake, exhibited a wrong sample, it was held that the contract was not avoided by this error of the vendor".⁹⁰

La regla respecto del error unilateral es, en general, que no produce efectos.⁹¹ Dicha regla, sin embargo, tiene una excepción: si la otra parte conoce, o debiera conocer, el error que está cometiendo la primera, el error produce sus efectos. Esto puede ser ilustrado continuando con el ejemplo del vendedor utilizado por el juez Hannen:

"But if in the last-mentioned case the purchaser, in the course of the negotiations preliminary to the contract, had discovered that the vendor was under a misapprehension as to the sample he was offering, the vendor would have been entitled to shew that he had not intended to enter into the contract by which the purchaser sought to bind him. The rule of law applicable to such a case is a corollary from the rule of morality which Mr. Pollock cited from Paley (*Moral and Political Philosophy*, Book III., ch. v), that a promise is to be performed "in that sense in which the promiser apprehended at the time the promisee received it," and may be thus expressed: "The promiser is not bound to fulfil a promise in a sense in which the promisee knew at the time the promiser did not intend it". And in considering the question, in what sense a promisee is entitled to enforce a promise, it matters not in what way the knowledge of the meaning in which the promiser made it is brought to the mind of the promisee, whether by express words, or by conduct, or previous dealings, or other circumstances. If by any means he knows that there was no real agreement between him and the promiser, he is not entitled to insist that the promise shall be fulfilled in a sense to which the mind of the promiser did not assent.

⁹⁰ *Smith v Hughes*, pp. 609-610.

⁹¹ Así, por ejemplo, *CARTWRIGHT (Misrepresentation*, p. 427):

"typically, where the defendant's misunderstanding about the term was neither caused by the claimant, nor arose in circumstances where the external observer in the claimant's position would have realized that there was a mistake, the defendant is bound because he has not one to blame but himself".

If, therefore, in the present case, the plaintiff knew that the defendant, in dealing with him for oats, did so on the assumption that the plaintiff was contracting to sell him old oats, he was aware that the defendant apprehended the contract in a different sense to that in which he meant it, and he is thereby deprived of the right to insist that the defendant shall be bound by that which was only the apparent, and not the real bargain".⁹²

Se trata de una cita extensa, pero necesaria para ilustrar este punto. Si el error unilateral sobre los términos del contrato es reconocido –o debió haber sido reconocido⁹³– por la otra parte, esta última no tiene derecho a exigir el cumplimiento del contrato tal y como quedó convenido. La razón de esto es sencilla: en derecho inglés el tratamiento del error queda determinado de forma significativa por la protección de la confianza y la seguridad jurídica, esto explica que se protejan las apariencias. Pero, si una de las partes reconoce el error de la otra no hay ninguna apariencia ni, en consecuencia, confianza que proteger.⁹⁴

Ahora bien, las cosas no terminan aquí. Al menos tratándose de contratos escritos, en el derecho inglés se asume que si la parte que conoce –o debe conocer– el error de la otra no lo informó, aquella parte que cometió el error puede exigir el cumplimiento del acuerdo tal y como lo entendió.⁹⁵

⁹² CARTWRIGHT, *Misrepresentation*, p. 427. Ver también *Hartog v. Collin & Shields* (1939, All E.R, 566), donde en un contrato de venta de pieles de conejo se estipuló un precio por libra (*per pound*), sin embargo, el comprador sabía (o debía haber sabido) que el vendedor pretendía el precio por pieza, no por peso.

⁹³ Ver BEALE, "Misrepresentation", p. 312: "[i]t is not clear whether for the mistake to be operative it must actually be known to the other party, or whether it is enough that it ought to have been apparent to any reasonable man".

⁹⁴ Ver pp. 295-298.

⁹⁵ BEALE, "Misrepresentation", p. 314. Lo que opera aquí es una rectificación del contrato en términos que su contenido se modifica como si hubiera sido aquel que entendió quien cometió el error, lo cual significa que la otra parte quedará vinculada por unos términos que, en verdad, no deseaba.

Una regla alternativa sobre adaptación del contrato puede encontrarse en el artículo 4:105 de los PECL. Un análisis de dicho precepto en MORALES MORENO, A.

b. El error sobre la identidad

Salvo que una parte ignore su propia identidad, lo más frecuente será que el error sobre la identidad sea unilateral. La regla en el derecho inglés es que un error acerca de la identidad de la otra parte determina que el contrato sea anulable (*voidable*). Evidentemente, esto siempre y cuando se trate de negocios donde la identidad haya sido relevante (*material*) para quien contrató. La opinión de Lord Atkin en *Bell v. Lever Bros Ltd.*, ilustra bien este aspecto:

“a mistaken belief by A. that he is contracting with B., whereas in fact he is contracting with C, will negative consent where it is clear that the intention of A. was to contract only with B”.⁹⁶

La claridad de la regla es, sin embargo, engañosa. Esto por, al menos, cuatro razones. La primera de ellas es que para aplicarla es necesario determinar si el error sobre la identidad fue o no relevante.⁹⁷ La segunda es que la regla precisa determinar qué debe entenderse por identidad.⁹⁸ La tercera, es que es necesario que no se haya creado la apariencia –en la que una persona razonable podría confiar– de que se deseaba contratar con la persona cuya identidad se ignoraba.⁹⁹ Finalmente, la cuarta regla, que es la que interesa más directamente aquí, es que no es suficiente que el error sobre la identidad haya sido relevante; además, debe

M., “Validez del contrato”, en Cámara Lapuente, S. (coord.), *Derecho privado europeo*, Editorial Colex, Madrid, 2003, pp. 392-394.

⁹⁶ *Bell v. Lever Bros Ltd.*, p. 217.

⁹⁷ Hay que recordar en este punto que la regla general es que los contratos no sean *intuitu personae*, esto es, celebrados en consideración a la persona del otro contratante.

⁹⁸ En el derecho inglés se suele distinguir la identidad de los atributos de la persona. No se trata de que la persona no tenga ciertas cualidades que se habrán supuesto previamente (solvencia económica, estatus social, etc.), sino de que sea una persona distinta a aquella con la que se creyó estar contratando.

⁹⁹ Sobre esto ver pp. 295-298.

acreditarse que, o bien la otra parte causó el error, o bien lo conocía o debía conocerlo.¹⁰⁰

Lo más frecuente en supuestos de error sobre la identidad es que se trate de errores inducidos por aquella parte que no sufre el error. Por lo mismo, son tratados como supuestos de *misrepresentation*. En palabras de CARTWRIGHT:

“in almost every case the mistake of identity was induced by the other party's misrepresentation; and such a misrepresentation is generally fraudulent. The purpose of misleading another party about one's own identity is commonly to practice some form of deception; and, anyway the misrepresentation of his own identity by a negotiating party is inevitably fraudulent for the very reason that he knows his own identity and therefore knows that he is making a statement that is not true. The party who is misled about the other's intention by his misrepresentation will therefore have a range of remedies arising from the misrepresentation”.¹⁰¹

c. El error sobre el objeto (*subject-matter*) del contrato

En este supuesto, el error recae sobre el objeto de la obligación de una de las partes. El error puede ser compartido o unilateral. En el derecho inglés la respuesta es diversa en uno y otro caso. Tratándose del error compartido o bilateral, la primera pregunta que es necesario hacer es si el contrato explícita o implícitamente ha distribuido el riesgo.¹⁰² Si la respuesta es afirmativa el problema del error no llega a presentarse, pues basta con seguir la distribución de riesgos contenida en el acuerdo. Si no es posible derivar la distribución de riesgos del contrato, la siguiente pregunta es si el error posee la entidad suficiente como para privar de eficacia al contrato.

¹⁰⁰ CARTWRIGHT, *Misrepresentation*, p. 462.

¹⁰¹ *Ibid*, pp. 463-464.

¹⁰² Ver p. 296.

El test que se utiliza actualmente para determinar esto último fue fijado en *Great Peace Shipping Ltd v. Tsavlis Salvage (International) Ltd*.¹⁰³ Se trata de un contrato de salvamento marítimo de un navío, el Cape Providence, que había sufrido daños estructurales severos. Se celebró un contrato en virtud del cual un navío –el Great Peace– que, supuestamente, se encontraba en las cercanías, rescataría la carga y los pasajeros del Cape Province. Sin embargo, al celebrar el contrato ambas partes ignoraban que el Great Peace no se encontraba a 35 millas del Cape Province –como ambas creyeron– sino a 410. Los responsables del Great Peace advirtieron esto alrededor de dos horas después de celebrado el contrato; no obstante, lograron localizar otro navío que se encontraba en las cercanías del Cape Province y le encargaron el rescate. Quienes habían celebrado el contrato por el Cape Province se negaron a pagar alegando que el contrato era nulo por error. El tribunal consideró que debían reunirse cinco requisitos para que un error común sobre el objeto del contrato determinara su ineficacia:

“The following elements must be present if common mistake was to avoid a contract: (i) there must be a common assumption as to the existence of a state of affairs; (ii) there must be no warranty by either party that that state of affairs existed; (iii) the non-existence of the state of affairs must not be attributable to the fault of either party; (iv) the non-existence of the state of affairs must render performance of the contract impossible; (v) the state of affairs might be the existence, or a vital attribute, of the consideration to be provided or circumstances which must subsist if performance of the contractual adventure was to be possible”.¹⁰⁴

Tratándose de errores unilaterales las cosas son distintas. La regla es que un error unilateral sobre el objeto del contrato no es suficiente para

¹⁰³ *Great Peace Shipping Ltd v. Tsavlis Salvage (International) Ltd*, 2002 EWCA Civ. 1407; 2003 Q.B. 679.

¹⁰⁴ CARTWRIGHT, *Misrepresentation*, p. 76.

provocar la ineficacia del mismo.¹⁰⁵ Desde luego, si es inducido por la otra parte puede ser alegado como *misrepresentation*, pero si lo que sucede es que la otra parte únicamente conoce o debe conocer el error no basta para provocar la ineficacia del contrato. La razón que explica la anterior afirmación es que no existe, en general, un deber de informar a la otra parte acerca de su error. Una solución que se mantiene firme desde la opinión del juez Blackburn en *Smith v. Hughes*:

“In this case I agree that on the sale of a specific article, unless there be a warranty making it part of the bargain that it possesses some particular quality, the purchaser must take the article he has bought though it does not possess that quality. And I agree that even if the vendor was aware that the purchaser thought that the article possessed that quality, and would not have entered into the contract unless he had so thought, still the purchaser is bound, unless the vendor was guilty of some fraud or deceit upon him, and that a mere abstinence from disabusing the purchaser of that impression is not fraud or deceit; for, whatever may be the case in a court of morals, there is no legal obligation on the vendor to inform the purchaser that he is under a mistake, not induced by the act of the vendor”.¹⁰⁶

2. LA RENUENCIA FRENTE AL ERROR

Expuestas las manifestaciones del error unilateral ¿qué conclusiones es posible extraer? Las más importantes, en mi opinión, se relacionan con los intereses jurídicos cuya protección explica el diseño de la figura y permiten explicar la renuencia frente al error y al deber de informar.

¹⁰⁵ Sobre esto puede verse la cita de CARTWRIGHT (*Misrepresentation*, pp. 504-505) a *Smith v. Hughes* y *Bell v. Lever Bros*.

¹⁰⁶ *Smith v. Hughes*, pp. 606-607.

Se ha señalado que existen cuatro razones que explican el tratamiento del error en el derecho inglés.¹⁰⁷ La primera de ellas es que dicha noción de error socavaría la distribución de riesgos que explícita o implícitamente se ha hecho en el contrato.¹⁰⁸ La segunda razón es la necesidad de proteger la confianza razonable que un contratante deposita sobre las apariencias creadas por la otra parte durante la negociación del contrato. La tercera razón es la preocupación de que una noción menos exigente de error –esto es, una noción subjetiva de error- arriesga una especie de excusa general para negarse a cumplir el contrato alegando su invalidez toda vez que la voluntad contenida en el contrato no era la verdadera voluntad de quien la emitió.¹⁰⁹ Finalmente, la cuarta razón, es que en una economía de mercado es necesario remunerar la investigación y el conocimiento, en términos que, por regla general, la parte que dispone de mayor información debe ser capaz de poder aprovecharse de ella, aún en detrimento de la que tiene menos.

a. La seguridad jurídica

Al observar estas razones es fácil advertir que la seguridad jurídica o la certeza parece ser el interés jurídico predominantemente protegido. Esto explica dos características del derecho inglés que permiten comprender mejor el funcionamiento del error en el mismo. La primera de ellas es la idea de distribución de riesgos. La segunda característica que es útil presentar es la aplicación del test objetivo para determinar el contenido del contrato.

¹⁰⁷ CHEN-WISHART, *Contract Law*, p. 251.

¹⁰⁸ En otras palabras, la decisión de los jueces terminaría reemplazando al acuerdo de las partes. Y, como sostuvo el juez Steyn en *Associated Japanese Bank v Credit du Nord* (p. 268): “[t]he first imperative must be that the law ought to uphold rather than destroy apparent contracts”.

¹⁰⁹ Ver CARTWRIGHT, *Misrepresentation*, p. 414.

(i) *Un problema de distribución de riesgos*

En el derecho inglés los problemas relacionados con el error suelen resolverse como un asunto de distribución de riesgos.¹¹⁰ La pregunta será entonces si el contrato ha distribuido de alguna manera –implícita o explícitamente– el riesgo de que las presuposiciones de las partes no se compeadezcan con la realidad.¹¹¹ Según ha señalado una autora, en la práctica, los tribunales frecuentemente consideran que una de las partes ha asumido el riesgo de la ocurrencia del error y que, por lo mismo, debe soportarlo.¹¹² Así, por ejemplo, en *Associated Japanesse Bank (International) Ltd v. Credit du Nord SA*, el juez Steyn señaló que:

“Logically, before one can turn to the rules as to mistake, whether at common law or in equity, one must first determine whether the contract itself, by express or implied condition precedent or otherwise, provides who bears the risk of the relevant mistake. It is at this hurdle that many pleas of mistake will either fail or prove been unnecessary. Only if the contract is silent on the point, is there scope for invoking mistake”.¹¹³

(ii) *El test objetivo*

En el derecho inglés, el contrato no se justifica por lo que podría denominarse el acuerdo subjetivo de las partes (*subjective meeting of minds*), sino que, tanto la existencia del contrato como su contenido, quedan determinados por la aplicación de un test objetivo, es decir, la intención de las partes se interpreta objetivamente. Esto supone que se presta menos atención a lo que la persona que cometió el error deseaba

¹¹⁰ Así, por ejemplo, BEALE (“Misrepresentation”, p. 300) ha señalado respecto del error bilateral que: “[t]he question of the effect of mutual mistake in the law of contract is basically one of the allocation of risk as to the facts being as assumed”. Ver también SMITH, *Atiyah’s Introduction*, p. 178.

¹¹¹ Ver SMITH, “Contracts-Mistake”, p. 407.

¹¹² CHEN-WISHART, *Contract Law*, p. 249.

¹¹³ *Associated Japanesse Bank (International) Ltd v. Credit du Nord SA* (1989) 1 W.L.R. 255, p. 268.

que a aquello que una persona razonable interpretaría de su conducta, sus palabras o, excepcionalmente, de su silencio.¹¹⁴ Así, por ejemplo, el juez Blackburn señaló en *Smith v. Hughes* que:

“If, whatever a man’s real intention may be, he so conducts himself that a reasonable man would believe that he was assenting to the terms proposed by the other party, and that other party upon that belief enters into the contract with him, the man thus conducting himself would be equally bound as if he had intended to agree to the other party’s terms”.

Lo que resulta determinante entonces no es lo que la persona quería, sino lo que razonablemente parece que quería, es decir, la apariencia que provocó en la negociación.

La protección de la seguridad jurídica explica por qué no suele reconocerse efecto al error unilateral. Explica, además, por qué el error unilateral reconocido sobre los términos del contrato o sobre la identidad del otro contratante produce sus efectos: la razón es que si una parte sabe que la otra se está equivocando y no se lo informa, ¿qué confianza es la que se está protegiendo? La respuesta es que ninguna, pues no hay apariencia que proteger.

Sin embargo, si lo anterior es correcto, si de lo que se trata es únicamente de proteger la seguridad de manera que los contratantes puedan confiar en las apariencias, no es claro por qué cuando la otra parte conocía el error puede permanecer lícitamente en silencio, como sucede tratándose del error sobre el objeto del contrato. Esto es así porque, en tal caso, no se protege apariencia alguna. La razón de que en ese supuesto no exista deber de informar no se encuentra en la protección de las apariencias, sino

¹¹⁴ Ver CARTWRIGHT, *Misrepresentation*, pp. 413-424 y TREITEL, *The Law of Contract*, pp. 1-8.

en la posición que asume el derecho inglés frente a las exigencias de la buena fe durante la negociación del contrato.

b. El rechazo de las exigencias de la buena fe

ATIYAH ha sugerido que, en el derecho inglés, la falta de un deber general de informar en sede precontractual no resulta extraña si se tiene en cuenta la ausencia de un deber general de actuar de buena fe.¹¹⁵

Un ejemplo bien evidente del rechazo a la imposición de las exigencias de la buena fe durante la negociación de un contrato se encuentra en la opinión de Lord Ackner en *Walford v. Miles*, un caso de ruptura unilateral de las negociaciones de un contrato donde las partes habían acordado negociar de buena fe. Lord Ackner no se convenció del valor de ese acuerdo para el derecho inglés. En lo que es útil aquí, y en sus palabras:

“the concept of a duty to carry on negotiations in good faith is inherently repugnant to the adversarial position of the parties when involved in negotiations. Each party to the negotiations is entitled to pursue his (or her) own interest, so long as he avoids making misrepresentations”.¹¹⁶

Aunque históricamente las cosas no siempre fueron así¹¹⁷, las palabras de Lord Ackner parecen capturar adecuadamente el estado de la cuestión en el derecho inglés.¹¹⁸ Según algunos comentaristas, el rechazo en el

¹¹⁵ SMITH, *Atiyah's Introduction*, pp. 243-244

¹¹⁶ *Walford v. Miles*, 1992 64 P & C.R. 166, p. 173.

¹¹⁷ En *Carter v. Boehm* (1766, 3 Burr. 1905, p. 1909), un caso sobre seguros, Lord Mansfield se refirió al principio de buena fe como: “[t]he governing principle (...) applicable to all contracts and dealings”.

¹¹⁸ Ver, por ejemplo la opinión de Lord Bingham en *Interphoto Pictures Library Ltd v. Stiletto Visual Programmes Ltd* (1989, 1 Q.B. 433, p. 439:

“In many civil law systems, and perhaps in most legal systems outside the common law world, the law of obligations recognises and enforces an overriding principle that in making and carrying out contracts parties should act in good faith. This does not simply mean that they should not deceive each other, a principle which any legal system must recognise;

derecho inglés a la intervención de terceros –el legislador o los jueces- en el proceso de negociación de un contrato para cautelar las exigencias de la buena fe puede explicarse por la influencia prevaleciente de una economía de libre mercado en Inglaterra durante los siglos XIX y XX.¹¹⁹ En palabras de ATIYAH:

“There is no doubt that in the commercial sphere this approach is closely associated with the economic basis of our society. The whole essence of trade and business in a free-enterprise society is that parties compete with each other ‘at arm’s length’ as the lawyers say, that is, on a footing of equality. Each party is entitled to make use of what information he has in order to obtain the best bargain he can get; neither party is under any obligation to assist the other party. In a sense all this is of the essence of freedom of contract and free enterprise, and it is doubtful if trade and commerce could operate in the way it does on the basis of any other rule”.¹²⁰

Del párrafo transcrito puede extraerse que la razón para rechazar las exigencias de la buena fe durante la negociación de un contrato se relaciona con las bases económicas de una sociedad de libre mercado,

its effect is perhaps most aptly conveyed by such metaphorical colloquialisms as "playing fair," "coming clean" or "putting one's cards face upwards on the table". It is in essence a principle of fair and open dealing (...).

English law has, characteristically, committed itself to no such overriding principle but has developed piecemeal solutions in response to demonstrated problems of unfairness”.

Es interesante advertir, a propósito de esta última parte de la cita, que del hecho que el derecho inglés no reconozca un principio general de buena fe no se sigue que llegue a soluciones radicalmente diversas a los ordenamientos del derecho continental. Lo que sucede es que la técnica es distinta; en unos, a través de principios generales, en otros, a través de instituciones más circunscritas. En un sentido similar, ZIMMERMANN (*Estudios de derecho europeo*, p. 156) ha señalado que la progresiva incorporación de la equidad en el derecho inglés ha determinado que su diferencia con los ordenamientos continentales respecto a la exigencia de la buena fe sea menos de sustancia y más de técnica jurídica.

Para más citas de casos en un sentido similar puede consultarse WHITTAKER, S., “Introductory”, en *Chitty on Contracts*, 28ª ed., Sweet & Maxwell, Londres, 1999, p. 14.

¹¹⁹ LEGRAND, “Pre-Contractual Disclosure”, p. 323.

¹²⁰ ATIYAH, *An Introduction*, p. 181.

caracterizada por la libre competencia, en la que cada uno de los contratantes puede hacer uso de la información de la que dispone para su propio beneficio y no tiene el deber de ayudar a la otra parte.

*

Pues bien, cuando se consideran en conjunto las razones que explican la resistencia al error en el derecho inglés se advierte que, en términos generales, se trata de argumentos económicos derivados de un modelo de economía de libre mercado. Entre ellos, en primer lugar, la seguridad que resulta imprescindible para el correcto funcionamiento del mercado. En segundo lugar, la idea de que la actividad comercial precisa libre competencia entre las partes y las exigencias de la buena fe –entre ellas el deber de informar- entorpece dicha competencia en la medida que obliga a las partes a colaborar, sacrificando las ganancias que hubieran obtenido si se les hubiera permitido beneficiarse de la ventaja comparativa que les otorgaba su mejor información. Muy relacionada con lo anterior, se encuentra una tercera idea según la cual quien posee información, en principio, tiene derecho a beneficiarse de ella y, cuando se negocia un contrato, esto significa poder mantenerse legítimamente en silencio.

* * *

Suele afirmarse que existe una diferencia entre la aproximación del derecho inglés y del derecho continental frente a los deberes precontractuales de informar. La posición del primero sería más restrictiva y, la de los segundos, más generosa.

Ahora debería estar claro que la posición restrictiva del deber de informar en el ordenamiento jurídico inglés tiene lugar únicamente respecto de los deberes atípicos en supuestos de omisión. De una parte, existe un número significativo de deberes precontractuales de informar típicos y, de otra, el suministro de información defectuosa es sancionado a través de la *misrepresentation*.

También deberían ser más claras las razones que justifican esta negativa. Se prefieren intereses jurídicos como la seguridad jurídica y la protección de los incentivos para que las partes produzcan y utilicen información, a las exigencias de la buena fe.

§

2. UNA CUESTIÓN DE LÍMITES

Este capítulo tiene dos objetivos. El primero de ellos consiste en mostrar que, en el derecho continental –y, por lo mismo, en el español– es posible derivar directamente de las exigencias de la buena fe ciertos deberes precontractuales de informar, es decir deberes atípicos. El segundo objetivo es defender la idea según la cual del hecho de que puedan desprenderse deberes atípicos de la buena fe no se deriva que exista un deber general de informar. Lo que se sigue, más bien, es la necesidad de concretar las exigencias de la buena fe a través de la ponderación de los diversos intereses en juego.

El capítulo se divide en dos partes, que se corresponden con cada uno de los objetivos mencionados. La primera parte (I) está dedicada a presentar cómo en el derecho continental y en el español es posible derivar directamente de la buena fe deberes precontractuales de informar. La segunda parte (II) despliega los argumentos que aconsejan rechazar la imposición de un deber general de informar y defiende la idea según la cual es necesario concretar las exigencias de la buena fe, determinando en qué circunstancias impone deberes precontractuales de informar atípicos.

I . LA BUENA FE COMO FUNDAMENTO DIRECTO DE LOS DEBERES PRECONTRACTUALES DE INFORMAR ATÍPICOS

En esta primera parte se muestra que, a diferencia de lo que sucede en los países del *common law*, tanto en el derecho europeo continental en general como en el español, en particular, tiene lugar el siguiente fenómeno: (1) una amplia acogida de las exigencias de la buena fe, (2) la posibilidad de derivar directamente de ellas deberes precontractuales de informar y (3) la imposición de ciertos límites a esa posibilidad.

Me detengo primero en el derecho europeo y después paso al derecho español.

A. EL DERECHO EUROPEO DE CONTRATOS

1. DERECHO NACIONAL Y ARMONIZACIÓN DEL DERECHO DE CONTRATOS

La idea de un derecho de contratos europeo es una idea importante¹, controvertida² y, en torno a la cual, se ha reunido tal cantidad de literatura que se ha tornado inmanejable.³

¹ ZIMMERMANN (*Estudios de derecho privado europeo*, p. 111) ha sugerido que: “[I]a formación de un derecho privado europeo de contratos constituye uno de los progresos jurídicos de mayor calado en la actualidad”.

Sin embargo, el sentido en que utilizo la expresión "derecho europeo de contratos" aquí es muy austero. Lo que pretendo señalar es que, actualmente, cuando se habla de derecho de contratos en Europa no solamente deben considerarse los derechos nacionales, sino que, además, debe prestarse atención a lo que, hasta el momento, es el principal precipitado del proceso de armonización del derecho de contratos europeo⁴: los instrumentos normativos de *soft law*.⁵ En lo que

² Ver, por ejemplo, LEGRAND, P., "A Diabolical Idea", en Hartkamp, A., Hesselink, M., Hondius E., Joustra A. y Veldman M. (edits.), *Towards a European Civil Code*, 3ª ed, Kluwer Law International, La Haya, 2004, pp. 245-272.

³ WILHELMSSON, T. ("The ethical pluralism of late modern Europe and codification of European contract law", en Smits, J. (edit.), *The Need for a European Contract Law*, Europa Law Publishing, Greningen, 2005, p. 123) ha señalado que la literatura sobre el tema se ha tornado tan voluminosa que es imposible seguirla en detalle.

⁴ Empleo la expresión "armonización" del derecho europeo de contratos para significar la creación de un núcleo común de derecho europeo, sensible, sin embargo, a las diferencias entre los diversos ordenamientos jurídicos. Teniendo en cuenta que me serviré de algunos de los desarrollos a que ha dado lugar este proceso de armonización, será útil detenerse con alguna morosidad sobre él.

El proceso en el que la expresión "armonización" cobra sentido puede relatarse desde dos perspectivas diversas, pero relacionadas (sigo en este enfoque a CÁMARA LAPUENTE, S., "Un derecho privado o un código civil para Europa: Planteamiento, nudo y (esquivo) desenlace", en *Id.* (coord.) *Derecho privado europeo*, Colex, Madrid, 2003, pp. 59-66). La primera es la formal, de la mano del Parlamento europeo, el Consejo europeo y la Comisión, la segunda, es la informal, de la mano de diversos grupos de trabajo compuestos, generalmente, por académicos.

De cara a la perspectiva formal, sus orígenes pueden rastrearse en la Resolución del 26 de mayo de 1989 del Parlamento Europeo (DOC 158 de 26 de junio de 1989, p. 400) sobre un esfuerzo para armonizar el derecho privado de los Estados miembros, donde se solicita que se dé comienzo a los trabajos de preparación de un Código europeo común de derecho privado de los estados miembros. En 1994, una nueva Resolución reitera la conveniencia de elaborar dicho código (DOC 205, de 25 de junio de 1994, p. 518). A partir de aquí, los hitos son numerosos y, a efectos de este trabajo bastará simplemente detenerse en los principales (una descripción más detallada hasta el año 2002 puede encontrarse en CÁMARA LAPUENTE, "Un derecho privado", pp. 59-62). El primero de ellos son las *Conclusiones de la Presidencia, Consejo Europeo de Támpere de 15 y 16 de octubre de 1999* (disponibles en http://www.consilium.europa.eu/ueDocs/cms_Data/docs/pressData/es/ec/00200-r1.es9.htm), en cuyo punto 39, bajo el epígrafe "Mayor convergencia en Derecho civil solicita al Consejo la confección de un estudio sobre la necesidad de aproximar las legislaciones de los estados miembros en materia civil. El segundo hito que conviene subrayar es la *Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento europeo sobre Derecho contractual europeo*, de 11 de julio de 2001 (DOC 255 sw 13-9-2001, p. 1 y ss.), donde se propusieron, para

debatir, cuatro alternativas para la armonización del derecho contractual europeo, a saber: (1) abstenerse de actuar y que sea el mercado, a través de la autorregulación, quien resuelva los problemas; (2) promover la elaboración de Principios comunes de Derecho contractual europeo para, de esa manera, favorecer la convergencia de las leyes nacionales; (3) mejorar la calidad de la normativa comunitaria (especialmente las Directivas), y (4) adoptar una nueva legislación exhaustiva a nivel europeo. El siguiente hito es la *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo un derecho contractual europeo más coherente, Plan de acción* (COM [2003] 68 final). El *Plan de acción* identifica problemas tanto a nivel de derecho comunitario (por ejemplo, los distintos enfoques asumidos por las Directivas o sus divergencias en cuanto a terminología) como a nivel nacional (básicamente la falta de coherencia en el tratamiento que prodigan los diversos ordenamientos jurídicos a materias similares). Frente a estos problemas, y con el objeto de lograr un derecho europeo de contratos con un alto grado de consistencia, tanto en su letra como en su aplicación, se proponen tres medidas. La primera de ellas es la creación de un marco común de referencia (MCR) que establezca principios y terminología comunes en el área del derecho contractual europeo. La segunda consiste en promover la elaboración de cláusulas contractuales tipo de ámbito comunitario. La tercera medida apunta hacia la reflexión acerca de otras medidas, no limitadas a áreas específicas del derecho contractual, sino generales, como la adopción de un instrumento facultativo en el ámbito del derecho contractual europeo. El cuarto hito se encuentra en la *Comunicación de la Comisión al Parlamento y al Consejo, sobre Derecho contractual europeo y revisión del acervo: perspectivas de futuro* (COM [2004]-651 final DOCE 2005, C 14/6) donde se advierte que el interés no debe situarse en un Código civil europeo, sino en un MCR que pueda ser utilizado para transponer las Directivas y elaborar la futura legislación a nivel nacional sobre temas de derecho de contratos no considerados a nivel comunitario. Un quinto hito se encuentra en la *Resolución del Parlamento Europeo sobre el derecho contractual europeo y revisión del acervo: perspectivas para el futuro* (2005/2022 [INI]), donde se enfatiza la necesidad de armonizar el derecho de contratos para lograr un funcionamiento correcto del mercado interior único. Se señala, además, que, por el momento el MCR se limita a la racionalización y limpieza del acervo en materia de protección de consumidores y a la elaboración de normas y condiciones estándar para los contratos. Y, por último, se solicita a la Comisión que utilice los resultados de los distintos grupos de expertos que han trabajado en proyectos de redacción de derecho de contratos europeo en la revisión del acervo comunitario y, posteriormente, en el desarrollo de un derecho civil comunitario. Finalmente se requiere a la Comisión que en estas tareas se respeten los diferentes sistemas y tradiciones. El último hito que conviene mencionar es la *Comunicación de la Comisión de 8 de febrero de 2007: Green Paper on the Review of the Consumer Acquis* (COM [2006] 744 final). En esta comunicación, la Comisión sugiere dos posibles enfoques para enfrentar los problemas que, actualmente, aquejan a la regulación comunitaria de los temas de consumo. El primero de ellos es vertical, que supone una revisión individualizada de las Directivas a fin de que se logre mayor coherencia entre ellas. El segundo, horizontal, que consiste en buscar mayor coherencia en forma transversal, probablemente, a través de la confección de un instrumento marco que, por ejemplo, uniforme la terminología.

Pues bien, como conclusión de esta primera perspectiva, puede señalarse una creciente preocupación por dotar al mercado único europeo de un derecho uniforme de contratos. Actualmente, el área sobre la que existe mayor acuerdo es el denominado "derecho del consumo" y, uno de los instrumentos a través de

los cuales debería buscarse esa mayor uniformidad es el MCR, combinado con una revisión de las Directivas. Esto es lo que se ha procurado con la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre los derechos de los consumidores (COM [2008] 614 final). Respecto a las reglas comunes de derecho de contratos las cosas son menos claras, es cierto que se menciona en varios instrumentos un Código civil Europeo, sin embargo, el Parlamento y la Comisión, progresivamente, parecen haberse vuelto más cautos al respecto, decantándose, más bien, en alternativas de *soft law* a este respecto.

De cara a la perspectiva informal, especialmente a partir de la década de los 90 es posible advertir la creación y consolidación de diversos grupos de trabajo formados, principalmente, por profesores de derecho.

La primera –y, quizás más importante– de estas iniciativas son los Principios de Derecho Contractual Europeo (PECL), elaborados por la Comisión de Derecho contractual Europeo (Comisión Lando). Se trata de una obra dividida en tres partes, la primera y la segunda (publicadas en LANDO, O. y BEALE, H. (edits.), *Principles of European Contract Law*, Kluwer Law International, La Haya, 2000) regulan las reglas generales, la conclusión de los contratos, la representación directa e indirecta, la validez e invalidez, la interpretación, el contenido y los efectos del contrato, el cumplimiento del contrato, el incumplimiento del contrato, y los medios de tutela frente al incumplimiento. La tercera parte (publicada en 2003) se ocupa de la pluralidad de partes en la relación obligatoria, la cesión de créditos, la asunción de deuda y la cesión de contrato, la compensación, la prescripción, la ilicitud, obligaciones condicionales y la capitalización de intereses. La forma de los PECL está inspirada en los *Restatements* estadounidenses (HESSELINK, M., "The Principles of European Contract Law: Some Choices Made By The Lando Commission", *Global Jurist Frontiers*, vol. 1, 2001, p. 4). Sin embargo, en el caso de los PECL no se trata solamente de extraer los principios del derecho actualmente vigente, sino, además, de favorecer una reforma o evolución de los mismos (ZIMMERMANN, R., *Estudios de derecho privado europeo*, p. 116) hacia reglas europeas uniformes de derecho de contratos, lo que supone –y ésta es una característica relevante del enfoque de los PECL– reconciliar algunas de las diferencias que, en la materia, presentan el *civil law* y el *common law*.

La segunda iniciativa es el Anteproyecto de Código europeo de contratos (Proyecto de Pavía), bajo la responsabilidad de la Academia de Iusprivatistas europeos de Pavía (GANDOLFI, G. (coord.), *Code europeen des contrats*, 3ª ed., Giuffrè Editore, Milán, 2002), originado a partir de los trabajos del profesor Gandolfi desde la década de los 90 y publicado en 2002. A diferencia de los PECL, el Proyecto de Pavía no tiene la forma de un *Restatement*, se trata, como ha sugerido VATTIER FUENZALIDA, C. ("Recensión *Code europeen des contrats*", *ADC*, 54-2, 2001, p. 756) de un verdadero código, con normas, en ocasiones, sumamente concretas, diseñadas para ser aplicadas directamente por los jueces. El Proyecto de Pavía se estructura en 173 disposiciones, agrupadas en 11 títulos, que comprenden todas las materias que suelen tratarse en la parte general de derecho de obligaciones.

La tercera iniciativa es el *Draft Common Frame of Reference (DCFR) (Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law Draft Common Frame of Reference (DCFR) Outline Edition* Preparada por el the Study Group on a European Civil Code and the Research Group on EC Private Law (Acquis Group) Basado parcialmente en una versión revisada de the Principles of European Contract Law, editado por Christian von Bar, Eric Clive and Hans Schulte-Nölke and Hugh Beale, Johnny Herre, Jérôme Huet, Matthias Storme, Stephen Swann,

interesa al derecho de contratos los principales instrumentos de *soft law* son: los PECL, el Proyecto de Pavía, el DCFR y el *Projet de Cadre Commun*.

Paul Varul, Anna Veneziano y Fryderyk Zoll, Diciembre 2008), preparado por el *Study Group on a European Civil Code (Study Group)* y el *Research Group EC Private Law (Acquis Group)*. El *Study Group*, bajo la dirección del profesor von Bar, se considera el sucesor de la Comisión Lando y aunque su objetivo inicial fue la redacción de un Código civil europeo, este objetivo luego ha derivado, como se verá, en la elaboración de un instrumento de marco común que contiene principios, definiciones y reglas modelo. Por su parte, el *Acquis Group* se propuso como objetivo la elaboración de un *Restatement* del derecho patrimonial europeo, que extrajera del acervo comunitario los principios de derecho civil patrimonial. Tanto el *Study Group* como el *Acquis Group* forman parte, en la actualidad de la *Joint Network on European Private Law (CoPECL)* una red europea de cooperación para la creación de un derecho europeo de contratos fundada en 2005 y, bajo cuyos auspicios se ha redactado el DCFR. Pues bien, el DCFR es presentado por sus autores como un posible modelo para un futuro marco común de referencia del derecho de contratos europeo, de manera que pueda servir como una “caja de herramientas” (*tool box*) para los futuros legisladores, no sólo a nivel comunitario, sino además nacional. En cuanto a su contenido, es la iniciativa más ambiciosa, cubriendo todas las materias tratadas por los PECL, añadiendo reglas sobre contratos específicos, y otras que disciplinan obligaciones que no provienen del contrato, así, por ejemplo, el enriquecimiento injusto.

La cuarta iniciativa surge de otro de los integrantes de la CoPECL, la *Association Henri Capitant des Amis de la Culture Juridique Française* en conjunto con la *Société de Législation Comparée* y su *Projet de Cadre Commun de Référence Principes Contractuels Communs (Projet de Cadre Commun)* (publicado como *Projet de cadre commun de référence. Principes contractuels communs*, Société de Législation Comparée, París, 2008). El objetivo ha sido elaborar una terminología común y unos principios generales para el derecho de contratos europeos. Se trabajó sobre el articulado de los PECL, comparándolos con los textos de los Principios UNIDROIT, de la CISG, del Proyecto de Pavía y del DCFR. El resultado es un texto dividido en dos títulos. El primero de ellos trata los principios directores del derecho europeo de contratos (libertad, seguridad y lealtad). El segundo, sigue más o menos de cerca el esquema de los PECL, estableciendo reglas acerca de la formación del contrato, el poder de representación, la ineficacia del contrato, su ilicitud, su interpretación, su contenido, sus efectos, su cumplimiento, la condición y el plazo, los remedios y la sustitución de las partes.

⁵ Utilizo la expresión “*soft law*” según la definición de SNYDER, F. (“*Soft law and Institutional Practice in the European Community*”, en Martin, S. (edit.), *The Construction of Europe – Essays in honour of Emile Noel*, Kluwer Academic Publishers, 1993, p. 198); esto es, como: “rules of conduct which, in principle, have no legally binding force but which nevertheless may have practical effects”. Una definición menos sucinta puede encontrarse en SENDEN, L. (*Soft Law in European Community Law*, Hart Publishing, Oxford, 2007, p. 113) en los siguientes términos: “Rules of conduct that are laid down in instruments which have not been attributed legally binding force as such, but nevertheless may have certain (indirect) legal effects, and that are aimed at and may produce practical effects”.

En conjunto con estos instrumentos de *soft law* de armonización del derecho de contratos europeo me servirá ocasionalmente de los Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales⁶, y de *la CISG*. Aunque ninguno de estos dos cuerpos sea de carácter estrictamente europeo, su importancia para el derecho europeo de contratos es evidente y justifica su inclusión.⁷

2. LA BUENA FE Y LAS NEGOCIACIONES DEL CONTRATO

La idea que pretendo exponer aquí es que tanto los derechos nacionales como los instrumentos de derecho uniforme y *soft law* brindan una amplia acogida en sus respectivos modelos de contratos a las exigencias de la buena fe, extendiéndolas a la etapa de la negociación del contrato.

⁶ Los Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales constituyen un intento de unificación del derecho internacional de contratos siguiendo la técnica de los *restatements* de contratos estadounidenses. El objetivo de los Principios UNIDROIT, según queda dicho en el Prólogo a su edición de 2004 (INSTITUTO INTERNACIONAL PARA LA UNIFICACIÓN DEL DERECHO PRIVADO, *Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales 2004*, Thomson Aranzadi, Roma, 2004) es:

“establecer un conjunto equilibrado de reglas destinados a ofrecer un conjunto equilibrado de reglas destinadas a ser utilizadas en todo el mundo independientemente de las específicas tradiciones jurídicas y condiciones económicas y políticas de los países en que vengan aplicados”.

La aplicación de los Principios UNIDROIT alcanza únicamente a los contratos internacionales de carácter mercantil.

⁷ Sobre la pertinencia de considerar ambos cuerpos en estudios sobre derecho privado europeo puede consultarse SCHULZE, R. y ZIMMERMANN, R., *Textos básicos de derecho privado europeo. Recopilación*, trad. E. Arroyo i Amayuelas, Marcial Pons, Barcelona, 2002, p. 9.

a. Derecho nacional

A diferencia de lo que sucede en el derecho inglés, y para estos efectos también en el derecho irlandés y escocés⁸- los demás ordenamientos jurídicos europeos acogen en su derecho de contratos, generalmente, en términos bastante amplios, el principio de la buena fe, extendiendo sus exigencias al periodo de los tratos preliminares.⁹ Así sucede, por ejemplo, con el célebre párrafo 242 del BGB, cuyo modesto texto –referido únicamente a la ejecución de las obligaciones¹⁰- ha tenido una importancia difícil de exagerar¹¹, con el artículo 1.134 del Código civil francés¹², o bien, con el artículo 1.337 del Código civil italiano.¹³ Esta

⁸ Con todo, en el caso escocés parece haber una progresiva aceptación de las exigencias de la buena fe. Ver WHITTAKER y ZIMMERMANN, "Good Faith", pp. 48-49.

⁹ Ver, por ejemplo, PROBST, "Deception", pp. 98-101.

¹⁰ Párrafo 242: Prestación según buena fe.

"El deudor está obligado a cumplir la prestación según las exigencias de la buena fe conforme a los usos del tráfico".

Según la traducción de LAMARCA MARQUÉS, A., Id. (dir.), *Código Civil alemán. Bürgerliches Gesetzbuch*, Marcial Pons, Madrid, 2008.

¹¹ Así, por ejemplo, SCHLECHTRIEM, P. (*Good Faith in German Law and in International Uniform Laws*, p. 7. Disponible en <http://w3.uniroma1.it/idc/centro/publications/24schlechtriem.pdf>; visitado el 06/06/2008) señala que:

"If one takes a commentary on § 242 BGB in order to see what courts and literary contributions have made of this provision, one is immediately struck, if not shocked, by the abundance of cases, theories, detailed rules and sub-rules having sprung from it. Certainly the most frightening example is the 11th edition of the Staudinger commentary, where the commentator, *Dr. Weber*, dealt with this single provision in a tome of more than 2,000 pages".

Un vistazo a la importancia de este precepto en MARKESINIS, *et al.*, *The German Law*, pp. 118-133.

Las exigencias de la buena fe se extienden a las negociaciones del contrato; incluso antes de la Ley de Modernización del derecho de obligaciones de 2001 se había reconocido la existencia de deberes de protección durante la etapa precontractual así como que la no entrega de información o la información defectuosa podía originar un derecho a indemnización por daños y perjuicios por culpa *in contrahendo*. Ver EHMANN y SUTCHET, *La reforma del BGB*, pp. 201-204.

¹² Cuyo texto es el siguiente :

"Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites.

Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise.

amplia acogida de la buena fe en el derecho contractual también es perceptible en el artículo 288 del Código Civil griego (que transcribe el § 242 del BGB). En el derecho austriaco, aunque no existe un precepto como los anteriores, la Corte Suprema ha considerado que el principio de la buena fe es inherente al Código Civil (ABGB [*Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch*]).¹⁴ En el derecho suizo, el Código civil contiene, en el artículo 2 I, una regla general sobre la buena fe en el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de los deberes que, se ha estimado que, resulta aplicable a la fase de negociación de los contratos.¹⁵ Tratándose del Código civil holandés (BW), aunque no existe una norma tan general como la suiza, la doctrina se ha servido de otras y ha señalado que el concepto de buena fe permea todas las ramas del derecho de obligaciones y contratos, cubriendo las negociaciones del contrato.¹⁶ En el

Elles doivent être exécutées de bonne foi”.

Sobre la extensión de las exigencias de la buena fe a las negociaciones del contrato puede verse GHESTIN, *Traité*, pp. 31-40.

¹³ Cuyo texto original reza:

“Le parti, nello sviluppo delle negoziazioni e nella formazione del contratto, loro dovrebbero comportarsi di accordo con la buona fede”.

En palabras de GRISI (*L'obbligo precontrattuale*, p. 35):

“Nello specifico precontrattuale è innegabile che la promulgazione del nuovo codice abbia contribuito in maniera determinante a consacrare il definitivo ingresso della buona fede tra le fonti di produzione di autonome situazioni giuridiche, *in primis* grazie all'introduzione dell'art. 1337”.

¹⁴ WHITTAKER y ZIMMERMANN, “Good Faith”, pp. 48-49 y PROBST, “Deception”, p. 105, nota 888.

¹⁵ El texto es el siguiente:

“Chacun est tenu d'exercer ses droits et d'exécuter ses obligations selon les règles de la bonne foi.

L'abus manifeste d'un droit n'est pas protégé par la loi”.

Respecto a la amplitud de las exigencias de la buena fe, en particular sobre su aplicación a la etapa precontractual, puede consultarse ENGEL, P., *Traité des obligations en droit suisse*, Éditions Idies et Calendes, Neuchâtel, 1973, pp. 134-135 y GUGGENHEIM, D., *Le droit Suisse des contrats*, Georg Editeur, Ginebra, 1989, p. 22.

¹⁶ El artículo 6:1 del BW, en su párrafo 1 dispone que en una relación obligatoria ambas partes deben comportarse de acuerdo a lo que es equitativo y razonable. Por su parte, el artículo 6:248, párrafo 1, preceptúa que los contratos no sólo obligan a aquello expresamente pactado, sino, además, a aquello que según la

derecho portugués, el deber de comportarse de buena fe durante las negociaciones del contrato se encuentra contenido en el artículo 227 del Código Civil.¹⁷ Finalmente, en el caso de los países nórdicos la *Uniform Nordic Contract Act* contiene en sus § 33 y 36 un deber general de lealtad mutua y honestidad.¹⁸

b. Derecho uniforme y *soft law*

La influencia de la buena fe en el derecho contractual también es perceptible en el derecho uniforme y en los principales instrumentos de *soft law* a través de los cuales se ha intentado, e intenta, armonizar el derecho de contratos, tanto en el ámbito internacional como en el europeo.

Respecto del derecho uniforme, la *CISG* dispone en su artículo 7 que, en la interpretación de la Convención, se tendrá en cuenta la necesidad “de asegurar la observancia de la buena fe en el derecho internacional”.

naturaleza del contrato derive de la ley, los usos o de las exigencias de la razonabilidad y equidad. Los términos razonabilidad y equidad expresan aquí la buena fe. Finalmente, el artículo 6:258, que disciplina la teoría de la imprevisión, aludiendo a criterios de razonabilidad y equidad. Ver HARTKAMP, A. y TILEMA, M., *Contract Law in the Netherlands*, Kluwer Law International, La Haya, 1993, pp. 48-49; y HARTKAMP, A., “Judicial Discretion Under the New Civil Code of the Netherlands”, Roma, 1992, s/p, párrafo 6. Disponible en <http://w3.uniroma1.it/idc/centro/publications/04hartkamp.pdf> (visitado el 07/07/2008).

Para una mirada a decisiones de la Corte Suprema holandesa vinculando la buena fe al deber de informar ver VAN ROSSUM, “The Duty of Disclosure”, pp. 304-306.

¹⁷ Cuyo texto es el siguiente:

“1. Quem negoçeia com outrem para conclusão de um contrato deve, tanto nos preliminares como na formação dele, proceder segundo as regras da boa fé, sob pena de responder pelos danos que culposamente causar à outra parte.

2. A responsabilidade prescreve nos termos do artigo 498”.

Ver ANTUNES VARELA, J., *Das Obrigações em general*, 7ª ed., Almedina, Coimbra, 1993, pp. 273-275.

¹⁸ Ver WHITTAKER y ZIMMERMANN, “Good Faith”, p. 56.

Aunque se trata de un artículo cuyo significado ha sido arduamente discutido y al cual se han asignado múltiples interpretaciones, según algunas de ellas, la CISG impondría a los contratantes deberes de comportamiento según las exigencias de la buena fe.¹⁹

En lo que respecta al *soft law*, es necesario distinguir derecho internacional y derecho europeo de contratos.

Tratándose del derecho internacional de contratos, los Principios UNIDROIT consideran principalmente la buena fe en sus artículos 1.7 y 2.15.²⁰ El primero de ellos dispone que las partes deben actuar con buena fe y lealtad negocial en el tráfico internacional.²¹ El segundo de

¹⁹ SIM, D. (*The Scope and Application of Good Faith in the Vienna Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, disponible en <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/sim1.html>. Visitado el 20/06/2008) identifica seis interpretaciones diversas para la expresión "buena fe" contenida en el artículo 7 CISG. Según la primera interpretación, la buena fe aludiría a las prácticas de las partes o a los usos del comercio internacional. La segunda, considera a la buena fe como una guía interpretativa del texto de la Convención. La tercera caracteriza a la buena fe como un requisito del ejercicio de los derechos y remedios previstos en la Convención. La cuarta interpretación considera a la buena fe como un principio sustantivo en la resolución de los problemas no cubiertos por la CISG. La quinta interpretación va más allá, identificando a la buena fe como una fuente de derechos y obligaciones que puede contradecir o extender los derechos y obligaciones consignados en la CISG. Finalmente, la sexta interpretación, contradice esta última al señalar que no existe una doctrina general de la buena fe que sirva de fuente a derechos y obligaciones diversos a aquellos que expresamente contempla la CISG.

Examinando casos en que se ha utilizado el artículo 7 de la CISG entre 1993 y 2002 SHEEHY, B. ("Good Faith in the CISG: Interpretation Problem in Article 7", *Bepress Legal Serie*, paper 339, 2004, pp. 25-43, disponible en <http://law.bepress.com/expreso/esp/339>. Visitado 20/06/2008) concluye que, por el momento, no existe un criterio que prevalezca con claridad y que, en el futuro, es más probable que prime una aceptación amplia.

²⁰ Otros preceptos que se refieren a las exigencias de la buena fe, empleando esta expresión u otras similares son el artículo 3.5, y el artículo 3.10 que a propósito del error reconocido el primero- y la excesiva desproporción –el segundo- emplean la expresión "criterios comerciales razonables de lealtad negocial". Por su parte, el artículo 4.8 utiliza como criterio de integración del contrato "la buena fe y la lealtad negocial". Ver Comentario 1 artículo 1.7.

²¹ Artículo 1.7 (Buena fe y lealtad negocial)

"(1) Las partes deben actuar con buena fe y lealtad negocial en el comercio internacional.

(2) Las partes no pueden excluir ni limitar este deber".

estos preceptos se refiere, específicamente, a la vigencia de las exigencias de la buena fe durante la negociación del contrato, haciendo responsable de los daños que provoque a quien se retire de mala fe o a quien continúe las negociaciones sin intención de contratar.²²

En el ámbito del derecho europeo de contratos también es posible encontrar menciones a la buena fe en todas las principales iniciativas de *soft law*.²³ Así, por ejemplo, los PECL, tal y como sucede con los Principios UNIDROIT, recogen la buena fe como una regla de conducta para los contratantes en su artículo 1:201²⁴ y, en el Comentario A de este precepto, se señala:

"This Article sets forth a base principle running through the Principles. Good faith and fair dealing are required in the formation, performance and enforcement of the parties duties under a contract, and equally in the exercise of a party's right under the contract."²⁵

²² Artículo 2.1.15 (Negociaciones de mala fe)

"(1) Las partes tienen plena libertad para negociar los términos de un contrato y no son responsables por el fracaso en alcanzar un acuerdo.

(2) Sin embargo, la parte que negocia o interrumpe las negociaciones de mala fe es responsable por los daños y perjuicios causados a la otra parte.

(3) En particular, se considera mala fe que una parte entre o continúe en negociaciones cuando al mismo tiempo tiene la intención de no llegar a un acuerdo".

Con todo, aún si no existiera esta última norma, no cabe duda de que las exigencias de la buena fe se aplican durante la negociación del contrato. El Comentario 1 al artículo 1.7 dispone, en lo que es pertinente aquí:

"este artículo deja claro que, aún en ausencia de una disposición específica en los Principios, las partes deben conducirse de acuerdo a la buena fe y observando la lealtad comercial a lo largo de la vida del contrato, incluso durante el proceso de su formación".

²³ Me refiero a aquellas iniciativas mencionadas en *supra* nota 4.

²⁴ Artículo 1:201: Good Faith and Fair Dealing

"(1) Each party must act to accordance with good faith and fair dealing

(2) The Parties may not exclude or limit this duty".

²⁵ Junto a esta caracterización de la buena fe, es posible encontrar en los PECL otras múltiples menciones a la buena fe, así por ejemplo: en el artículo 2:301 a propósito de la ruptura unilateral de las negociaciones, en el artículo 2:302 sobre

El Proyecto de Pavía, por su parte, contiene numerosísimas alusiones a la buena fe, tanto en su dimensión objetiva como subjetiva.²⁶ En lo que importa aquí –esto es la exigibilidad de la buena fe durante la negociación del contrato– es especialmente importante el artículo 6 sobre ruptura unilateral de negociaciones²⁷, que sanciona la retirada de mala fe imponiendo el deber de indemnizar los daños y perjuicios que se ocasionen.

Tratándose del DCFR, al igual que sucedía en el Proyecto de Pavía, la buena fe es considerada una gran cantidad de normas.²⁸ El precepto del

el deber de no revelar información confidencial, o en el artículo 4:109 respecto del deber de no aprovecharse injustamente de la otra parte.

Sobre el rol de la buena fe en los PECL puede consultarse STORME, M., "Good Faith and the Contents of Contracts in European Private Law", *Electronic Journal of Comparative Law*, vol. 7.1, 2003, pp. 5-13.

²⁶ Sobre todo esto puede consultarse DE LOS MOZOS, J.L., *Estudios de derecho de contratos, integración europea y codificación*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2005, pp. 173-194.

²⁷ Artículo 6, Deber de protección

"1. Cada parte es libre de iniciar tratos preliminares con el fin de celebrar un contrato, sin que se le pueda imputar ninguna responsabilidad en el caso de que aquél no se perfeccione, salvo si su comportamiento es contrario a la buena fe.

2. Actúa contra la buena fe la parte que inicia o prosigue tratos preliminares sin intención de llegar a la celebración del contrato.

3. Si en el transcurso de los tratos preliminares las partes han examinado ya los elementos esenciales del contrato, cuyo eventual perfeccionamiento se prevé, la parte que ha suscitado en la otra una confianza razonable en cuanto a la celebración del mismo, actúa contra la buena fe desde que interrumpe los tratos preliminares sin motivo justificado.

4. En los casos previstos en los párrafos anteriores, la parte que ha actuado contra la buena fe está obligada a reparar el daño sufrido por la otra hasta el máximo de los gastos comprometidos por esta última en el curso de los tratos preliminares con vistas a la celebración del contrato, así como por la pérdida de ocasiones similares causada por los tratos pendientes".

²⁸ Así, por ejemplo, el artículo I.-1:102 indica que sus normas deberán interpretarse y desarrollarse prestando atención a la necesidad de promover "good faith and fair dealing"; el artículo II.-1:102 considera a la buena fe como una limitación de la autonomía de la voluntad; el artículo II.-7:201 se refiere a ella a propósito del error reconocido, y el artículo II.-7:205 la menciona a propósito del dolo por omisión.

cual puede desprenderse con mayor naturalidad la extensión de las exigencias de la buena fe a las negociaciones del contrato es el II.-3:301, que sanciona las rupturas unilaterales cuando ha existido mala fe en ellas.²⁹

Finalmente, el *Projet de Cadre Commun* dispone en su artículo 0:301, bajo la rúbrica *Devoir général de bonne foi*, que desde la negociación del contrato hasta el cumplimiento de las obligaciones que de él derivan, las partes deben comportarse de acuerdo a las exigencias de la buena fe.³⁰

*

Una mirada al derecho europeo de contratos muestra que durante la negociación del contrato, las partes deben comportarse según las exigencias de la buena fe, lo que suele implicar una conducta leal y honesta que, supone, por ejemplo, no retirarse arbitrariamente de los tratos preliminares y, en lo que concierne a esta investigación, como se verá inmediatamente, suministrar cierta información.

²⁹ Artículo II. – 3:301: Negotiations contrary to good faith and fair dealing

“(1) A person is free to negotiate and is not liable for failure to reach an agreement.

(2) A person who is engaged in negotiations has a duty to negotiate in accordance with good faith and fair dealing. This duty may not be excluded or limited by contract.

(3) A person who has negotiated or broken off negotiations contrary to good faith and fair dealing is liable for any loss caused to the other party to the negotiations.

(4) It is contrary to good faith and fair dealing, in particular, for a person to enter into or continue negotiations with no real intention of reaching an agreement with the other party”.

³⁰ Artículo 0:301 : Devoir général de bonne foi

“Chacune des parties est tenue d'agir conformément aux exigences de la bonne foi, depuis la négociation du contrat jusqu'à la réalisation de l'ensemble de ses effets.

Les parties ne peuvent exclure ce devoir, ni le limiter”.

3. LA BUENA FE Y EL DEBER DE INFORMAR

A continuación interesa examinar la relación que es posible percibir en el derecho europeo de contratos entre la buena fe y los deberes precontractuales de informar atípicos.

a. Una breve mirada al derecho francés, alemán e italiano

La posibilidad de desprender deberes de informar directamente de las exigencias de la buena fe parece ser común a la mayoría de los ordenamientos europeos³¹, para ilustrar esta tendencia me serviré, brevemente, de tres ordenamientos jurídicos que son especialmente importantes para el derecho español, ya sea por la influencia de su código civil (Francia) o de su doctrina civil (Alemania e Italia): el derecho francés, el derecho italiano y el derecho alemán.

(i) El derecho francés

Respecto del derecho francés, es frecuente contraponerlo al derecho inglés para mostrar un escenario de renuencia a la imposición del deber de informar (el inglés) y otro de amplia aceptación (el francés).³² La

³¹ Ver, en general, SEFTON-GREEN, "Comparative conclusions", p. 387.

³² Ver *supra* nota 3, pp 259-260. Con todo, como ha sugerido LEGRAND ("Pre-Contractual Disclosure", p. 323) hasta la década de los sesenta del siglo XX, existía convergencia en el tratamiento que prodigaban el derecho inglés y el derecho francés respecto al deber de informar. En ninguno de los dos ordenamientos jurídicos se encontraba un deber general de informar cuyo fundamento fuera las exigencias de la buena fe durante la negociación de un contrato, prevaleciendo la máxima *emptor debet esse curiosus* (ver, también, GILIKER, "Regulating Contracting", p. 625).

Resulta interesante advertir que este cambio que ha tenido lugar en el derecho francés parece ser la consecuencia de otro más profundo que afecta a la comprensión completa del derecho de contratos. Si en el caso del derecho inglés la lente que se emplea para observarlo es mayoritariamente la de la economía de libre mercado, la seguridad y la certeza, en el caso francés, ha existido un cambio en la idea de contrato desde un énfasis en la voluntad, intangibilidad y seguridad propio de la perspectiva individualista a otro basado en la "lealtad,

doctrina francesa parece mostrarse de acuerdo en que es posible derivar un deber de informar directamente de las exigencias que impone la buena fe a las partes durante la negociación de un contrato. Esta derivación ha sido especialmente evidente tratándose del dolo por omisión.³³

Puede aceptarse que, a partir de la segunda mitad del siglo XX, existe, en el derecho francés, el reconocimiento de un amplio deber de informar que se deriva de las exigencias de la buena fe, es interesante advertir que de ello no se sigue que "siempre" se deba informar. Tanto en la opinión de la doctrina como en las decisiones de los tribunales se han establecido límites a dicho deber.³⁴

Así, por ejemplo, JOURDAIN, ha llegado a comentar que: "[L]e devoir de se renseigner est donc un principe dont l'obligation d'informer ne représente qu'une exception".³⁵ Por su parte, LARROUMET señala como un límite a la imposición de deberes precontractuales de informar la posibilidad de que

solidaridad y fraternidad". Sobre esto último puede consultarse MAZEAUD, D., "Loyauté, solidarité, fraternité: la nouvelle devise contractuelle?", en *L'avenir du droit, Mélanges Terré*, Dalloz, PUF, Juris-Classeur, 1999, p. 603. Ver también THIBIERGE-GUELFUCCI, C., "Libres propos sur la transformation du droit des contrats", *RTDC*, 1997, pp. 357-385. Para el caso del deber de informar puede consultarse JUGLART, M., "L'obligation de renseignements dans les contrats", *RTDC*, 1945, pp. 1-22, vinculando el espíritu de solidaridad que caracteriza a nuestra época, por contraposición al individualismo excesivo del siglo XIX, y el surgimiento del deber de informar.

³³ Así, por ejemplo puede consultarse JOURDAIN, P., "Le devoir de «se» renseigner", *Dalloz*, 1983, Chron., p. 139; GHESTIN, "French Report", p. 153; e Id., *Traité* p. 545, señalando que la nulidad por reticencia dolosa ha pasado a ser una sanción directa del principio de buena fe. En el mismo sentido MAZEAUD H. y L. y CHABAS, F., *Leçons de Droit Civil. Obligations. Théorie Générale*, 9ª ed., Montchrestien, París, 1998, pp. 185-186 y PICOD, Y., *Le devoir de loyauté dans l'exécution del contrat*, LGDJ, París, 1989, p. 14.

³⁴ Una extensa cita de sentencias francesas sobre el deber de informar puede encontrarse en LARROUMET, *Droit civil*, pp. 341-345. Tras la exposición de dichas sentencias, el mismo autor (*Ibid.*, p. 346) señala que, en ocasiones, los tribunales franceses han adoptado una concepción demasiado amplia del deber de informar. No obstante esto, es posible encontrar algunas decisiones judiciales que imponen límites; para una muestra de ello ver *Ibid.*, pp. 346-348.

³⁵ JOURDAIN, "Le devoir", p. 139.

la parte ignorante pueda procurarse la información por sí misma.³⁶ Finalmente, un ambicioso intento de perfilar esos límites puede encontrarse en FABRE-MAGNAN que establece una distinción entre el elemento material y el elemento moral del deber de información sobre la que conviene detenerse.³⁷ En el elemento material, la autora establece a su vez otra distinción entre la información y las prestaciones sobre la cuales puede recaer el deber de informar. En el caso del elemento moral, se detiene en analizar la posición de las partes, específicamente sobre la inexcusabilidad del error y sobre el deber de informarse para informar. Así, por ejemplo, respecto de este elemento material, y, específicamente, sobre la información, señala que no toda información debe suministrarse, sino sólo aquella que es relevante y cuya revelación es lícita.³⁸ Aún dentro del elemento material, pero esta vez tratándose de las prestaciones, advierte FABRE-MAGNAN que, por regla general, no existe deber de informar a una persona sobre su propia prestación.³⁹ Pasando ahora al elemento moral, la autora distingue entre la posición de quien conoce o debe conocer la información y la de quien la ignora. Respecto de quien conoce o debe conocer, los límites al deber de informar se encuentran determinados por el deber de informarse para informar. Tratándose de quien ignora la información, los límites quedan determinados por la ilegitimidad de su ignorancia.⁴⁰

Como se puede advertir, el derecho francés permite derivar de las exigencias de la buena fe deberes precontractuales de informar sin necesidad de que el legislador los haya tipificado, es decir, permite derivar deberes atípicos. Junto a esto establece ciertos límites a dicha posibilidad. El patrón se repite en el derecho alemán e italiano.

³⁶ LARROUMET, *Droit civil*, p. 344.

³⁷ FABRE-MAGNAN, *De l'obligation d'information*, pp. 120-218.

³⁸ *Ibid.*, pp. 122-151.

³⁹ *Ibid.*, pp. 151-178.

⁴⁰ *Ibid.*, pp. 186-215.

(ii) *El derecho alemán*

En el derecho alemán, un importante sector de la doctrina señala que, al negociar un contrato, se presume que cada parte debe proteger sus propios intereses y que cada uno de los negociantes puede mantener en silencio cierta información, aún cuando sea relevante para la otra parte. Así, por ejemplo, VON THUR, refiriéndose al dolo por omisión comenta que:

“El silencio respecto de estos hechos [aquellos que harían a la otra parte abstenerse del negocio si los conociera] constituye dolo solamente cuando existe la obligación de manifestarlos. Dicha obligación no puede fundarse en el contrato, que todavía no existe, pero la relación jurídica que nace de la negociación del contrato fundamenta ciertos deberes entre los contratantes. Según los principios de la buena fe y los usos, ya que en este estadio puede exigirse que cada uno de los contratantes tenga consideración para los intereses del otro. Pero dicha obligación no llega hasta forzar a los contratantes a informarse recíprocamente de las circunstancias que les interesan y sin que la parte contraria lo pida, ya que en el comercio cada cual debe cuidar de sus propios intereses: *jura vigilantibus sunt scripta*. Lo que exige el punto de vista realista del comercio es que en cierta medida se aclare la verdadera situación cuando la parte contraria parece hallarse o estar por caer en un error decisivo”.⁴¹

Sin embargo, existe un límite a la legitimidad del silencio, determinado por las exigencias de la buena fe: si mantenerse en silencio es contrario a las exigencias de la buena fe, entonces existe un deber de informar.⁴² La pregunta, entonces, es cuándo se presentan las exigencias de la buena fe que imponen un deber de informar.

En el ámbito alemán se han identificado, al menos, tres situaciones en las que se asume que las exigencias de la buena fe imponen un deber de

⁴¹ VON THUR, A., *Derecho civil. Teoría general del derecho civil alemán*, vol. II, *Los hechos jurídicos*, trad. T. Ravá, Marcial Pons, Madrid, 2005, p. 544.

Ver también KÖTZ, H. y PATTI, S., *Diritto europeo dei contratti*, trad. S. Buchberger, Giuffrè Editore, Roma, 2006, p. 352.

⁴² MARKESINIS, *et al.*, *The German Law*, p. 130 y p. 307.

informar. La primera de ellas se presenta cuando una parte solicita información a la otra; la segunda sucede cuando la información se refiere a circunstancias que, en forma evidente, son totalmente determinantes para la otra parte, y la tercera tiene lugar cuando existe una relación de confianza entre las partes.⁴³ La primera de las situaciones señaladas corresponde a un criterio ampliamente reconocido en derecho comparado, el deber de responder a preguntas específicamente formuladas.⁴⁴ Respecto de la segunda situación, como ejemplos de circunstancias que, en forma evidente, son determinantes para la otra parte, se menciona el caso en que una persona solicita un préstamo pues se considera que debe revelar las dificultades financieras por las que está atravesando si su quiebra es inminente.⁴⁵ Finalmente, respecto de la tercera situación –relaciones de confianza– el ejemplo típico son las relaciones familiares, en las cuales se supone que la peculiaridad del vínculo permite a las partes mantener elevados niveles de confianza recíprocos. En otros casos lo que es evidente es que no hay confianza. Un ejemplo bastante evidente de una relación donde no existe confianza son los negocios de carácter especulativo, respecto de los cuales se ha señalado que:

⁴³ *Ibid*, pp. 307-310.

⁴⁴ Ver PROBST, "Deception", pp. 99-100. Vuelvo sobre esto en pp. 508-519.

⁴⁵ Con todo, no siempre se debe suministrar la información determinante. KÖTZ ("Precontractual Duties", p. 7) señala que el *Bundesgerichtshof* ha señalado que, en principio, existe:

"[a duty] to inform the other party of matters which could frustrate the other's purpose in entering the contract and which are therefore of vital importance to him, to the extent that he could expect to be so informed according to good business practice".

No existe, entonces, una conexión automática entre el hecho de que la información sea determinante y la existencia de un deber de informar, sino que, además, es necesario que una parte pueda confiar razonablemente en que la otra le suministrará la información y, dicha confianza depende, en este caso, de lo que ordenan las buenas prácticas comerciales.

“(…) no existe en ningún caso un deber de aclaración respecto a las circunstancias cuya existencia o inexistencia pertenece al riesgo normal vinculado a tal negocio”.⁴⁶

(iii) *El derecho italiano*

En el derecho italiano existe, como ya se ha dicho⁴⁷, una disposición, en el Código civil –el artículo 1.337–, que impone a las partes el deber de comportarse de buena fe durante las negociaciones del contrato, y otra – el artículo 1.338– que obliga a resarcir el daño a aquella parte que conociendo o debiendo conocer una causa de ineficacia del contrato no informa de ella a la otra. La doctrina suele afirmar que la buena fe origina un deber precontractual de información⁴⁸, y que el artículo 1.338 CC no es más que una especificación del 1.337.⁴⁹

La doctrina italiana no plantea dudas acerca de la existencia de un deber de informar la existencia de causas de nulidad del contrato⁵⁰, tampoco sobre el hecho que de la buena fe origine un deber de informar.⁵¹ Sin embargo, no existe acuerdo acerca del alcance de dicho deber. Algunos

⁴⁶ ver LARENZ, *Derecho civil*, p. 545.

⁴⁷ Ver p. 313.

⁴⁸ Ver, por ejemplo, GRISI, “Informazione (obblighi di)”, p. 13.

⁴⁹ Ver, por ejemplo, SACCO, R., “Le invalidità”, en Resigno, P. (dir.), *Trattato di diritto privato*, vol. 10, *Obbligazioni e contratti*, t. 2º, UTET, Turín, 1982, p. 502. Por su parte, BENATTI, F. (voz: “Responsabilità precontrattuale”, en AA.VV., *Enciclopedia Giuridica*, vol XXVII, Roma, 1991, p. 3) señala que la norma aparece como inútil en la medida que impone un deber ya comprendido por el artículo 1.337.

⁵⁰ Aunque se discute el alcance de la regla. Así, por ejemplo, no parece haber duda que se extiende a la nulidad, a la anulabilidad y a la nulidad parcial, pero no existe consenso respecto a su aplicación a las causas de inexistencia del contrato. Ver SCOGNAMIGLIO, R., *Dei contratti in generale. Disposizioni Preliminari – Dei Requisiti del contratto*, en Scialoja, A. y Branca, G. (dir.), *Commentario del Codice civile*, Nicola Zanichelli Editore y Soc. ed. del Foro Italiano, Bologna, 1970, p. 221.

⁵¹ Ver, por ejemplo, VISINTINI, G., *La reticenza nella formazione dei contratti*, CEDAM, Padua, 1972, p. 111.

autores, lo conciben en términos extremadamente amplios. Así, por ejemplo, VISINTINI señala que,:

“(...) nessuno dubita che il dovere di comportarsi secondo buona fede nella fase delle trattative in primo luogo impone alle parti di comunicarsi scambievolmente le circostanze e tutti gli elementi la cui conoscenza permette di formarsi una esatta rappresentazione dell'oggetto delle trattative”.⁵²

Otros autores, sin embargo, lo hacen en términos mucho más discretos.⁵³ Por otra parte, los tribunales parecen ser cautos, cuando no directamente renuentes, en admitir que el silencio de una parte respecto de información relevante para la otra parte justifique la concesión a esta última de ciertos remedios.⁵⁴

b. El *soft law*

Con la excepción de los Principios UNIDROIT y los PECL, los demás instrumentos de *soft law* considerados aquí establecen directamente un deber precontractual de información. Los PECL y los Principios UNIDROIT, en cambio, lo tratan a propósito del error y el dolo, razón por la cual los trato conjuntamente.

⁵² Ver *ibíd.*, p. 104. En términos muy similares GALLO, P. (“I vizi del consenso”, en Rescigno, P. (dir.), *Tratato dei contratti*, t. I, *I contratti in generale*, pp. 465-466) señalando que el deber de informar en los tratos preliminares. “possono estendersi a tutte le circostanze rilevanti ai fini della conclusione del contratto”.

⁵³ Ver GRISI, *L'obbligo precontrattuale*, pp. 79-144, intentando dilucidar el sentido en que se puede hablar de un deber general de informar derivado de la buena fe y las múltiples excepciones que existen a éste.

⁵⁴ Ver ROPPO, V., “Formation of Contract and Pre-Contractual Information from an Italian Perspective (Final Remarks from the Perspective of European Contract Law)”, en Grundmann, S. y Schauer, M. (eds.), *The Architecture of European Codes and Contract Law*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2006, p. 286.

(i) Los Principios UNIDROIT y los PECL

Antes de entrar a analizar el tratamiento del error y el dolo los Principios UNIDROIT y en los PECL es conveniente advertir que en esta investigación únicamente interesan aquellos supuestos de error y dolo donde, por así decirlo, lo que está en juego es la legitimidad del silencio. Esto es, si resulta o no legítimo que una parte –conociendo o debiendo conocerlo- no informe a otra de su error.⁵⁵ Interesa entonces comenzar prestando atención al artículo 4:103 PECL que disciplina el error, en cuanto dispone en su párrafo (1) –en lo que es de utilidad aquí- que una parte podrá anular el contrato por error si en el momento de su conclusión:

“(...) 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”.

Una disposición muy semejante puede encontrarse en el párrafo (1)(a) del artículo 3.5 de los Principios UNIDROIT, al tenor del cual se puede anular el contrato si se trata de un error sustancial y:

“(...) la otra parte incurrió en el mismo error, o lo causó, o lo conoció o debió haberlo conocido y dejar a la otra parte en el error resultaba contrario a los criterios razonables de lealtad comercial”.

Como puede verse, en los supuestos de error reconocido o reconocible, de lo que se trata es de saber si la otra parte debe informar a la primera sobre la existencia del error. Si debe hacerlo y no lo hace, el error unilateral produce todos sus efectos. La respuesta a si se debe o no informar se encuentra en la buena fe –o, en el lenguaje de los Principios UNIDROIT, en los “criterios comerciales razonables de lealtad”-: sólo se

⁵⁵ El otro supuesto que podría importar es aquel en que una parte, al suministrar información incorrecta a la otra, induce a error a esta última. Sin embargo, como se ha visto a propósito del derecho inglés, el problema más discutido no se refiere a la dimensión negativa del deber de informar, si no a la positiva. Si alguien suministra información debe hacerlo correctamente, el verdadero problema es si debe suministrarla y este es el problema que me ocupa.

debe informar si dejar a la otra parte en el error es contrario a la buena fe y las negociaciones leales.

Algo semejante sucede con el tratamiento del dolo por omisión. El artículo 4:107 PECL se refiere a él como "*fraudulent non-disclosure of any information which in accordance with good faith and fair dealing it should have disclosed*". Por su parte, el artículo 3.8 de los Principios UNIDROIT dispone que el contrato se puede anular cuando una parte "omitió dolosamente revelar circunstancias que deberían haber sido reveladas conforme a criterios comerciales razonables de lealtad negocial".

De lo dicho respecto del tratamiento del error y el dolo en los PECL y en los Principios UNIDROIT se extraen con claridad dos conclusiones. La primera de ellas es la conexión que existe entre el deber de informar y las exigencias de la buena fe. La segunda conclusión es que la buena fe no siempre impone el deber de informar, para comprobarlo basta una mirada a los PECL, concretamente a los comentarios de sus artículos 4:103 y 4:107 y al texto de este último.⁵⁶

⁵⁶ Respecto del error, conviene transcribir parcialmente el Comentario E del artículo 4:103:

"There are situations (...) in which a party should be permitted to take advantage of another's ignorance. One is where the contract is in its nature risky and speculative, with neither party expecting the other to assist it in any way: contracts for high-risk shares are an example. Another is where one party has gone to considerable trouble to obtain the knowledge that the other does not have. If the party is not going to be allowed to use its hard-earned knowledge it will not have incentive to invest in obtaining it in the first place in both parties will be left worse off".

Tratándose del dolo, el texto del artículo 4:107 puede consultarse en p. 388.

Por su parte, el comentario E del artículo 4:107 señala que:

"A party should not normally be permitted to remain silent on some point which might influence the other party's decision on whether or not to enter the contract with the deliberate intention of deceiving the other".

Sin embargo, el comentario F, bajo el título "Non disclosure consistent with good faith and fair dealing" contiene dos excepciones a este deber: no se debe informar a una parte sobre su propia prestación, ni se debe informar en aquellos

(ii) *El Proyecto de Pavía*

Respecto del Proyecto de Pavía, su artículo 7, bajo el título “Deber de información” dispone en su número 1:

“En el curso de las negociaciones, cada una de las partes tiene el deber de informar a la otra sobre toda circunstancia de hecho y de derecho que permita a la otra darse cuenta de la validez del contrato y del interés en concluirlo”.

Como puede advertirse, se trata de un deber de informar extremadamente amplio.⁵⁷ Una mirada al “*Rapport du coordinateur sur les art. 1-41*”⁵⁸, muestra que en el diseño de esta regla se intenta plasmar las exigencias de la buena fe y que con ese fin se establece “*l’obligation qu’à chaque partie d’informer complètement l’autre partie sur les circonstances qui permettent à celle-ci de prendre une résolution*.”⁵⁹

(iii) *El DCFR*

Tratándose del DCFR, en la Sección I del Capítulo 3 del Libro 2, regula detalladamente los deberes precontractuales de información. En lo que interesa inmediatamente –que es la conexión entre estos y las exigencias de la buena fe; conviene prestar atención al artículo II.-3:101 (1), que

supuestos en que la obtención de la información haya supuesto una gran inversión en su adquisición.

⁵⁷ Sobre esa amplitud puede consultarse GARCÍA CANTERO G., “La culpa *in contrahendo* en el Proyecto de Pavía y su posible aplicación al ordenamiento español”, en Id. (coord.), *Anotaciones españolas al Proyecto de Pavía*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2005, p. 88, y MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L., “El deber de información precontractual”, en Vattier, C., *et al.*, *Código Europeo de Contratos. Comentarios en homenaje al Prof. D. José Luis de los Mozos y de los Mozos*, Dykinson y Universidad de Burgos, Madrid, 2003, pp. 159-174.

⁵⁸ GANDOLFI, *Code européen*, pp. 109-155.

⁵⁹ *Ibid.*, p. 134. En la discusión sobre el tema, la opinión de Antunes Varela era incorporar un precepto semejante al artículo 227 del Código Civil portugués, mientras que según García Cantero y de los Mozos era preferible incluir un precepto semejante al artículo 1337 del Código Civil italiano, finalmente se acogió la idea de Ghestin de establecer con carácter general un deber de informar, pp. 133-135.

lleva por título "Duty to disclose information about goods, other assets and services:

"Before the conclusion of a contract for the supply of goods, other assets or services by a business to another person, the business has a duty to disclose to the other person such information concerning the goods, other assets or services to be supplied as the other person can reasonably expect, taking into account the standards of quality and performance which would be normal under the circumstances".

De la simple lectura del precepto transcrito se comprueba que no utiliza la expresión "buena fe"⁶⁰, sino que se refiere a las expectativas razonables (*the other person can reasonably expect*). En estos momentos, el DCFR carece de comentarios, sin embargo, la fuente de inspiración de este artículo es el artículo 2:201 de los Principios *Acquis*.⁶¹ Al examinar estos Principios, es posible advertir dos cosas, la primera de ellas es la relación que existe entre expectativas legítimas y buena fe⁶²; la segunda se refiere a los límites que se imponen al deber de informar.⁶³

⁶⁰ Sobre esto conviene advertir que los "principios subyacentes" (*underlying principles*) del DCFR no contemplan la buena fe entre ellos, sin embargo, esto no significa que esté ausente, basta una mirada a la introducción de dicho texto (p. 12):

"For the broader purposes of the DCFR we suggest that the underlying principles should be grouped under the headings of freedom, security, justice and efficiency (rather than *liberté contractuelle, sécurité contractuelle et loyauté contractuelle* as in the *Principes directeurs*). This does not mean that the principle of contractual "loyalty" is lost. To a large extent it is covered by the wider principle of justice, without which many of the rules in the DCFR cannot be satisfactorily explained. To some extent it is simply an aspect of contractual security viewed from the standpoint of the other party. One party's contractual security is increased by the fact that the other is expected to co-operate and act in accordance with the requirements of good faith and fair dealing".

⁶¹ Artículo 2:201: Duty to inform about goods or services:

"Before the conclusion of a contract, a party has a duty to give to the other party such information concerning the goods or services to be provided as the other party can reasonably expect, taking into account the standards of quality and performance which would be normal under the circumstances".

⁶² El Comentario 3 al artículo 2:101 de los Principios *Acquis* ("In pre-contractual dealings, parties must act in accordance with good faith") señala que: "[t]he

(iv) El Projet de Cadre Commun

Finalmente, el *Projet de Cadre Commun*, en su capítulo sobre formación del contrato, publicado en 2008, dedica el artículo 2:102a1 deber de información en los siguientes términos:

“(1) Il appartient en principe à chacune des parties au contrat de se renseigner sur les conditions de sa conclusion.

(2) Au cours des négociations précontractuelles, chacune des parties a l'obligation de répondre loyalement aux questions qui lui sont posées et de révéler les informations susceptibles d'avoir une influence sur la bonne fin du contrat.

(3) La partie qui dispose d'une compétence technique particulière au regard de l'objet du contrat supporte un devoir d'information renforcé à l'égard de son partenaire.

duty to act in good faith encompasses the duty of a business to act with the special skill and care that may reasonably be expected to be used with regard, in particular, to the legitimate expectations of consumers”.

⁶³ En el Comentario 4 al artículo 2:201 de los Principios Acquis se lee:

“In considering whether there are any specific pre-contractual duties imposed on the parties to a prospective, it should be noted that there is no overarching general principle that requires the full disclosure of all the relevant information which the opposite party may need in order to make a fully-informed decision about whether to conclude a contract on particular terms with the opposite party”.

Es interesante advertir que en el DCFR, aparentemente, el artículo II-3:101 (1) añade otro límite toda vez que se refiere a “supply of goods, other assets or services by a business to another person”. En el Anexo I del DCFR se encuentran las definiciones de ciertos términos empleados. Ahí se lee:

“Business” means any natural or legal person, irrespective of whether publicly or privately owned, who is acting for purposes relating to the person’s self-employed trade, work or profession, even if the person does not intend to make a profit in the course of the activity”.

La limitación a la que me estoy refiriendo tiene lugar toda vez que el deber de información que establece el artículo II-3:101 (1) únicamente se aplicaría cuando hubiera un “business” involucrado en la negociación, pero no tendría lugar, por ejemplo, cuando la negociación se desarrollara entre dos particulares. En cuyo caso quedarían, únicamente, las normas del error y el dolo que, en el DCFR, son bastante semejantes a las de los PECL. Ver, especialmente, artículos II:-7:201 y II:-7:205.

(4) Engage sa responsabilité la partie qui ne respecte pas son devoir d'information tel que défini aux alinéas précédents”.

Según se indica, la fuente de inspiración del precepto es el artículo 7 del Proyecto de Pavía⁶⁴, de manera que, en este caso, la relación entre el deber de informar y la buena fe no se encuentra en discusión. Es interesante, sin embargo, advertir que el número 1 del artículo 2:102 dispone que: “Il appartient en principe à chacune des parties au contrat de se renseigner sur les conditions de sa conclusion”. Con lo que queda claro que se trata de un deber sujeto a ciertos límites.

B. EL DERECHO ESPAÑOL

El derecho español sigue un modelo muy similar al del derecho europeo de contratos, tal y como lo he presentado. Conviene mostrar esto deteniéndose en primer lugar en las relaciones entre la buena fe y las negociaciones del contrato y, a continuación, entre la buena fe y los deberes precontractuales de informar.

1. LA BUENA FE Y LAS NEGOCIACIONES DEL CONTRATO

En lo que a la buena fe se refiere, el derecho español se encuentra en consonancia con los desarrollos descritos a propósito del derecho europeo. Tanto la doctrina como la jurisprudencia del Tribunal Supremo han considerado que la buena fe es un principio general del Derecho.⁶⁵ Y, como tal, debe extender su alcance a las negociaciones del contrato.

⁶⁴ Ver *Principes contractuels communs*, p. 264.

⁶⁵ Para la doctrina puede consultarse, por todos, DÍEZ-PICAZO, L., “Prólogo” a Wieacker, F., *El principio general de la buena fe*, trad. J.L. Carro, Editorial Civitas, Madrid, 1977, p. 10, quien, refiriéndose a la reforma del Título Preliminar del Código civil realizada por la ley de 17 de marzo de 1973 y por el texto articulado aprobado por Decreto de 31 de mayo de 1974, señala:

a. La doctrina

La doctrina española se muestra de acuerdo sobre la vigencia de las exigencias de la buena fe durante las negociaciones de un contrato.⁶⁶ En palabras de DÍEZ-PICAZO y GULLÓN:

“(...) no hay duda de que entre las partes se ha establecido una situación jurídica que debe estar presidida por una idea básica: la necesidad de actuar de buena fe”.⁶⁷

Generalmente, la exigibilidad de conductas conformes a la buena fe durante las negociaciones del contrato se ha derivado del artículo 1.258 CC, del artículo 7.1 CC y, en algún caso, se añade a ellos el artículo 1.4 CC.⁶⁸ El primero de estos preceptos declara que los contratos no sólo obligan a lo pactado, sino también –en lo que es de interés aquí– “a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, el uso y a la ley”. El segundo de los preceptos citados establece que

“Un principio general de buena fe es algo que se podía, sin discusión, considerar existente dentro de él [derecho español] con anterioridad, consagrado por la reiterada doctrina de los autores y por las decisiones jurisprudenciales por vía de generalización de las múltiples aplicaciones que tanto el Código civil como las leyes especiales realizan”.

Respecto de la jurisprudencia del Tribunal Supremo puede consultarse la conocida STS de 8 de julio de 1981 (RJ 1981,3053), pte. Excmo. Sr. D. C. de la Vega Benayas, cdo. 6, señalando que:

“no hay que olvidar el instrumento jurídico que el legislador, al reformar el título preliminar del C. Civ., proporcionó a los jueces y Tribunales para que introdujeran en la solución de los litigios un principio fundamental del derecho como es el de la buena fe en sentido objetivo”.

También pueden consultarse las SSTS de 21 de septiembre de 1987 (RJ 1987,6186), pte. Excmo. Sr. D. A. Sánchez Jáuregui, FD 4 y de 9 de octubre de 1993 (RJ 1993,8174), pte. Excmo. Sr. D. P. González Poveda, FD 2.

⁶⁶ Ver, por todos, ALONSO PÉREZ, M., “La responsabilidad precontractual”, *RCDI*, n.º 485, 1971, p. 916.

⁶⁷ DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A., *Sistema de derecho civil*, vol. II, 9ª ed., Tecnos, Madrid, 2005, p. 64. En un sentido similar, ver ASÚA GONZÁLEZ, C., *Culpa in contrahendo*, Servicio Editorial Universidad del País Vasco, 1989, pp. 63-65.

⁶⁸ Ver DÍEZ-PICAZO, “Prólogo”, p. 12; GARCÍA RUBIO, Ma. P., *La responsabilidad precontractual*, Tecnos, Madrid, 1991, p. 41, y CABANILLAS SÁNCHEZ, A., “El ámbito de la responsabilidad precontractual o *culpa in contrahendo*”, *RCDI*, n.º 628, 1995, p. 750.

los derechos deben ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe. Finalmente, el tercero se refiere a los principios generales del derecho en cuanto fuente del ordenamiento jurídico español, además de su carácter informador de todo el ordenamiento jurídico.

En un importante trabajo publicado en el año 1971 sobre la responsabilidad precontractual, ALONSO PÉREZ sostiene que la buena fe a que alude el artículo 1.258 CC no sólo se aplica en la fase de ejecución del contrato, sino que también se amplía su ámbito a la etapa de perfección y conclusión del contrato.⁶⁹ En su opinión no existe inconveniente en extender la aplicación de la buena fe negocial a que se refiere este precepto a la etapa preparatoria, pues: “[h]ay una razón analógica evidente”.⁷⁰ Igualmente evidente resulta esto a LACRUZ *ET AL*, quienes señalan que la aplicación del precepto a los tratos preliminares no resulta problemática.⁷¹ Sin embargo, la aplicación del artículo 1.258 CC al periodo de negociación del contrato, , no es pacífica y despierta un cierto recelo en la medida en que se encuentra inevitablemente vinculada

⁶⁹ ALONSO PÉREZ, “La responsabilidad”, p. 916.

⁷⁰ *Loc cit.* En otro pasaje del mismo trabajo, el autor señala en apoyo de su tesis una STS de 29 de enero de 1965 sobre la que vuelvo más adelante (*Ibíd.*, p. 889). Ver p. 352.

⁷¹ Ver LACRUZ, *et al.*, *Elementos II-1*, p. 380, citando la misma STS de 29 de enero de 1965. Una opinión más difusa, aunque en el mismo sentido, se encuentra en MANZANARES SECADES, A. (“Responsabilidad precontractual en la hipótesis de ruptura injustificada de las negociaciones preliminares”, *ADC*, 37-3, 1984, p. 1009), quien señala que la responsabilidad precontractual es de naturaleza aquiliana y postula una extensión teórica de las exigencias de la buena fe ex artículo 1.258 CC al periodo precontractual. Se trata de una tesis que, en opinión de GARCÍA RUBIO (*La responsabilidad precontractual*, p. 80), resulta inapropiada pues:

“o estamos ante una verdadera obligación de comportarse según la buena fe, y entonces el fundamento será necesariamente contractual pues éste es precisamente el género de responsabilidad que necesariamente deriva del incumplimiento de una relación obligatoria, o, por el contrario, no existe sino un deber general de respetar la esfera jurídica ajena concretado en el contacto mantenido para la preparación de un contrato y cuya violación debe remitirse al artículo 1.902”.

a la espinosa cuestión de la calificación de la responsabilidad precontractual.⁷²

⁷² En la doctrina española existe una extensa discusión sobre la calificación que merece la responsabilidad precontractual. Atendida su relación con la vigencia del artículo 1.258 CC durante esta fase, será útil, al menos, reseñarla.

Entre los autores es posible encontrar, al menos, cuatro opiniones sobre la calificación de la responsabilidad precontractual: la extracontractualista, la contractualista, el *tertium genus* y lo que denominaré la tesis no comprometida.

La primera opinión (extracontractualista) parece ser la más extendida entre los autores (ver GARCÍA RUBIO, *La responsabilidad*, p. 78 y MANZANARES SECADES, A., "La naturaleza de la responsabilidad precontractual o *culpa in contrahendo*", *ADC*, 38-4, 1985, p. 1006, nota 78). Como su nombre indica, quienes defienden esta tesis sostienen que a las hipótesis de responsabilidad precontractual se les aplica el estatuto de la responsabilidad extracontractual. Dos son los principales argumentos sobre los que reposa esta opinión. Según el primero de ellos, no existiría en la fase precontractual una relación obligatoria entre los negociantes de aquellas disciplinadas por las reglas de derecho contractual toda vez que el contenido de dicha relación se encuentra aún por determinar y depende en su fijación de la aplicación de un juicio de buena fe (ver CABANILLAS SÁNCHEZ, "El ámbito", p. 752). Por tanto, no existiendo vinculación contractual no resulta aplicable el estatuto propio de dichas relaciones. El segundo argumento tiene sus fundamentos en la amplitud del precepto contenido en el artículo 1.902 CC, que no contempla la tipicidad del daño (que es, precisamente, una de las principales razones que ha llevado a la doctrina alemana a considerar que se aplicarían las reglas de derecho de contratos a los supuestos de *culpa in contrahendo*. Ver ASÚA GONZÁLEZ, *La culpa in contrahendo*, pp 25-52) y permite incardinar en él cualquier supuesto de daño determinado por un comportamiento antijurídico (*Ibid.*, p. 256), sin necesidad de recurrir a artificios. Esta parece ser también la tesis mayoritariamente acogida por la jurisprudencia. Así, por ejemplo, en las SSTs de 14 de junio de 1999 (RJ 1999,4105, pte. Excmo. Sr. R. García Varela, FD 2) y de 16 de diciembre de 1999 (RJ 1999,8978, pte. Excmo. Sr. I. Sierra Gil de la Cuesta, FD 1).

La segunda opinión (contractualista) descansa, generalmente, sobre el papel que juega la buena fe en esta fase de preparación del contrato. Así, algunos autores entienden que la responsabilidad precontractual no se funda en el *neminem laedere*, sino en el quebrantamiento de la lealtad y la confianza que las partes deben prodigarse por haber comenzado las negociaciones (ver, por ejemplo, PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos de Derecho civil*, t. II, vol. I, 3ª ed., Bosch, Barcelona, 1988, p. 219). Una variable del mismo argumento ha sido utilizada por JORDANO FRAGA, F. (*La responsabilidad contractual*, Civitas, Madrid, 1987, pp. 31-32 y nota 21), quien defiende un ensanchamiento de la responsabilidad contractual hacia aquellas relaciones, distintas del contrato, que se generan entre quienes están ligados por un vínculo obligatorio. Por su parte, MEDINA ALCOZ, M. ("La ruptura injustificada de los tratos preliminares: notas acerca de la naturaleza de la responsabilidad precontractual", *RDP*, 2005, pp. 103-105), a propósito de la ruptura injustificada de los tratos preliminares, provee de dos razones para considerar que el régimen es el contractual. La primera de ellas es que se trata de una relación entre "conocidos" y del "contacto social" que mantienen se desprenden deberes especiales derivados de las exigencias de la buena fe. La segunda razón suministrada por esta autora es que en el caso de la

Otros autores consideran que además del artículo 1.258 CC, puede acudir al artículo 7.1 CC para justificar la imposición de las exigencias de la buena fe durante las negociaciones del contrato. Así, por ejemplo, a propósito de la ruptura de tratos preliminares, se ha considerado que reciben aplicación ambos preceptos (7.1 y 1.258 CC) y que el estatuto de responsabilidad es el de los artículos 1.902 y siguientes. Igualmente, se ha advertido que aunque el artículo 1.258 CC no se refiere expresamente a los tratos precontractuales, es posible defender su aplicación a ellos

ruptura de las negociaciones no puede hablarse de una conducta culpable, toda vez que los negociantes nunca están obligados a contratar y si no hay conducta culpable, en sentido lato, no procedería la aplicación del estatuto extracontractual. La misma idea se encuentra en DÍEZ-PICAZO (*Fundamentos I*, p. 319).

La tercera opinión (*tertium genus*) estima que la relación a que dan lugar las negociaciones de un contrato se encuentra en algún punto entre las relaciones que origina un ilícito extracontractual y aquellas que origina un contrato y que por lo mismo precisan de reglas propias. Así, por ejemplo, LUNA SERRANO, A. (en Lacruz Berdejo, *et al.*, *Elementos de derecho civil*, t. II, *Derecho de obligaciones*, vol. 1º, *Parte general. Teoría general de contrato*, Dykinson, Madrid, 2000, p. 386) ha señalado que:

“el presupuesto de la obligación de resarcimiento es, en el caso contemplado [la responsabilidad precontractual], mucho más concreto que la exigencia de la genérica observancia del precepto de *naeminem laedere* contenido en el artículo 1.902. Por eso, aunque se reconoce mayoritariamente que no se puede hablar nunca en este caso de una responsabilidad contractual, existe también una clara orientación de afirmar que nos encontramos ante un supuesto de perfiles más delimitados y, en algún sentido, diversos a los de la responsabilidad extracontractual”.

Ahora bien, aún cuando la idea de *tertium genus* resulta seductora, CABANILLAS SÁNCHEZ (“El ámbito”, p. 757), lleva razón cuando afirma que: “mientras ese *tertium genus* no tenga unas normas que lo disciplinen sólo podrá considerarse la *culpa in contrahendo* como contractual o extracontractual.

Finalmente, la que he denominado tesis no comprometida, de autores como GARCÍA RUBIO (*La responsabilidad precontractual*, p. 89) o CABANILLAS SÁNCHEZ (“El ámbito”, pp. 757-758) alerta sobre la imposibilidad de considerar *a priori* la calificación de la responsabilidad precontractual y la consecuente necesidad de decidir en cada hipótesis concreta de *culpa in contrahendo* el estatuto de responsabilidad que mejor se adapta a las circunstancias.

Esta última parece ser la opción más razonable porque, como se verá a propósito de los deberes atípicos de información en el tratamiento del error y el dolo la distinción entre responsabilidad contractual y extracontractual no es tanto cronológica como funcional (ver Segunda parte § 3). No depende del momento en que se produce el ilícito sino del efecto que produce.

analogicamente y que también se puede recurrir al artículo 7.1 del Título Preliminar, cuya aplicación en sede precontractual no se discute.⁷³

Con todo, el recurso al artículo 7.1 CC en las negociaciones del contrato tampoco es pacífica. Según ha señalado una autora, si se aplica el artículo 7.1 CC quedan excluidas algunas hipótesis típicas de responsabilidad precontractual que más que al ejercicio de derechos se refieren al cumplimiento de obligaciones o deberes propios de la etapa precontractual.⁷⁴ Frente a esto hay que decir que la opinión mayoritaria parece ser que la buena fe consagrada por el artículo 7.1 CC no debe aplicarse sólo al ejercicio de los derechos, sino que incluye además el cumplimiento de las obligaciones de cualquier especie.⁷⁵

b. Los tribunales

La idea según la cual, durante las negociaciones de un contrato, existe un deber de comportarse según las exigencias de la buena fe parece, además, bien asentada en las decisiones del TS, particularmente cuando

⁷³ ASÚA GONZÁLEZ, *La culpa in contrahendo*, pp. 253-254. En el mismo sentido es posible citar las opiniones de PASCUAL ESTEVILL, L. ("La responsabilidad precontractual", *La Ley*, t. 4, 1994, p. 936), GARCÍA RUBIO (*La responsabilidad precontractual*, pp. 40-42) y CABANILLAS SÁNCHEZ ("El ámbito", p. 750), todos ellos señalando, a propósito del artículo 7.1 CC, que durante la negociación del contrato, los derechos deben ejercerse de buena fe.

⁷⁴ GARCÍA RUBIO, *La responsabilidad precontractual*, p. 41.

⁷⁵ Sobre esto puede consultarse Díez-PICAZO (*Fundamentos I*, p. 62) quien considera que del juego de los artículos 7.1 y 1.258 puede concluirse que también las obligaciones (y habrá que incluir los deberes) deben cumplirse de buena fe; MIQUEL GONZÁLEZ, J. Ma., "Comentario artículo 7.1", *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, Albaladejo, M. y Alabart, S. (dir.), Edersa, Madrid, 1993, pp. 117-137, quien señala que el precepto se aplica además a los deberes. Ver también 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. 724-725. Finalmente, GARCÍA AMIGO, M. ("Consideraciones a la buena fe contractual", en *Homenaje al profesor Bernardo Moreno Quesada*, vol. I, Universidad de Jaén, Granada, 2000, p. 618) añade que de esta misma manera lo ha entendido la jurisprudencia.

se trata de los vicios del consentimiento (especialmente el error y el dolo⁷⁶) o de la ruptura injustificada de los tratos preliminares.

Así, por ejemplo, respecto del error, en la importante STS de 4 de enero de 1982⁷⁷, una obra misionera compró unos manantiales de aguas con propiedades medicinales que, en definitiva, resultaron “no potables bacteriológicamente”. En consideración a esto, la compradora alegó error y el vendedor se opuso señalando que se trataba de un error inexcusable. El TS consideró respecto de la excusabilidad que las conductas de ambas partes durante la negociación debían valorarse “según el principio de la buena fe (art. 1.258)”. Por su parte, la STS de 22 de mayo de 2006 resuelve un caso suscitado a propósito de la adjudicación de unas fincas para garantizar el pago de un crédito. Las fincas se cedieron como libres de gravámenes, no obstante, existía un embargo sobre ellas a favor de un banco. En lo que interesa aquí, el TS, al conocer sobre una supuesta infracción, entre otros, de los artículos 1.265 y 1.266 CC, cuando analiza el requisito de la excusabilidad del error, señala que durante la negociación deben valorarse “las respectivas conductas según el principio de la buena fe”.⁷⁸

Tratándose de responsabilidad precontractual, en la STS de 26 de febrero de 1994, que resuelve un caso donde se discutía la existencia o no de un contrato de prestación de servicios entre un hotel y una empresa de iluminación, se lee:

“El prólogo negocial lo constituyen los efectivos y precisos tratos previos, salvaguardados por la buena fe, hasta tal punto que, en otro

⁷⁶ Sobre el dolo ver el apartado siguiente relativo al deber de informar.

⁷⁷ RJ 1982,179, ponente Excmo. Sr. J., de Castro García, CDO. 6.

⁷⁸ RJ 2006,3280, pte. Excmo. Sr. A. Salas Carceller, FD 2. En igual sentido La STS de 17 de noviembre de 2006 (RJ 2006, 8932, pte. Excmo. Sr. V.L. Montés Penadés, FD 3) resuelve un caso donde se discute si la falta de información por parte del vendedor de un inmueble a los compradores de cargas urbanísticas que el primero conocía y los segundos desconocían constituía o no una infracción del artículo 1.483 del CC. En lo que importa aquí, el TS hace presente que durante los tratos preliminares la buena fe es exigible, “como comportamiento honesto y leal en los tratos (artículos 7.1 y 1.258 CC)”.

caso, se puede producir situación de responsabilidad por razón de la culpa «in contrahendo»⁷⁹.

En términos similares, la STS de 5 de abril de 1999, resolviendo un caso en que se alegaba la existencia de responsabilidad precontractual por una ruptura injustificada de los tratos preliminares, señala que para que aquella tenga lugar debe actuarse:

“(...) desoyendo la recta actuación que en cualquier fase del «iter» negocial debe presidir la teleología «ad stipulationem», esto es, obrando bajo los principios de diligencia y buena fe, base de la confianza recíproca de los interesados (...)”⁸⁰.

Pues bien, tras una mirada a las diversas opiniones de los autores y a algunas decisiones del TS se puede afirmar que, aun existiendo discrepancias o dudas sobre el estatuto de la responsabilidad precontractual en relación con artículo 1.258 CC o sobre el alcance del artículo 7.1 CC en cuanto a que también abarque las obligaciones, existe un amplio consenso respecto a la vigencia de la buena fe durante las negociaciones del contrato y dicha vigencia se justifica, las más de las veces, en los artículos 1.258 y 7.1 del Código Civil.

2. LA BUENA FE Y EL DEBER DE INFORMAR

Tanto en la doctrina como en las decisiones de los tribunales existe acuerdo en aceptar que, durante la negociación de un contrato, rigen las exigencias de la buena fe y que de ellas es posible derivar un deber de informar.

⁷⁹RJ 1994,1198, pte. Excmo. Sr. A. Villagómez Rodil, FD 2. En el mismo sentido, y con cita de esta STS, la STS de 31 de octubre de 2001 (RJ 2001,9639, pte. Excmo. Sr. A. Villagómez Rodil, FD 1) y la SAP Salamanca de 31 de enero de 2005 (AC 2005,181, FD 5). Igualmente, se puede consultar la STS de 15 de noviembre de 1993 (RJ 1993,8917, pte Excmo. Sr. A. Villagómez Rodil, FD 2).

⁸⁰ RJ 1999, 1873, pte. Excmo. Sr. L. Martínez-Calcerrada y Gómez, FD 3.

a. La doctrina

(i) *La buena fe*

En un libro publicado en 1991, GARCÍA RUBIO señala que:

“Por lo que respecta al Derecho español, no son hasta ahora abundantes los estudios doctrinales que se han detenido en el análisis del deber de información entre los negociadores en la etapa previa a la celebración del contrato”.⁸¹

Actualmente, las palabras transcritas de esta autora no han perdido totalmente su vigencia. Es cierto que la producción de trabajos dedicados a las múltiples manifestaciones del deber de informar –ya sea como deberes típicos o como deberes atípicos- han aumentado y así queda constancia en la bibliografía empleada en esta investigación. Sin embargo, las obras que se plantean dicho deber en forma más monográfica son escasas. En el ámbito español se han publicado, hasta la fecha, dos monografías sobre el deber de informar en sede precontractual.⁸² En ambas se reconoce que la buena fe constituye el fundamento –o, al menos, uno de los fundamentos⁸³- de dicho deber. Así, por ejemplo, GÓMEZ CALLE, considera que el artículo 7,1 CC ofrece una vía para justificar la imposición de un deber de información en la etapa previa a la celebración del contrato.⁸⁴ La misma tesis es asumida por LLOBET I AGUADO.⁸⁵ Se trata, además, de la buena fe en sentido objetivo. Así lo entiende, generalmente, la doctrina española.⁸⁶

⁸¹ GARCÍA RUBIO, *La responsabilidad precontractual*, pp. 46-47.

⁸² Ver GÓMEZ CALLE, *Los deberes precontractuales, passim*. y LLOBET I AGUADO, *El deber de información, passim*.

⁸³ El otro, en opinión de GÓMEZ CALLE (*Los deberes precontractuales*, pp. 18-26), sería de carácter económico.

⁸⁴ GÓMEZ CALLE, *Los deberes precontractuales*, p. 18.

⁸⁵ LLOBET I AGUADO, *El deber de información*, p. 14.

⁸⁶ Ver, por ejemplo, ALONSO PÉREZ, “La responsabilidad”, p. 888:

Esta tendencia parece mantenerse, sin demasiadas variaciones, entre los demás autores. Así, MORALES MORENO había señalado –con anterioridad a Gómez Calle y Llobet i Aguado– respecto del dolo por omisión y del error reconocido o reconocible que:

“La buena fe obliga a no aprovecharse del error del otro contratante. Se aprovecha del error ajeno el que, conociendo su existencia, no lo desvela para tener así una posición contractual más ventajosa. La conducta a que nos referimos es la «reticencia dolosa», asimilada al dolo en nuestro ordenamiento. Cae, por tanto, fuera del ámbito propio del error. Pero en cualquier caso puede afirmarse que cuando el error ajeno es conocido y no advertido se han de soportar las consecuencias del mismo.

El error ajeno no sólo es imputable cuando es conocido (reticencia dolosa). También, si resulta cognoscible, desplegando la diligencia que exige la buena fe. La buena fe impone a cada contratante la obligación de actuar diligentemente, para conocer y comunicar al otro aquellos extremos referentes al contrato, que, por la situación de hecho en que el obligado se encuentra, o por su condición personal (por ej. profesional),

“La buena fe, también, aquí, reviste carácter objetivo en cuanto impone a las partes que tratan o negocian un arquetipo de conducta social, lealtad y fidelidad a la palabra dada”;

En una línea similar, MANZANARES SECADES (“La naturaleza”, p. 1007), señala el idéntico contenido de la buena fe contractual y extracontractual. Por su parte ASÚA GONZÁLEZ (*Culpa in contrahendo*, p. 253) escribe:

“A mi juicio (...) resultará útil el recurso al concepto de buena fe en sentido objetivo como norma de conducta que aportará el perfil de la actuación que en ese caso le era exigible al sujeto y que si no se ha observado permitirá calificar ese comportamiento de ilegítimo o antijurídico” (cita interna omitida).

GARCÍA RUBIO (*La responsabilidad precontractual*, p. 43) por su parte, señala:

“la buena fe aplicable a la fase precontractual es generalmente entendida como un criterio objetivo de valoración de la conducta de quienes están inmersos en la etapa preparatoria de un contrato”.

Finalmente, CABANILLAS SÁNCHEZ (“El ámbito”, p. 750) indica que:

“La buena fe (...) reviste un carácter objetivo en cuanto impone a las partes que negocian un arquetipo de conducta social. La buena fe objetiva es externa al sujeto y le impone una serie de deberes de rectitud y diligencia”.

pueda fácilmente conocer, y no conozca ni pueda fácilmente conocer la parte contraria".⁸⁷

Reflexionando sobre esta misma materia –esto es, la reticencia dolosa y culposa-, VERDA Y BEAMONTE, justifica, los deberes de información en el principio de buena fe que, en el marco de la solidaridad contractual, impone a las partes una obligación recíproca de lealtad.⁸⁸ Por su parte, QUIÑONERO CERVANTES, en el primer trabajo que, en el derecho español, se ocupó monográficamente del dolo omisivo, advierte que el principio de buena fe: "impone un deber de información entre las partes sobre las circunstancias que rodean al negocio y que tienen trascendencia a la hora de emitir el consentimiento".⁸⁹

Igualmente, es frecuente que, a propósito de la responsabilidad precontractual, los autores relacionen el deber de informar con las exigencias de la buena fe. Así, por ejemplo, puede advertirse en GARCÍA RUBIO, quien considera como manifestaciones de la buena fe en la fase precontractual el deber de informar, el deber de lealtad y los deberes de protección.⁹⁰ En el mismo sentido, CABANILLAS SÁNCHEZ identifica el deber de información como uno de los deberes que emana de la buena fe durante la fase precontractual.⁹¹

⁸⁷ MORALES MORENO, A.M., *El error*, p. 230.

⁸⁸ VERDA Y BEAMONTE, J. R., "La reticencia en la formación del contrato", *Aranzadi Civil*, 22, 1999, p. 12.

⁸⁹ Ver QUIÑONERO CERVANTES, E., "El dolo por omisión", *RDP*, 1979, p. 354. Sobre el dolo por omisión en relación al deber precontractual de informar puede consultarse, además, MORALES MORENO, "Comentario artículos 1.269 y 1.270", p. 387 y VERDA Y BEAMONTE, "El dolo *in contrahendo*", p. 44.

⁹⁰ GARCÍA RUBIO, *La responsabilidad precontractual*, pp. 43-58.

⁹¹ CABANILLAS SÁNCHEZ, "El ámbito", p. 750. En el mismo sentido VALÉS DUQUE, "La responsabilidad precontractual", pp. 727-729.

(ii) Los límites

Junto con el reconocimiento de la existencia de un vínculo entre la buena fe y el deber de informar, los autores españoles suelen admitir la existencia de ciertos límites a dicho deber. Una formulación general de esta idea se encuentra en las siguientes palabras de GARCÍA RUBIO, quien, al tratar el deber precontractual de información como una manifestación de la buena fe en la fase precontractual, señala:

“Así como existe un consenso prácticamente generalizado cuando se trata de considerar que uno de los deberes típicos impuestos a cada uno de los contratantes en la fase preformativa del contrato es el dar informaciones correctas a la otra acerca de las circunstancias importantes que afectan al futuro negocio, es también unánime la apreciación acerca de la dificultad de determinar la extensión y límites del mencionado deber. Se dice que la regla general en esta materia ha de ser que cada uno se ocupe de sus propios intereses y, en consecuencia, que se procure las informaciones precisas acerca del negocio que, hipotéticamente, va a celebrar. No obstante se considera que en determinadas circunstancias las reglas de la buena fe exigen que una de las partes procure a la otra determinada información”.⁹²

Conviene, sin embargo, adentrarse con mayor detalle en los límites propuestos por la doctrina española. A diferencia de lo que sucede con las obras que intentan adentrarse en los límites del deber de informar son escasas. A este respecto, la principal es, sin duda, la de la profesora Esther GÓMEZ CALLE.⁹³ Si bien, junto a ella deben destacarse un trabajo del profesor Luis ROJO AJURIA⁹⁴ y otro del profesor José Ramón de VERDA Y

⁹² GARCÍA RUBIO, *La responsabilidad precontractual*, p. 45.

⁹³ GÓMEZ CALLE, *Los deberes precontractuales*.

⁹⁴ ROJO AJURIA, L., *El dolo en los contratos*, Civitas, Madrid, 1994, pp. 272-279. Prescindiré, sin embargo, de exponer los planteamientos de este autor en la medida en que únicamente se limita a exponer criterios utilizados por el análisis económico del derecho para determinar la protección de la confianza, pero no toma partido por alguno de ellos. Como he sugerido ya, lo que me interesa aquí es mostrar los criterios que los autores españoles han elegido para limitar el deber de información.

BEAMONTE.⁹⁵ Estas han sido las principales iniciativas. Junto a ellas, es necesario considerar las aportaciones que, a propósito de otros temas, efectuaron los profesores Antonio Manuel MORALES MORENO⁹⁶ y Cándido PAZ-ARES.⁹⁷

(aa) Morales Moreno: el error como un problema de distribución de riesgos

MORALES MORENO considera que junto a las perspectivas tradicionales del enfoque del error –como vicio de la voluntad y a la luz de una organización lesiva de los intereses- es posible concebir una tercera perspectiva: la distribución de riesgos.⁹⁸ De lo que se trata según esta tercera perspectiva es de determinar cómo distribuir el riesgo de una defectuosa información. La ventaja que tiene un planteamiento como éste, según el autor, es que permite considerar el problema desde una perspectiva global y promover una justa ordenación de los intereses.⁹⁹

La tercera perspectiva –considerar el error como un problema de distribución de riesgos- es, en realidad, un método para aproximarse al problema del error, no una solución. Lo que se desprende de este método es que, para distribuir el riesgo de la defectuosa información, no debe emplearse lo que puede denominarse “una monolítica categoría dogmática de vicios del consentimiento”¹⁰⁰, sino que, más bien, es necesario advertir que existen múltiples criterios de ordenación del reparto del riesgo del error.

⁹⁵ VERDA Y BEAMONTE, “La reticencia”.

⁹⁶ MORALES MORENO, *El error*, pp. 229-231.

⁹⁷ PAZ-ARES, C., “Principio de eficiencia y derecho privado”, en *Estudios en homenaje a M. Broseta Pont*, T. III, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1995, pp. 2890-2891.

⁹⁸ MORALES MORENO, *El error*, pp. 67-105.

⁹⁹ *Ibíd.*, p. 89.

¹⁰⁰ Tomo el término de DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos*, I, p. 186.

Según MORALES MORENO, es posible clasificar esos criterios en dos grupos: jurídicos y económicos.¹⁰¹ Así, por ejemplo, dentro de los criterios jurídicos se encuentran la justicia conmutativa y la justicia distributiva. Dentro de los criterios económicos se encuentra la consideración según la cual se deben hacer recaer las consecuencias del error sobre quien estaba en mejores condiciones de evitarlo.

A propósito de la excusabilidad del error, plantea MORALES MORENO que ésta se resuelve como un problema de imputabilidad del error, en términos que sólo procederá la anulación del contrato cuando el error sea imputable a la otra parte.¹⁰² Será imputable cuando la otra parte lo haya provocado o no haya colaborado en deshacerlo cuando debía hacerlo.¹⁰³ Ahora bien, no siempre existe el deber de colaborar en deshacer el error o, lo que es lo mismo, no siempre existe el deber de informar. El citado autor ilustra los límites del deber de informar a través del ejemplo de una compañía dedicada a la explotación de hidrocarburos que compra unos terrenos tras haber llevado a cabo algunos estudios que determinan como probable la existencia de petróleo en el lugar, y se pregunta: ¿está obligada la compradora a poner en conocimiento del vendedor los resultados de su investigación? Su respuesta es:

“En este caso, me parece, existe una justificación para excluir el deber de información en todos aquellos extremos cuyo conocimiento ha supuesto un coste”.¹⁰⁴

¹⁰¹ MORALES MORENO, A. M., “Comentario al artículo 1.266”, en *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, Albaladejo, M. y Alabart, S. (dir.), Edersa, Madrid, 1993, pp. 235-236.

¹⁰² Ver pp. 529-534.

¹⁰³ Ver pp. 529-530.

¹⁰⁴ MORALES MORENO, *El error*, p. 231.

(bb) Paz-Ares: los efectos de la información

PAZ-ARES considera el deber de informar en el marco de un trabajo que pretende justificar, según el mismo autor advierte al comienzo, desde varios puntos de vista, pero, en especial, desde el punto de vista de la filosofía moral que: “la producción del derecho privado *debe* guiarse – bajo ciertas constricciones y con ciertas cualificaciones- por el principio de eficiencia”.¹⁰⁵ El autor desenvuelve el principio de eficiencia en siete postulados normativos. El que interesa aquí es el sexto, según el cual:

“(…) en los casos en que haya contradicción entre las exigencias de la eficiencia asignativa y las exigencias de la eficiencia productiva, el juez –o el ordenamiento- deben dar preferencia a las últimas sobre las primeras”.¹⁰⁶

Este postulado es ilustrado a través de un ejemplo que conviene transcribir 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 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

¹⁰⁵ PAZ-ARES, “Principio de eficiencia”, p. 2843 (citas internas omitidas).

¹⁰⁶ *Ibíd.*, p. 2889.

estática), parece claro que el derecho a la anulación del contrato debe atribuírsele 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 trate 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 esas informaciones socialmente valiosas.¹⁰⁷

Se trata de una cita extensa, pero, su transcripción se encuentra plenamente justificada. Si se lee con atención, no son necesarias más explicaciones: el criterio propuesto por PAZ-ARES para limitar el deber de informar queda determinado por los efectos de la información, si es redistributiva no hay razones de eficiencia productiva que justifique no suministrarla, si se trata de información tecnológica, las hay.

(cc) Gómez Calle: la moral y la economía

A diferencia de Paz-Ares y Morales Moreno, Gómez Calle trata el deber de informar en forma monográfica, razón por la cual el examen de sus fundamentos es más ambicioso que el de estos autores.

La autora comienza distinguiendo entre fundamentos jurídicos y fundamentos económicos del deber de informar.¹⁰⁸ El fundamento jurídico, desde su perspectiva, es la buena fe, entendida en términos objetivos. La autora señala que los códigos decimonónicos no se preocuparon, más que en forma tangencial, del deber de informar, como por ejemplo sucede a propósito del error y del dolo.¹⁰⁹ Esto se justifica, en su opinión, en la influencia del individualismo en el diseño del derecho de contratos y, específicamente, en la idea de igualdad entre las partes. Con todo, la idea de igualdad entre las partes ha sido desmentida progresivamente a consecuencia de las crecientes complejidades del tráfico jurídico y económico, constituyéndose la desigualdad como nota

¹⁰⁷ *Ibid.*, pp. 2889-2891.

¹⁰⁸ GÓMEZ CALLE, *Los deberes precontractuales*, pp. 12-26.

¹⁰⁹ *Ibid.*, p. 12.

distintiva en algunas relaciones contractuales.¹¹⁰ Los deberes de información tendrían, entonces, una finalidad protectora de la parte que se encuentra en una posición más débil.¹¹¹

El segundo fundamento es el económico. La autora considera que el presupuesto sobre el cual descansa el fundamento económico es que, a diferencia del razonamiento jurídico que se centra en el caso concreto, el razonamiento económico asume un enfoque más amplio que tiene en cuenta el interés de la sociedad en su conjunto. “De ahí que sea un objetivo económico potenciar la inversión en la adquisición y difusión de información socialmente útil”.¹¹²

La importancia de este fundamento es que permite limitar las exigencias que, en términos de suministro de información, plantea la buena fe a las partes durante la negociación de un contrato.¹¹³

GÓMEZ CALLE desarrolla el fundamento económico a través de una serie de distinciones. La primera de ellas consiste en diferenciar según si la información es costosa de adquirir o no.¹¹⁴ Si es costosa, en principio, no se debe imponer el deber de informar, pues se desincentivaría su posterior inversión en adquirir y difundir la información. Si la información no es costosa de adquirir y difundir, la imposición de un deber de informar no desincentiva la adquisición ni la difusión, se trata entonces de un terreno apto para imponer deberes precontractuales de informar.

En los casos en los que la información es costosa, la citada autora propone una segunda distinción según si los costos son igualmente altos para ambas partes o bien asimétricos, es decir, más altos para una de las partes.¹¹⁵ Siendo igualmente altos no hay razón para imponer a una de

¹¹⁰ *Ibíd.*, p. 13.

¹¹¹ *Ibíd.*, p. 15.

¹¹² *Loc. cit.*

¹¹³ *Ibíd.*, p. 19.

¹¹⁴ GÓMEZ CALLE, *Los deberes precontractuales*, p. 20.

¹¹⁵ *Ibíd.*, pp. 21-22.

las partes el deber de suministrar información que la otra podría haber adquirido en condiciones similares; en cambio, si los costes son mucho más altos para una de las partes, hay, en principio, razones económicas para imponer el deber de informar a aquella parte que pudo adquirir la información a menor coste.

Según GÓMEZ CALLE, las dos distinciones anteriores (información costosa y no costosa, costes simétricos y asimétricos) sólo tienen sentido si la información de que se trata incrementa el valor del bien al que afecta, por el contrario, si se trata de una "noticia devaluadora"¹¹⁶ el deber de informar existe:

"(...) siempre que la información sea necesaria para evitar que el bien ocasione daños o que la noticia afecte a las presuposiciones del contrato o datos tenidos en cuenta a la hora de celebrarlo, incluidos los intereses particulares de cualquiera de las partes, incorporados al contrato y puestos en conocimiento de la otra en la fase negociadora."¹¹⁷

Esto significa que la tercera distinción que realiza esta autora es entre información que incrementa el valor de la prestación e información devaluadora de la prestación en cuestión.

Expuestas estas tres distinciones, es posible concluir con la visión de GÓMEZ CALLE acerca de cómo contribuyen a limitar el alcance del deber de informar las consideraciones económicas:

"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".¹¹⁸

¹¹⁶ *Ibíd.*, p. 25.

¹¹⁷ *Loc. cit.*

¹¹⁸ *Ibíd.*, p. 137.

(dd) Verda y Beamonte: los límites del deber de advertir el error esencial

La premisa a partir de la cual se estructuran las ideas de VERDA Y BEAMONTE que interesa exponer aquí es 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 informar recíprocamente de la existencia de las causas de invalidez negocial, conocidas o reconocibles mediante el uso de una regular diligencia”.¹¹⁹

En una forma similar a GÓMEZ CALLE, el mencionado autor comienza advirtiendo que el fundamento del deber precontractual de información se encuentra en la buena fe. A continuación advierte que el deber de informar los errores ajenos debe limitarse “con arreglo a criterios fundamentalmente económicos”.¹²⁰ Los criterios fundamentalmente económicos a que se refiere este autor son los mismos utilizados por GÓMEZ CALLE, aunque expuestos en forma más ordenada. Una vez realizada la exposición de los criterios concluye el citado autor:

“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”.¹²¹

¹¹⁹ VERDA Y BEAMONTE, “La reticencia”, p. 12.

¹²⁰ *Ibíd.*, p. 15.

¹²¹ *Ibíd.*, p. 21.

b. La opinión de los tribunales

Respecto a los tribunales, una mirada a las sentencias del TS y a las de las Audiencias Provinciales, especial –pero, no únicamente- las dictadas a propósito del dolo por omisión, muestra que los tribunales españoles han considerado insistentemente que uno de los deberes que emana de las exigencias de la buena fe en sede precontractual es precisamente el deber de informar. Convendrá mostrar esto con algunos ejemplos elocuentes:

- STS de 29 de enero de 1965¹²²:

“(…) ha de admitirse que se contradice o falta a la buena fe, cuando con la finalidad de obtener un provecho, no derivado de la recta aplicación y finalidad de lo convenido, se finge ignorar lo que se sabe, se oculta la verdad a quien no pudo conocerla, se va contra la resultancia de los actos propios, se realiza un acto equívoco para beneficiarse intencionadamente de su dudosa significación o se crea una apariencia jurídica para contradecirla después, en perjuicio de quien puso su confianza en ella”.

- STS de 26 de octubre de 1981¹²³

“(…) en el concepto de dolo que da el art. 1269 del C. Civ. no sólo se comprende la insidia directa e inductora de la conducta errónea del otro contratante, sino también la reticencia dolosa del que calla o no advierte debidamente -SS. de 6 junio 1953 (7 enero 1961, 20 enero 1964- a la otra parte, poniéndola en la misma situación invalidante de su consentimiento, o, como decían las Partidas (Partida 7, 15, una) «de manera que non se puede ome guardar del engaño», lo que pugna con el deber de informar exigible por la buena fe (arts. 7.º, 1.º y 1258 del C. Civ.)”.

- STS de 27 de marzo de 1989¹²⁴

¹²² RJ 1965,261, pte. Excmo. Sr. D. J. Bernal Algora.

¹²³ RJ 1981,4001, pte. Excmo Sr. D. C. de la Vega Benayas, CDO. 5.

“la conducta del vendedor hay que considerarla dolosa, aunque no tuviera conciencia de que con su silencio causa daño a la otra parte, y menos es necesario que el contratante doloso tenga intención de proporcionarse para sí o para un tercero ciertas ventajas o beneficios de carácter patrimonial; lo que no obsta a que se halle una conducta dolosa en el callar consciente o en otra conducta concluyente cuando preexista, como en este caso, un deber u obligación de verificar una comunicación o declaración según la buena fe o las concepciones dominantes en el tráfico”.

- SSTS de 11 de mayo de 1993¹²⁵, de 29 de marzo de 1994¹²⁶ y de 11 de junio de 2003¹²⁷, en todas ellas:

“Definido el dolo en el artículo 1269 del Código Civil como vicio del consentimiento contractual, comprensivo no sólo de la insidia directa o inductora de la conducta errónea del otro contratante sino también la reticencia dolosa del que calla o no advierte a la otra parte en contra del deber de informar que exige la buena fe”.

- STS de 3 de julio de 2007¹²⁸

“Este callar consciente, como dice la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de marzo de 1989, cuando existe la "obligación de verificar una comunicación o declaración según la buena fe o las concepciones dominantes del tráfico" constituye el actuar doloso que invalida el consentimiento según el artículo 1265 del Código Civil, produciéndose la nulidad del contrato, según el artículo 1300”.

- STS de 11 de julio de 2007¹²⁹

“Según reiteradísima doctrina de esta Sala el dolo abarca no sólo la maquinación directa sino también la reticencia del que calla o no

¹²⁴ RJ 1989,2201, pte. Excmo. Sr. D. J. Santos Briz, FD 3.

¹²⁵ RJ 1993,5339, pte. Excmo. Sr.D. P. González Poveda, FD 3.

¹²⁶ RJ 1994,2304, pte. Excmo. Sr. D. P. González Poveda, FD 1.

¹²⁷ RJ 2003,5347, FD 2

¹²⁸ RJ 2007,4676, pte. Excmo. Sr. D. J.A. Xiol Rios, FD 4.

¹²⁹ RJ 2007,5132, pte. Excmo. Sr. F. Marín Castán, FD 2.

advierte debidamente a la otra parte, sin que lo invalide la confianza, buena fe o ingenuidad de la parte afectada (STS 15-6-95, con cita de otras anteriores, y en términos muy similares SSTs 23-7-98 y 31-12-98), de suerte que habrá dolo negativo o por omisión siempre que exista un deber de informar según la buena fe o los usos del tráfico (STS 19-7-06)“.

La misma tendencia –esto es, considerar que una de las exigencias que se deriva de la buena fe durante las negociaciones de un contrato- puede advertirse, generosamente, en las decisiones de las Audiencias Provinciales.¹³⁰

*

Las páginas anteriores han servido –con alguna morosidad difícil de evitar- para mostrar que, en el derecho continental y español, es posible derivar directamente de las exigencias de la buena fe un deber de informar atípico. Lo segundo que se ha podido apreciar es que, en general, se acepta que la buena fe no siempre exige informar. Esta última constatación abre las puertas a la segunda parte de este capítulo, dedicada a presentar la cuestión de los límites del deber de informar.

¹³⁰ Así, por ejemplo, pueden consultarse la SAP Madrid de 26 de septiembre de 2006 (JUR 2006, 268732), la SAP La Coruña de 20 de julio de 2006 (RJ 349,2006), la SAP Castellón de 25 de junio de 2006 (RJ 327,2006), la SAP Salamanca de 25 de abril de 2006 (RJ 201,2006), la SAP Gipuzkoa de 22 febrero 2006 (JUR 2006,168358), SAP Granada de 20 enero 2006 (JUR 2006,796), la SAP Barcelona de 15 diciembre de 2006 (JUR 2006,74702), la SAP Murcia de 13 diciembre de 2006 (JUR 2006,65162) la SAP Zaragoza de 21 octubre de 2005 (JUR 2005,241170), la SAP Baleares de 19 julio de 2006 (JUR 2005,216602), la SAP Madrid de 22 abril de 2005 (JUR 2005,114028), la SAP Málaga de 22 abril de 2005 (JUR 2005,143273), la SAP Ourense de 28 febrero 2005 (JUR 2005,96814), la SAP Valencia de 8 febrero 2005 (JUR 2005,80789), SAP Castellón de 26 enero de 2005 (AC 2005,870), la SAP Valencia de 30 diciembre de 2005 (JUR 2005,65499), la SAP Madrid de 17 noviembre de 2005 (JUR 2005,46462), la SAP Las Palmas de 1 octubre de 2004 (AC 2004,2025), la SAP Toledo, de 9 marzo de 2004 (JUR 2004,106567), la SAP Navarra de 1 marzo de 2004 (JUR 2004,113039), la SAP Bizkaia de 14 enero de 2004 (JUR 2004,100837), la SAP Barcelona de 23 diciembre de 2004 (AC 2004,433), SAP Granada núm. 949/2003 (Sección 3ª), de 2 diciembre de 2004 (AC 2004,517), la SAP Barcelona de 24 octubre de 2003 (JUR 2003,261265), y la SAP Málaga de 13 mayo de 2003 (JUR 2003,188896).

II . BUENA FE: LA PREGUNTA, NO LA RESPUESTA

En la segunda parte de este capítulo se trata, por un lado de rechazar y, por otro, de concretar. En primer lugar (A) expongo la noción de un deber general de informar y las razones que aconsejan rechazarla. A continuación (B) explico que la buena fe, en tanto fundamento de los deberes precontractuales de informar es un fundamento complejo y que, por ello, es necesario intentar concretar sus exigencias, para eso es necesario ponderar los diversos intereses que se encuentran en juego.

A. ¿UN DEBER GENERAL DE INFORMAR?

La primera parte de esta investigación muestra, a propósito de los deberes precontractuales de informar típicos, que existen dos modelos que pueden utilizarse para configurar dichos deberes. El primer capítulo, referido al tratamiento de la evicción y a los vicios redhibitorios en el Código civil, permite advertir el primero de estos modelos, al que he denominado de "deberes excepcionales". Se trata de un modelo en el que la existencia de deberes precontractuales de informar se encuentra limitada a supuestos circunscritos, identificados por el legislador. El segundo modelo surge a propósito del estudio que se realiza en el segundo capítulo de las relaciones entre consumidores y empresarios. En

ese ámbito, la opción del legislador ha sido establecer deberes precontractuales en forma extremadamente amplia; en términos tales que puede señalarse que, generalmente, el empresario debe suministrar información al consumidor. A este segundo modelo lo he denominado de "deber general".

El objeto de estudio en la segunda parte de este capítulo son los deberes precontractuales de informar atípicos, esto es aquellos que no ha tipificado el legislador, sino que se extraen por los jueces directamente de las exigencias de la buena fe.

La tesis que voy a defender en este apartado es que existen buenas razones para no utilizar el modelo de deber general para concebir la configuración de los deberes atípicos y, por el contrario, lo adecuado es optar por un modelo de deberes excepcionales. Comienzo exponiendo la tesis contraria, es decir, aquella según la cual de las exigencias de la buena fe puede desprenderse un deber precontractual que impone el suministro de información en términos extremadamente amplios. A continuación indico las razones que justifican el rechazo.

1. LA GENERALIDAD DEL DEBER

La imposición del modelo de deber general de informar para los deberes atípicos parte de la base según la cual de las exigencias de la buena fe se puede derivar directamente un deber de informar. Esta idea no es problemática, sin embargo, se agrega una precisión respecto del alcance de dicho deber. Según este modelo, parece entenderse que la buena fe impone a las partes negociantes siempre, o en términos extremadamente amplios, el deber de suministrarse recíprocamente información. Así, por ejemplo, en el derecho español, algunos autores han señalado la conveniencia de reconocer un amplísimo deber de informar no sólo en las normas de protección de los consumidores, sino que, además, en el

derecho general de contratos. Representativo de esta opinión es GARCÍA CANTERO cuando señala que:

“(…) parece razonable pensar que dicho subprincipio (de información) ha de informar no solo la específica legislación protectora de consumidores y usuarios, sino la doctrina general del contrato (…) 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”.¹³¹

Conviene advertir aquí que GARCÍA CANTERO alude al deber de informarse no como un límite al deber de informar, que es como generalmente se le considera, sino, por decirlo así, como un complemento que agrava el deber de informar. Según este autor, no sólo parece necesario entregar toda la información relevante en toda circunstancia, sino que, además, este deber –el de informar- impone otro: informarse para informar.

Por su parte, PÉREZ GARCÍA, en un estudio sobre información y derecho de consumo, sugiere que lo adecuado es considerar el deber de informar en términos generales, no limitado a la legislación sectorial de consumo, sino incluido además en el Código Civil. A estos efectos propone agregar un párrafo segundo al artículo 1.258 del Código Civil español del siguiente tenor: “Todos los contratantes tienen derecho a recibir una información exacta, completa y comprensible sobre cuantos hechos pueda comprender su consentimiento”.¹³²

Finalmente, QUIÑONERO CERVANTES, comenta, a propósito del dolo por omisión que:

“El tantas veces aludido aquí principio de buena fe, impone un deber de información entre las partes sobre las circunstancias que rodean al

¹³¹ GARCÍA CANTERO G., en Castán-García Cantero, *Derecho civil español, común y foral*, t. III, 16ª ed., Reus, Madrid, 1992, p. 650.

¹³² PÉREZ GARCÍA, *La información*, p. 359.

negocio y que tienen transcendencia a la hora de emitir el consentimiento".¹³³

Como puede advertirse, tal como lo consignan los autores citados, se trata de un deber de informar extremadamente amplio. En opinión de estos tres autores, debe suministrarse información respecto de "todo" lo que resulte necesario para la formación del consentimiento libre y reflexivo de las partes contratantes.

Este tipo de opiniones parecen asumir una cierta noción del contrato en la cual los valores del individualismo –v. gr., el énfasis en la voluntad, la intangibilidad del contrato y la seguridad jurídica- son reemplazados por otros más propios de lo que puede denominarse la "escuela de la utopía contractual".¹³⁴ En esta última noción de contrato los valores son más bien la lealtad, la solidaridad y la fraternidad entre las partes.¹³⁵

Las opiniones de los autores citados no son aisladas, ni exclusivas del ámbito español. Así, por ejemplo, en el derecho italiano, un autor de la talla de GALGANO 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

¹³³ QUIÑONERO CERVANTES, "El dolo omisivo", p. 354.

¹³⁴ Tomo la expresión de CHAZAL, J., "Les nouveaux devoirs des contractants. Est-on allé trop loin?", en Jamin, C. y Mazeaud, D., (dirs.), *La nouvelle crise du contrat*, Dalloz, París, 2003, pp.120-121).

Esta noción de contrato se encuentra ya en la obra de DEMOGUE, R. (*Traité des obligations en général*, t. VI, Librairie Arthur Rousseau, París, 1931, nº 3) quien, en un pasaje profusamente citado señala:

"Les contrats forment une sorte de microcosme; c'est une petite société où chacun doit travailler pour un but commun qui est la somme des buts individuels poursuivis par chacun, absolument comme dans la société civil ou commerciale. Alors à l'opposition entre le droit du créancier et l'intérêt du débiteur, tend à substituer une certaine union".

¹³⁵ Sobre esto puede verse MAZEAUD, D., "Loyauté, solidarité", p. 603. Ver también THIBIERGE-GUELFUCCI, C., "Libres propos", pp. 357-385.

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”.¹³⁶

Según el párrafo transcrito, debe proporcionarse toda la información necesaria para una correcta formación del consentimiento –aquí hay acuerdo con los autores españoles recientemente citados-, la particularidad es que el autor italiano añade el deber de suministrar información que afecta a la prestación de quien la ignora y que, además aumenta su valor, un supuesto respecto del cual la doctrina, en general, ha considerado que no se debe informar.¹³⁷

Pues bien, una cosa es afirmar que de la buena fe se puede derivar directamente un deber de informar, distinto de los deberes típicos que impone el legislador. Otra bien distinta, es añadir a ello que ese deber derivado de la buena fe impone a cada una de las partes en todo caso –o, al menos, en términos extremadamente amplios- el suministro de la información necesaria para que la otra parte emita un consentimiento libre y reflexivo (GARCÍA CANTERO, PÉREZ GARCÍA y QUIÑONERO CERVANTES), incluyendo información que afecta a la propia prestación de quien la ignora (GALGANO). En el caso de los deberes atípicos es esta idea de deber general de informar la que debe ser rechazada. A continuación explico las razones de por qué debe ser así.

¹³⁶ GALGANO, F., *El negocio jurídico*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1992, p. 461.

¹³⁷ Sobre este tema ver *infra* nota 307, pp. 468-469.

2. NO SIEMPRE, NI SIQUIERA MUY AMPLIAMENTE

El estudio del derecho europeo de contratos y del derecho español muestra –conviene recordarlo brevemente– que, en general, cuando se acepta la posibilidad de derivar directamente de la buena fe deberes precontractuales de informar atípicos se aparejan a estos deberes ciertos límites.¹³⁸

La razón de fijar límites a la posibilidad de derivar de la buena fe deberes precontractuales de informar es bastante evidente. Así como existen intereses jurídicos que se protegen a través de la imposición de dichos deberes (por ejemplo, la libertad de contratación o el interés de conservación) existen otros intereses que empujan en la dirección opuesta. Será útil detenerse, brevemente sobre algunos de ellos.

a. El modelo económico

En el derecho inglés, las razones que justifican la renuencia a derivar directamente de las exigencias de la buena fe un deber general de informar se aglutinan, según se ha dicho, en torno a un modelo de economía de libre mercado. Así, por ejemplo, ATIYAH encuentra razones para oponerse a ello alegando que toda la esencia del comercio y los negocios en una economía de libre mercado radica en la competencia de las partes, sin otra protección que sus propias fuerzas (*at arm's length*).¹³⁹ Por su parte, CHEN-WISHART señala la necesidad de que, en una economía de libre mercado, se remunere a quien dispone de mejor información, permitiéndole aprovecharse de ella, esto es, no imponiéndole el deber de suministrar dicha información mientras negocia.¹⁴⁰

¹³⁸ Ver pp. 320-352.

¹³⁹ ATIYAH, *An Introduction*, p. 181.

¹⁴⁰ CHEN-WISHART, *Contract Law*, p. 251.

Ninguna de estas razones resulta extraña al derecho continental. Respecto de la competencia como motor de la economía de libre mercado¹⁴¹, como ya se vio para el derecho alemán, VON THUR estima que “en el comercio cada cual debe cuidar de sus propios intereses”.¹⁴² La misma idea puede leerse en una temprana sentencia de 1925, donde el Tribunal Supremo alemán (*Reichsgericht*) tuvo oportunidad de señalar que:

“El deber de informar no debe ser interpretado en un sentido demasiado amplio. En consideración a la existencia de intereses contrapuestos en el tráfico comercial no puede esperarse que el vendedor y el comprador se informen recíprocamente acerca de las condiciones de mercado que podrían ser importantes para la determinación del precio. Por el contrario, considerando que en las circunstancias actuales los precios de mercado tienden a subir o bajar, debe esperarse que cada una de las partes recolecte información consultando personas ajenas a la negociación”.¹⁴³

Lo que se extrae de este texto es que, atendiendo a la presencia de intereses contrapuestos en el tráfico comercial (es decir, de competencia), no es deseable la imposición de un deber de informar demasiado amplio.

La idea de la presencia de intereses contrapuestos en la contratación ha sido ampliamente reconocida en el derecho comparado y en el español.¹⁴⁴

¹⁴¹ Se trata de la vieja idea de la lucha como el motor del progreso, ya sea concebida como la “mano invisible” de Adam Smith, los “vicios privados y virtudes públicas” de Mandeville, las “astucias de la razón” de Hegel, o el “bosque” en que los árboles crecen vigorosos y rectilíneos gracias a la amenaza de otros árboles de Kant. Sobre esto puede consultarse CONTRERAS PELAÉZ, F., *El Tribunal de la Razón*, Editorial Mad, Sevilla, 2006, pp. 42-45.

¹⁴² VON THUR, *Derecho civil*, p. 544.

¹⁴³ Según la cita de KÖTZ, H. y PATTI, S., *Diritto europeo*, p. 353 (la traducción es mía).

¹⁴⁴ Convendrá detenerse por algunos momentos en explicar esta idea de los intereses contrapuestos y ponerla en relación con la buena fe.

Se suele sostener que, en general, las personas se involucran en la negociación de un contrato sólo si cada una de ellas percibe la oportunidad de una ganancia mutua (ver COLEMAN, et al., “A Bargaining Theory” p. 656) y que en la

En el derecho francés, autores nada sospechosos a este respecto, como GHESTIN¹⁴⁵ y CARBONNIER¹⁴⁶, la han utilizado para señalar que las partes deben protegerse a sí mismas. Una idea similar puede encontrarse, para

consecución de esa ganancia, cada una de las partes busca favorecer sus propios intereses, aún en detrimento de los intereses de su contraparte (ver NORTON, "Bargaining and the Ethic", *New York University Law Review*, vol. 64, 1989, p. 530). Así, por ejemplo, si una persona desea un bien y el dueño de este bien desea una cierta cantidad de dinero por él, ambas pueden colaborar para la consecución de sus respectivos intereses a través de un contrato de compraventa. Sin embargo, en el momento de negociar el contrato se advierte que los intereses de ambas partes, en cierto sentido, se contraponen, pues el vendedor intentará obtener el mayor precio y el comprador pagar el menor (ver ROSENFELD, "Contract and Justice", p. 830). Como muestra el ejemplo, la contraposición de intereses es especialmente evidente en la etapa de negociación del contrato y es en ella donde, actuando racionalmente, cada una de las partes incurrirá en las conductas que, en su opinión, le permitan maximizar sus beneficios.

Presentadas las cosas de esta manera, el papel de la buena fe durante las negociaciones de un contrato puede concebirse como un criterio que permite separar cuáles de aquellos comportamientos en que incurren las partes son lícitos y cuáles ilícitos. Como ha sugerido GORDLEY: "*the law of good faith is a catalogue of instances in which one cannot seek one's own profit at someone else's expense*" (GORDLEY, J., "Good Faith and Profit Maximization", *Review of Business*, vol. 19, nº 4, 1997). En este sentido, la buena fe puede ser pensada como un dispositivo del que el Derecho se sirve durante los tratos preliminares para aligerar lo que se ha denominado la "paradoja de la negociación" (ver BIGWOOD, R., *Exploitative Contracts*, Oxford University Press, Nueva York, 2003, p. 34. Un estudio clásico sobre los problemas de la cooperación en RAIFFA, H., *The art and science of negotiation*, Harvard University Press, Cambridge, 1982), es decir el hecho de que si se considera en conjunto la posición de ambos negociantes la colaboración a través de un contrato les permite mejorar. En cambio, si se consideran individualmente ambos contratantes, lo que les permite sacar los mayores beneficios del negocio es comportarse de forma oportunista intentando aprovecharse de las vulnerabilidades de su contraparte en la negociación. Si un negociante se plantea la paradoja de la negociación tiene dos alternativas. La primera de ellas es simplemente abstenerse de negociar. La segunda es negociar, pero asumiendo que su contraparte intentará por todos los medios obtener la "mayor tajada" de los beneficios del negocio. En este último escenario su mejor posibilidad es actuar de la misma forma. El problema con esto es que si los dos negociantes actúan de esta manera, probablemente obtengan resultados inferiores a los que hubieran logrado si se hubieran comportado en forma más colaboradora. Aquí entonces está la paradoja, una más de las múltiples manifestaciones del célebre "dilema del prisionero" (Ver BIGWOOD, *Exploitative Contracts*, p. 35).

¹⁴⁵ GHESTIN, J., *La notion d'erreur dans le droit positif actuel*, LGDJ, París, 1971, pp. 115-116.

¹⁴⁶ CARBONNIER, J., *Derecho Civil*, t. II, vol. II, trad. M. Zorrilla Ruiz, Bosch, Barcelona, 1971, p. 400.

el derecho alemán en FLUME¹⁴⁷ y, con mucho mayor énfasis, para el derecho italiano, en TRABUCCHI. En un importante trabajo sobre el dolo sugiere este autor italiano que la regulación del contrato debe adaptarse a la presencia de intereses contrapuestos en términos que cada parte debe protegerse a sí misma y que la intervención del Derecho se limita a aquellos supuestos donde la normal precaución de las partes no es suficiente para protegerlas.¹⁴⁸ Finalmente, en el derecho español, MORALES MORENO ha señalado que:

“En el contrato, como institución jurídica, se expresa una permanente tensión entre dos polos antagónicos: De un lado, el que representa la constante tendencia de cada contratante a aspirar prioritariamente a la satisfacción del propio interés, aún a costa del de la otra parte. De otro, el de la necesaria cooperación entre las partes, que la propia institución contractual necesita”.¹⁴⁹

De todo ello se extrae que una primera razón para oponerse a un modelo de deber general de informar, en los términos expuestos más arriba, es que no resulta compatible con un modelo de economía de libre mercado que descansa, precisamente, sobre la idea de competencia e intereses contrapuestos.¹⁵⁰ Esta idea es especialmente importante cuando, como sucede en España, según lo dispuesto en el artículo 38 de la Constitución, el sistema económico adoptado es el de una economía de mercado.

Desde luego, puede discutirse qué es exactamente lo que designa la expresión “economía de mercado” utilizada por el precepto constitucional.¹⁵¹ Lo que no parece discutible, en cambio, es que sin

¹⁴⁷ FLUME, W., *El negocio jurídico*, trads. J.M. Miquel González y E. Gómez Calle, Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 1998.

¹⁴⁸ TRABUCCHI, *Il dolo nella teoria dei vizi del volere*, Edizione Scientifiche Italiane, Edizioni Scientifiche Italiane - Ristampe, Padua, 1978, pp. 507-508.

¹⁴⁹ MORALES MORENO, *El error*, p. 229.

¹⁵⁰ Ver, en términos similares GRISI, *L'obbligo precontrattuale*, pp. 82-83 y DALLEY, “From Horse Trading”, p. 1317.

¹⁵¹ Sobre esa discusión puede consultarse CIDONCHA MARTÍN, A., *La libertad de empresa*, Thomson Civitas, Cizur Menor, 2006, pp. 109-117.

iniciativa privada no hay mercado y que la iniciativa privada depende de los incentivos que se entreguen a los particulares para emprenderla.¹⁵² Un deber de informar "todo" disminuye, evidentemente, esos incentivos. La razón de esto es que, un deber de este tipo simplemente desconoce el carácter antagonista que suele presentar la negociación de un contrato.

La segunda razón para oponerse al modelo de deber general de informar allegada a propósito del estudio del derecho inglés –la necesidad de permitirle a quien dispone de información aprovecharse de ella-, parece haber tenido amplia resonancia entre los autores españoles.¹⁵³ El ejemplo utilizado por MORALES MORENO citado anteriormente¹⁵⁴ resultará útil aquí: ¿debe la empresa de hidrocarburos, que ha invertido en estudios que muestran que, aparentemente, existe petróleo en unos terrenos, informarlo a su dueño cuando le ofrece comprárselos? Si la respuesta es afirmativa, el problema es que, al menos en teoría, se afectan negativamente los incentivos de esa empresa y otras similares para incurrir en nuevas prospecciones, porque parte de los beneficios cuyos costos fueron soportados directamente por la empresa son externalizados al vendedor, quien, una vez que disponga de la información, fijará un precio notablemente superior al que hubiera vendido ignorando la existencia del petróleo.¹⁵⁵

b. Autorresponsabilidad

En mi opinión, las razones derivadas del modelo económico, como las expuestas más arriba, son suficientes para prescindir de la noción amplia de deber general de informar. Sin embargo, no son las únicas. Otra razón

¹⁵² Sobre la importancia de la libre iniciativa privada en cuanto principio del orden económico ver Díez-PICAZO, *Fundamentos*, I, p. 56.

¹⁵³ Así, por ejemplo, GÓMEZ CALLE, *Los deberes precontractuales*, p. 37; VERDA Y BEAMONTE, "La reticencia", pp. 16-21 y "El dolo *in contrahendo*", p. 47-50; y ROJO AJURIA, "El dolo en los contratos", pp. 275-279.

¹⁵⁴ Ver p. 345.

¹⁵⁵ Ver pp. 459-460.

frecuentemente utilizada para oponerse a un deber general de informarse se relaciona con el deber de cada una de las partes que negocia un contrato de proveerse de su propia información. Así, como ha quedado dicho, DÍEZ-PICAZO señala que 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”.¹⁵⁶ Se trata de una opinión compartida, generalmente, por la doctrina española¹⁵⁷ y comparada.¹⁵⁸

Como es evidente, el reconocimiento de un deber de informar concebido en términos demasiado amplios desconoce esta imposición según la cual en las negociaciones de un contrato cada una de las partes debe procurarse la información necesaria. Es más, lo que hace un deber construido de esta manera es exactamente lo contrario, trata a las

¹⁵⁶ DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos*, I, p. 312.

¹⁵⁷ 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”.

¹⁵⁸ 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, “Le devoir” p. 139.

La misma idea puede encontrarse en la doctrina alemana en las opiniones de VON THUR (*Derecho civil*, p. 544) y MARKESINIS, *et al.* (*The German Law*, p. 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”.

personas como si fueran incapaces¹⁵⁹, eximiéndolas de responsabilidad por las decisiones que toman.¹⁶⁰ Convendrá decir algunas palabras sobre esto último.

En general, se acepta tanto por los autores¹⁶¹ como por los tribunales¹⁶² 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 su autonomía, también las hace responsables de los efectos de sus actos.¹⁶³ Sin embargo, conviene hacer una precisión,

¹⁵⁹ Y aquí conviene recordar, otra vez, las acertadas palabras de MALAURIE, AYNÈS y STOFFEL-MUNCK (*Les obligations*, p. 191) según las cuales la vocación del derecho no ha sido jamás, ni debe llegar a ser, convertir a los agentes jurídicos en incapaces.

¹⁶⁰ Se trataría, en este sentido de una intervención de carácter paternalista que resulta difícil de justificar. Si la información es accesible para la persona que la ignora, y ésta contrata sin procurársela lo que se puede concluir a partir de esto es que asume el riesgo de su ignorancia y no parece haber razón para que el legislador o los jueces la protejan de esta decisión. La razón es que, en general, uno de los requisitos que se exige a las intervenciones paternalistas es que el sujeto al que se protege sea incapaz de hacerlo por sí mismo, éste sería el caso, por ejemplo, si la información no fuera accesible, pero, si lo es, la persona puede defenderse por sí sola. Sobre esto puede consultarse DWORKIN, G., "Paternalism: Some second thoughts", en Sartorius, R. (comp.), *Paternalism*, University of Minnesota Press, Minneapolis, 1987, p. 28; GARZÓN VALDÉS, E., "¿Es éticamente justificable el paternalismo jurídico?", *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 5, 1988, p. 166 y ALEMANY GARCÍA, M., *El paternalismo jurídico*, Iustel, Madrid, 2006, pp. 403-413.

¹⁶¹ Ver, por todos, CARIOTA FERRARA, L., *El negocio jurídico*, trad. M. Albaladejo, Aguilar, Madrid, 1959, p. 53; BETTI, E., *Teoría general del negocio jurídico*, 2ª 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*. 17ª ed. Edisofer, Madrid, 2006. I, 17ª ed., p. 622.

¹⁶² 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".

¹⁶³ 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 neessitatis".

pues se puede ser responsable en, al menos, dos sentidos distintos.¹⁶⁴ 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 formula una persona le son imputables. A este segundo sentido puede denominársele "autorresponsabilidad"¹⁶⁵ y, en sede de negociaciones de un contrato, significa que, bajo ciertas condiciones, la persona que celebra un contrato debe "sufrir los efectos del negocio que realiza"¹⁶⁶, aún cuando no los desee. Así sucede, por ejemplo, con el error inexcusable, el dolo bueno y la reserva mental.

c. Una extrapolación incorrecta

Existen buenas razones para oponerse a un deber general de informar como modelo a seguir para concebir los deberes atípicos ¿Qué explica, entonces, que autores prestigiosos lo hayan defendido?

En mi opinión, la idea de imponer un modelo de deber general de informar para los deberes de informar atípicos proviene de una

¹⁶⁴ CARIOTA FERRARA, *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 autorreponsabilidad con la protección de la confianza de la parte que recibe la declaración.

¹⁶⁵ 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:

"El artículo 1281 del Código Civil recoge y proclama las grandes normas de la hermeneútica (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).

¹⁶⁶ *Loc. cit.*

extrapolación incorrecta de las normas de protección al consumidor a las relaciones contractuales disciplinadas por el derecho común. Así se advierte, por ejemplo, en los pasajes citados de GARCÍA CANTERO y PÉREZ GARCÍA.¹⁶⁷ Igualmente, se advierte el mismo error en la defectuosa regulación de los deberes precontractuales de informar contenidos en el DCFR.¹⁶⁸ En dicha regulación, específicamente en el artículo II.-3:101 (1), se establece, como ya ha quedado dicho¹⁶⁹, un deber precontractual de informar para el empresario.¹⁷⁰ Este deber tiene lugar cuando el empresario negocia con consumidores o con otros sujetos diversos y, según señalan algunos autores, está concebido en términos según los cuales la regla general es que el empresario debe suministrar información. Por lo tanto, sólo excepcionalmente, se aplica el principio de autorresponsabilidad.¹⁷¹ La crítica, tal y como la formulan dichos comentaristas es que:

“That rule-exception scheme stands in marked contrast to the law prevailing in the European legal systems as well as to the fundamental precepts of a private law regime for a free society”.¹⁷²

La crítica es acertada, y no ha sido superada en la segunda edición del DCFR recientemente publicada.¹⁷³ Así como extrapolar, sin más, la racionalidad del derecho común a las normas de consumo es inadecuado¹⁷⁴, el movimiento inverso es igualmente desaconsejable. Por lo mismo, del hecho que en la normativa de protección del consumidor se acepte un deber general de informar no se deriva ninguna buena razón

¹⁶⁷ Ver pp. 357-358.

¹⁶⁸ Ver una severa crítica a dicha regulación en EIDENMÜLLER, *et al.*, “The Common Frame”, pp. 695-696.

¹⁶⁹ Ver p. 319.

¹⁷⁰ El DCFR utiliza la expresión “business”. Ver la definición que dicho cuerpo normativo da del término en *supra* nota 63.

¹⁷¹ Ver EIDENMÜLLER, *et al.*, “The Common Frame”, p. 696.

¹⁷² *Loc. cit.*

¹⁷³ Ver *supra* nota 4.

¹⁷⁴ Ver pp. 146-160.

para extrapolar esta conclusión sin reflexionarla más cuidadosamente, a los deberes precontractuales de informar atípicos.

B. LA CONCRECIÓN DE LA BUENA FE

Descartado el modelo de deber general de informar queda el modelo de deberes excepcionales. La aplicación de ese modelo a los deberes atípicos parte de la base que la buena fe es un fundamento complejo.

Con dicha afirmación quiero significar que si se presta atención a los preceptos sobre los cuales se hace reposar la buena fe que impone el deber de informar, se advierte que no se trata de normas en un sentido técnico. Esta circunstancia impide el proceso de subsunción lógica que caracteriza a este tipo de preceptos. En otras palabras, la buena fe en cuanto fundamento normativo de los deberes atípicos no responde a la pregunta acerca de bajo qué condiciones surge un deber precontractual de informar, sino que, cosa distinta, permite establecerlos ahí donde el legislador no lo ha hecho directamente.

Esta circunstancia posee ventajas y riesgos. La ventaja es que permite considerar los diversos intereses que se ponen en juego a propósito de la imposición de deberes precontractuales de informar. El riesgo es que deja abonado el terreno para la arbitrariedad judicial y la lesión de la seguridad jurídica. Es necesario entonces aprovechar las ventajas y evitar, hasta donde sea posible, los riesgos. La forma de hacerlo es a través de la concreción de la buena fe.

En las páginas que restan de este capítulo explicaré en forma más detallada en qué sentido considero que la buena es un fundamento complejo de los deberes precontractuales de informar atípicos. A continuación expondré las ventajas y riesgos de este fundamento. Finalmente sugeriré una forma en que se pueden concretar las exigencias de la buena fe en lo que se refiere al deber de informar.

1. UN FUNDAMENTO COMPLEJO

a. Un mismo fundamento, diversas opiniones

Resulta curioso, a primera vista al menos, que autores que están de acuerdo en que el fundamento de un deber de informar se encuentra en la buena fe mantengan, en cambio, opiniones, a veces, muy diversas acerca de los límites de dicho deber. Así, por ejemplo, GARCÍA CANTERO¹⁷⁵ y PÉREZ GARCÍA¹⁷⁶ estiman que la buena fe impone el deber de informar sobre “todos” aquellos puntos que sean precisos para lograr un consentimiento libre y reflexivo. Una posición bastante diversa parece ser la de GARCÍA RUBIO cuando señala que:

“(…) en el Derecho español no existe un deber general de informar al otro contratante, sino que, por el contrario, en el ámbito de las relaciones negociales, cada parte ha de preocuparse de su propio interés y, en consecuencia tiene el deber de autoinformarse”.¹⁷⁷

Por su parte, reflexionando sobre el deber de colaborar en deshacer el error en que ha incurrido la otra parte –es decir, sobre un deber de informar atípico a propósito del error-, MORALES MORENO establece como un límite al deber de informar el hecho de que haya sido necesario invertir recursos para conseguir la información.¹⁷⁸ VERDA Y BEAMONTE añade que no deben suministrarse aquellas informaciones que aumentan el valor de los bienes, ni debe informarse cuando ambas partes podrían haber accedido a la información con costes simétricos.¹⁷⁹ Esta diversidad de opiniones no es patrimonio exclusivo del derecho español.

¹⁷⁵ GARCÍA CANTERO, *Derecho civil español*, p. 650.

¹⁷⁶ PÉREZ GARCÍA, *La información*, p. 359.

¹⁷⁷ GARCÍA RUBIO, *La responsabilidad precontractual*, p. 47.

¹⁷⁸ MORALES MORENO, *El error*, p. 231.

¹⁷⁹ VERDA Y BEAMONTE, “La reticencia”, pp.17-21.

En el derecho italiano, donde la buena fe desempeña el mismo papel a este respecto que en el derecho español, GALGANO ha sostenido una opinión similar a la de GARCÍA CANTERO¹⁸⁰ y GRISI, en cambio, ha afirmado:

“La qualificazione in termini di «generale» non può, invece, ritenersi sintomatica dell'esistenza di un obbligo delle parti di rivelarsi reciprocamente tutte le circostanze da ciascuna di esse conosciute e che abbiano, in qualche modo, a che fare con il negozio che si prevede di poter concludere.

Non è dato rinvenire la presenza, nel nostro ordinamento di un obbligo siffatto: per contro, la circolazione dei beni e delle ricchezze è governata – si dice – da regole di competizione e di concorrenza, alle quali specularmente corrisponde la «libertà di procurarsi e mantenere posizioni di vantaggio», anche sul piano informativo, in tutti i casi in cui ciò non si traduca in violazione di precise disposizioni normative o di principi generali dell'ordinamento giuridico”.¹⁸¹

¿Qué explica la posibilidad de opiniones tan diversas a partir de un mismo fundamento? La respuesta es: el propio fundamento. Cuando se piensan las cosas con más cuidado, no existe razón para extrañarse acerca de la variedad de opiniones que es posible encontrar entre los autores. Una utilización algo vaga de un fundamento complejo como es la buena fe permite, en principio, formular cualquier afirmación.

¹⁸⁰ GALGANO, *El negocio jurídico*, p. 461.

¹⁸¹ GRISI, *L'obbligo precontrattuale*, pp. 82-83. Por su parte, TRABUCCHI, en su clásico estudio sobre el dolo (*Il dolo*, p. 535), señala:

“Non si può affermare senz' altro l'esistenza di un obbligo generale, di buona fede, di informare l' altra parte contraente intorno ad ogni elemento obiettivamente influente sul contratto”.

b. Las bases legales de la buena fe en cuanto fundamento de los deberes precontractuales de informar atípicos

Un examen de la buena fe y sus diversas manifestaciones excede, desde luego, las pretensiones de esta investigación. Lo que si resulta necesario advertir aquí a propósito de ella es que, al menos en el derecho español, quienes emplean la expresión "buena fe" vinculándola a un deber precontractual de informar durante las negociaciones del contrato lo hacen acudiendo a preceptos que la consagran en términos vagos e indeterminados.

Para comprender esto último conviene recordar que, como ha señalado DÍEZ-PICAZO, la expresión "buena fe" puede emplearse para designar dos cosas distintas.¹⁸² La primera de ellas es como un concepto técnico-jurídico que describe o delimita un supuesto de hecho (así, utilizando uno de los ejemplos que provee el autor, el artículo 79 CC dispone que el matrimonio produce efectos civiles para el cónyuge que lo contrajo de buena fe, aunque haya sido declarado nulo).¹⁸³ La segunda cosa que se designa con esta expresión es un principio general del derecho, capaz de engendrar normas jurídicas completas, según el cual las personas:

"(...) deben adoptar un comportamiento leal en toda la fase previa a la constitución de tales relaciones (diligencia in contraendo); y que deben también comportarse lealmente en el desenvolvimiento de las relaciones jurídicas ya constituidas entre ellos."¹⁸⁴

MIQUEL GONZÁLEZ, por su parte, ha señalado que la distinción formulada por DÍEZ-PICAZO corresponde a la buena fe objetiva y subjetiva, "pero poniendo el acento en otros factores que atienden al grado y al tipo de

¹⁸² DÍEZ-PICAZO, "Prólogo", pp. 11-12.

¹⁸³ En este ámbito "buena fe" significa que el cónyuge ignora la existencia de causales de nulidad del matrimonio.

¹⁸⁴ *Ibíd.*, p. 12.

concreción".¹⁸⁵ Así, tratándose de la buena fe que delimita un supuesto de hecho –la subjetiva–, el legislador la ha descrito y, dicho nivel de concreción permite realizar una operación jurídico-formal de subsunción. No sucede lo mismo cuando se trata de la buena fe objetiva o como principio general del derecho, y la razón es que en estos últimos casos no se encuentran determinados ni los supuestos de hecho normativos, ni las consecuencias jurídicas.

El examen de la conexión entre tratos preliminares y buena fe por una parte y buena fe y deber de informar por otra, permite justificar que la buena fe es el fundamento normativo del deber de informar. Ese mismo examen muestra que las bases legales de esto suelen encontrarse en los artículos 7.1 y 1.258, ambos del CC; éstas serían las normas. Pero, ¿en qué sentido emplean esas normas la expresión "buena fe"? ¿Simplemente para describir o delimitar un supuesto de hecho o bien como un principio general del derecho que permite engendrar nuevas normas?

Convendrá aquí citar la opinión de MIQUEL GONZÁLEZ, respecto del artículo 7.1 CC:

"Es bien difícil considerar el artículo 7.º1 como una norma en sentido técnico, porque existe una excesiva generalidad en el supuesto de hecho (si se puede llamar así) y en la consecuencia jurídica. El precepto tiene una remisión a los valores que encarna la buena fe a modo de directiva para que el juez halle la norma aplicable al caso, susceptible de aplicarse a un número indefinido de casos iguales y por ello fundada en criterios generalizables y coherentes con los citados valores éticos y con el sistema jurídico en el que ha de insertarse, siquiera este sistema no sea fijo, sino móvil. En este sentido el art. 7.º1 es de una generalidad impropia para describir un supuesto de hecho normativo, porque, en principio, abarca todos los derechos subjetivos, poderes y

¹⁸⁵ MIQUEL GONZÁLEZ, "Comentario artículo 7.1", p. 40. Ver también Id., "Observaciones en torno a la buena fe", en *Homenaje al profesor Juan Roca Juan*, Universidad de Murcia, Murcia, 1989, pp. 497 a 507.

facultades e impone una consecuencia jurídica necesitada de ulterior concreción”.¹⁸⁶

Según esta opinión, el artículo 7.1 CC no es, entonces, una norma; no en el sentido técnico al menos, puesto que ni su supuesto de hecho ni las consecuencias jurídicas están suficientemente determinadas.

El segundo precepto al que se acude es el artículo 1.258 CC. En este artículo, la buena fe actúa integrando, es decir como “una fuente de creación de deberes accesorios al deber principal de prestación”.¹⁸⁷ Ahora bien, aquí se plantea la siguiente pregunta, si el contrato obliga no solo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, en lo que interesa aquí, sean conforme a la buena fe ¿cómo determinar esas consecuencias?

En su comentario del artículo 1.258 CC, ROCA GUILLAMÓN señala que la invocación a la buena fe como hecho generador de consecuencias aparece enunciado como un deber de comportamiento¹⁸⁸, de manera que la pregunta puede ser reformulada investigando qué conducta exige el precepto. Sobre esto DÍEZ-PICAZO proporciona alguna pista cuando indica que a través de la buena fe en dicho precepto:

“Se aspira a que el desenvolvimiento de las relaciones jurídicas, el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones, se produzcan conforme a una serie de principios que la conciencia social

¹⁸⁶ MIQUEL GONZÁLEZ, “Comentario artículo 7.1”, p. 39. La idea de que los principios generales no son normas en sentido técnico ya había sido formulada por ESSER, J. (*Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado*, trad. E. Valentí Fiol, Bosch, Barcelona, 1961, p. 65) señalando que:

“un principio jurídico no es un precepto jurídico, ni una norma jurídica en sentido técnico, en tanto no contenga ninguna instrucción vinculante de tipo inmediato para un determinado campo de cuestiones, sino que requiere o presupone la acuñación judicial o legislativa de dichas instrucciones”.

¹⁸⁷ DÍEZ-PICAZO, L., “Comentario artículo 1.258”, en *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, Albaladejo, M. y Alabart, S. (dir.), Edersa, Madrid, 1993, p. 437.

¹⁸⁸ ROCA GUILLAMÓN, “Comentario Artículo 1.258” p. 452.

considera como necesarios aunque no hayan sido formulados por el legislador, ni establecidos por la costumbre o por el contrato”.¹⁸⁹

Como sucedía con el artículo 7.1 CC, el 1.258 CC tampoco utiliza la expresión buena fe como elemento del supuesto de hecho normativo, sino, más bien en términos objetivos y, por lo mismo, impide un proceso de subsunción lógico-formal.

Si se acepta lo anterior –esto es, que las normas sobre las cuales suele justificarse el deber general de informar emplean la expresión “buena fe” en tanto principio general del derecho–, aparece con toda claridad la razón por la cual es posible defender opiniones dispares respecto al alcance del deber de informar. La razón es que, en tanto principio general del derecho, la buena fe no permite extraer, en forma directa, una respuesta a la pregunta acerca de si debe o no suministrarse información.¹⁹⁰ Como ha señalado PROBST respecto del papel de la buena fe en el dolo por omisión:

“Since the notion of bona fides is rather vague and indeterminate, it does not provide any specific answer as to when a party's failure to disclose information constitutes deception”.¹⁹¹

¹⁸⁹ DÍEZ-PICAZO, “Comentario artículo 1.258”, p. 437.

¹⁹⁰ Así, por ejemplo, DÍEZ-PICAZO (*Fundamentos*, I, p. 64) se ha referido a ella como un concepto esencialmente vago. Esta idea parece ser compartida en el derecho comparado. Así, por ejemplo, en el ámbito francés JAZULOT, B. (*La bonne foi dans les contrats*, Dalloz, París, 2001, pp. 12-13) afirma que todo intento de definir la buena parece quedar condenado a la simple utilización de sinónimos que no aportan demasiado. Sobre la dificultad de definición puede consultarse también GORDLEY, J., “Good faith in contract law in the medieval *ius commune*”, en Whittaker y Zimmermann (eds.), *Good Faith in European Contract Law*, Cambridge University Press, Harvard, 2000, p. 93. Ver, además, las acertadas críticas de WIEACKER, F. (*El principio general de la buena fe*, trad. J.L. Carro, Editorial Civitas, Madrid, 1977, pp. 32-42) a la concepción positivista de la aplicación de las cláusulas generales.

¹⁹¹ PROBST, “Deception”, p. 99.

2. LAS VENTAJAS Y LOS RIESGOS

a. Las ventajas

Una cláusula general como la buena fe se considera necesaria en los ordenamientos jurídicos toda vez que constituyen válvulas que regulan la presión de las exigencias ético sociales, evitando un ordenamiento jurídico impermeable a los cambios sociales. En este sentido, MIQUEL GONZÁLEZ está en lo correcto cuando considera al principio de la buena fe como: "una estrategia del Ordenamiento Jurídico para facilitar constantes adaptaciones a la realidad".¹⁹²

¹⁹² MIQUEL GONZÁLEZ, "Comentario artículo 7.1", p. 38. La misma idea ha sido defendida para el derecho holandés por HARTKAMP ("Judicial Discretion", párrafo 35) en términos que conviene reproducir aquí:

"Only by means of such a flexibility codes can survive the many years they are destined to exist and the changes of society which the law is supposed to deal with. Only this flexibility allows the court to do justice to the circumstances of each particular case, which often do not fit into the abstract provisions of the code".

Conviene decir algunas palabras más sobre esta idea. Refiriéndose a la buena fe en el derecho romano, SCHERMAIER ha sugerido que en cierto punto del desarrollo de todos los sistemas legales su aplicación original, formal y estricta, es suplementada por una aproximación más libre, cuyas pretensiones sobrepasan las restricciones positivistas ("*Bona fides*", p. 63) El derecho romano sería, en opinión de este autor, el primer ejemplo de cómo un sistema legal se renueva bajo la influencia de *equitable ideas* (*Ibid.*, p. 65). Este fenómeno tendría lugar nuevamente con el desarrollo de la *equity* en Inglaterra y de las cláusulas generales como el parágrafo 242 del BGB.

En una línea similar, DÍEZ-PICAZO ("Prólogo", p. 16) vincula la dinámica utilización del principio de buena fe que caracteriza el actual derecho de contratos con la segunda revolución industrial y las grandes crisis económicas, en los siguientes términos:

"El legalismo hace crisis y la hace también el positivismo riguroso. El sueño jacobino de unos códigos lacónicos y lapidarios con claras soluciones para todos los casos, como ideal burgués para empeñarse en el mundo de los negocios con una buena dosis de certidumbre se desvanece. No es aventurado pensar que esa ruptura y crisis del antiguo legalismo y que esa utilización dinámica del principio de buena fe es una respuesta a las situaciones creadas por la segunda revolución industrial o por las grandes crisis económicas, donde los mismos intereses que antes demandaban un legalismo cristalizado como factor de certidumbre, demandan ahora soluciones más factibles".

Pues bien, en lo que interesa a esta investigación, la flexibilidad que otorga una cláusula general como la buena fe es que permite considerar los diversos intereses que se ponen en juego a propósito de los deberes precontractuales de informar.

Como se ha venido mostrando a lo largo de esta investigación, la cuestión de imponer o no deberes precontractuales de información se encuentra entrelazada con los intereses que se trata de proteger. Conviene a estas alturas recordar, aunque en forma muy breve, cuáles son aquellos intereses o consideraciones que han ido mostrándose a propósito del estudio de los deberes precontractuales de información.

El más evidente es, desde luego, la protección de la libertad contractual entendida como libertad de decisión. De lo que se trata es de que el contrato represente las preferencias de las partes y el cumplimiento de este objetivo precisa de un consentimiento libre y reflexivo. Los deberes precontractuales de información pueden concebirse como dispositivos que favorecen dicho consentimiento.

Un segundo interés que ha sido posible advertir a propósito del tratamiento de la evicción, de los vicios redhibitorios y del estudio de las relaciones contractuales caracterizadas por una cierta desigualdad – aquella proveniente de la presencia de asimetrías informativas- es el de proteger a la persona y bienes de quien adquiere o utiliza un bien o servicio. Es lo que he denominado “interés de conservación”.

El tercer interés es la protección del mercado. Existe un conjunto de reglas (*v. gr.* las de publicidad) que no están preocupadas directamente de la formación del consentimiento, sino más bien de que la oferta de productos en el mercado opere en términos competitivos y, para esto, procuran que los potenciales consumidores dispongan de la información

El sueño jacobino al que se refiere DÍEZ-PICAZO debe atemperar sus pretensiones de certidumbre frente a los “enormes poderes” de la “sociedad y la historia”. (WIEACKER, *El principio general*, p. 98).

suficiente para discriminar entre los diversos oferentes de bienes y servicios.

El tratamiento del error por el derecho inglés muestra con especial elocuencia un cuarto interés: la seguridad jurídica. Los tribunales son reacios a privar de eficacia, por el error de una de las partes a un contrato aparentemente válido.¹⁹³

Un quinto interés, que aparece con toda claridad en la opinión de la doctrina española respecto de los límites del deber de informar, es la creación de incentivos para la producción y utilización de información.¹⁹⁴ Como ya ha quedado dicho, se sugiere que en una economía de mercado es necesario remunerar la investigación y el conocimiento.¹⁹⁵ Una forma de remuneración es permitir a quien dispone de mejor información aprovecharse de ella, aún en detrimento de la que tiene menos.

Existe un sexto interés que se relaciona con una cierta idea de "lealtad contractual" que se les exige a las partes durante la negociación del contrato.¹⁹⁶ Según esta idea, durante la negociación del contrato, cada parte pueda confiar en que la otra se comportará con lealtad y honestidad, colaborando en deshacer la equivocación en que pueda incurrir la otra parte.¹⁹⁷

Finalmente, también parece existir un interés en que las personas se comporten diligentemente en las negociaciones de los contratos en que participan en términos tales que se les haga responsables por sus

¹⁹³ Al comenzar su estudio sobre el error ATIYAH (*An Introduction*, p. 234) señala que:

"In practice, it will be found that mistakes are rarely regarded as sufficiently fundamental or basic to invalidate a contract, perhaps partly because the courts feel that one or other the parties could have discovered the pre-existing facts, and partly because the courts dislike holding apparent contracts to be inoperative".

¹⁹⁴ Ver pp. 340-351.

¹⁹⁵ Ver pp. 298-300.

¹⁹⁶ Ver p. 358.

¹⁹⁷ Ver pp. 357-359.

declaraciones, aún cuando no las deseen. Esto es lo que he denominado autorresponsabilidad.¹⁹⁸

b. Los riesgos

Una cláusula general como la buena fe aporta flexibilidad al ordenamiento jurídico, pero lo hace a un costo importante en términos de lo que IHERING denominó “realizabilidad formal del derecho”.¹⁹⁹ Un ejemplo proporcionado por el mismo autor contribuirá a mostrar esto. Se trata de la capacidad civil y política de las personas. La pregunta es cómo dibujar la línea que separa a los capaces de aquellos que son incapaces. La idea del legislador, como la plantea IHERING es que:

“(…) será mayor de edad el que tenga el discernimiento y la firmeza de carácter necesarios para arreglar por sí sus asuntos propios; será elector y elegible el que tenga la capacidad y voluntad de contribuir al bien del Estado”.²⁰⁰

Una posibilidad –la que asumen en general los ordenamientos jurídicos– es simplemente fijar una edad que determine el comienzo de la capacidad. No obstante, algunos de los que alcancen esa edad no satisfarán aquello deseado por el legislador, y otros lo satisfarán con

¹⁹⁸ Ver pp. 364-367.

¹⁹⁹ La expresión “realizabilidad formal” es introducida por von IHERING en *El espíritu del derecho romano* (pp. 38-46). Allí, el autor alemán señala que la función del derecho es realizarse, y distingue entre realizabilidad material y formal. Por la primera puede entenderse: “la utilidad o la oportunidad de las disposiciones materiales del derecho”; por la segunda: “la facilidad y la seguridad de la aplicación del derecho á las especies concretas” (*Ibíd.*, p. 40).

La realizabilidad formal depende de la forma en que se establece la hipótesis (supuesto de hecho) y la consecuencia de la norma. Como sugiere VON IHERING (*ibíd.*, p. 42):

“A medida que las condiciones y las consecuencias de una regla de derecho están determinadas de una manera general é interna, más difícil es reconocerlas de un modo concreto; y cuanto más concretas y exteriores son, tanto más fácil es, por el contrario, el apreciarlas”.

²⁰⁰ *Loc. cit.*

anterioridad a haberla alcanzado. La otra opción consiste en plasmar legalmente la idea del legislador tal y como fue concebida –es decir, tal y como se encuentra en el párrafo transcrito- sin embargo, como advierte IHERING:

“Por muy justa que sea esta idea, no por eso sería menos absurdo erigirla en ley bajo esa forma abstracta, porque se perdería tiempo y gran trabajo para discernir en cada caso concreto la existencia de estas condiciones. Ese legislador crearía un manantial inagotable de controversias y abriría ancho campo á la arbitrariedad del juez”.²⁰¹

Ahora los riesgos de disponer de la buena fe en términos vagos e indeterminados deberían ser claros: eventualmente, puede crear un manantial inagotable de controversias y abrir mucho campo a la arbitrariedad judicial.

Estos riesgos no han pasado desapercibidos para la doctrina. Tempranamente, en 1933, HEDEMANN advirtió insistentemente que acudir a cláusulas generales permitiendo a los jueces un ejercicio inmoderado de discrecionalidad destruiría la función vital de las normas legales como limitadoras del ejercicio del poder.²⁰² Dos décadas después WIEACKER consideró que el riesgo sobre el que había alertado HEDEMANN se había cumplido a causa del totalitarismo en Alemania.²⁰³

En el derecho español, la opinión de HEDEMANN también ha llamado la atención de la doctrina. Así, por ejemplo, Díez-PICAZO ha señalado respecto de la proliferación de cláusulas generales que:

“(…) facilita un camino a quienes temen enfrentarse con los duros problemas de las normas legales, porque la cuestión es que en las

²⁰¹ *Loc. cit.*

²⁰² Una exposición de esta idea en DAWSON, J., *The Oracles of the Law*, Greenwood Press, Connecticut, 1968, p. 476 y AUER, M., "The Structure of Good Faith: A Comparative Study of Good Faith Arguments", SSRN, 2006, p. 30 (disponible en: <http://ssrn.com/abstract=945594>). Visitado el 11/10/2007).

²⁰³ WIEACKER, *El principio general*, p. 31. Ver también DAWSON, *The Oracles*, p. 477.

cláusulas generales es más fácil la sustitución de la hermenéutica legal por un conjunto de valoraciones subjetivas tendentes a crear un clima que favorezca puras intenciones de justicia entendidas al modo que quiera entenderlo quien quiera recurrir a tales valoraciones. Se trata de un problema repetido *ad nauseam* y todos aquellos que han estudiado con detenimiento estas materias, han encontrado siempre la necesidad de poner un límite o un dique al arbitrio judicial, pues lo que no es en ningún caso la regla que ordena cumplir las exigencias de la buena fe o comportarse de acuerdo con ella es una puerta abierta al más absoluto arbitrio judicial”.²⁰⁴

Y, específicamente, respecto de las reformas al Título Preliminar del Código civil que introdujeron el artículo 7.1, DíEZ-PICAZO y GULLÓN alertan sobre el riesgo de “apertura hacia un sistema de mayor arbitrio judicial en la decisión de los litigios, con la mengua de seguridad jurídica que siempre empaña el principio de legalidad en estos casos”.²⁰⁵

No obstante estos justos temores, en términos de arbitrariedad judicial y falta de seguridad jurídica²⁰⁶, ante el abuso de las cláusulas generales, no parece posible que el ordenamiento español prescinda de ellas y de la flexibilidad que le otorgan. La cuestión que se plantea, entonces, es “cómo salvar el peligro de sustituir simplemente el Derecho escrito por el arbitrio judicial”.²⁰⁷

²⁰⁴ DíEZ-PICAZO, *Fundamentos*, I, p. 65.

²⁰⁵ DíEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A., *Sistema de derecho civil*, v. I, 11ª ed., Tecnos, Madrid, 2003, p. 65.

²⁰⁶ Utilizo aquí la expresión “seguridad jurídica” como equivalente a “predictibilidad”, es decir, siguiendo en esto a VILLAR PALASI, J.L. y SUÑE LLINAS, E. (“Comentario artículo 9”, en Alzaga Villaamil, O. (dir.), *Comentarios a la Constitución española de 1978*, Cortes Generales – Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1983, pp. 503-504) “como la posibilidad de predecir con la mayor exactitud cuál sea la consecuencia jurídica de un supuesto de hecho concreto”. Sobre este mismo sentido puede consultarse DíEZ-PICAZO, L., *La doctrina de los propios actos*, Bosch, Barcelona, 1963, p. 14 señalando: “[t]oda la lucha por la formulación legal del derecho es, ante todo, una persecución de la seguridad: poder predecir o, al menos, poder pronosticar con algún fundamento el resultado del futuro litigio”.

²⁰⁷ MIQUEL GONZÁLEZ, “Comentario artículo 7.1”, p. 38.

3. PONDERACIÓN Y TIPIFICACIÓN

La pregunta que ha quedado planteada es cómo evitar que, a través del uso de cláusulas generales –en lo que interesa aquí, de la buena fe– se reemplace al derecho por el arbitrio judicial. Mi sugerencia para conjurar ese riesgo, es que es necesario concretar las exigencias de la buena fe. En lo que se refiere a los deberes precontractuales de informar atípicos esta concreción supone la ponderación de los diversos intereses. Dicha ponderación pertenece a los tribunales, su tarea a este respecto es ir identificando “supuestos típicos” de deberes atípicos, es decir, su tarea es tipificar deberes atípicos.

A continuación me detengo, primero, sobre la ponderación y, luego, sobre la tipificación.

a. La ponderación de los intereses

Anteriormente he presentado una lista de intereses que es necesario tomar en cuenta cuando se trata de decidir si en un supuesto determinado existe o no un deber precontractual de informar atípico. No se trata desde luego, de una lista exhaustiva, sino más bien de identificar algunos de los intereses que, en forma más evidente, se presentan cuando se trata de determinar si deben o no imponerse deberes precontractuales de informar ahí donde el legislador no lo ha hecho.

Basta echar una mirada a los intereses que he identificado para advertir la tensión que puede existir entre ellos. Mientras que la protección de la libertad contractual, la transparencia del mercado o el interés de conservación apuntarán, las más de las veces, hacia la imposición de deberes precontractuales de información. La seguridad jurídica, la autorresponsabilidad y la creación de incentivos, no necesariamente se orientan en esa misma dirección. Un caso del derecho estadounidense servirá para mostrarlo.

(i) Un ejemplo

Durante el mes de agosto de 1986, Larry Trawick y Charles Brown, quienes se dedicaban profesionalmente a la especulación en derechos sobre minerales (*mineral interests*), tuvieron conocimiento de ciertas actividades de prospección minera (*drilling*) en Comanche County, Oklahoma. A través de algunas pesquisas se informaron de que las prospecciones mostraban que los terrenos poseían ricos depósitos de minerales. Una investigación acerca de quiénes eran los propietarios de los derechos sobre minerales en la zona los llevó a Hedwig Zimpel, a la sazón una mujer de avanzada edad y afectada por una enfermedad terminal, incapaz de afrontar sus gastos médicos. Trawick tomó contacto con ella y le ofreció comprarle todos sus derechos de explotación. Finalmente acordaron la venta de 15 acres por 30.000 dólares. Aproximadamente 20 días después de la celebración del contrato, los compradores vendieron rápidamente los 15 acres por 49.500 dólares. El albacea de Zimpel demandó a Trawick y Brown por fraude y engaño (*fraud and deceit*) solicitando que se condenara a estos a pagarle la diferencia de precio que habían obtenido y los daños punitivos.²⁰⁸

Es sencillo apreciar como se vio perjudicada la libertad de contratación de la vendedora. El consentimiento, evidentemente, no fue libre y reflexivo. Sin embargo ¿se trata de una razón suficiente para imponer un deber precontractual de informar? Mi objetivo no es responder a esta pregunta, sino, más bien, aportar algunos elementos para la reflexión.

Así, por ejemplo, respecto de la autorresponsabilidad, una primera peculiaridad de los hechos narrados es que el error recae sobre el objeto de la propia prestación de la vendedora, es decir el terreno sobre el cual poseía derechos de explotación minera, y existe una cierta tendencia doctrinaria a considerar inexcusable un error sobre la propia

²⁰⁸ *Zimpel v. Trawick*, 679F. Supp. 1502. Un análisis de caso en de STRUDLER, A "Moral Complexity in the Law of Nondisclosure", *UCLA L. Rev.*, vol. 45, 1997, pp. 337-384.

prestación.²⁰⁹ Por otra parte, la información sobre la existencia de minerales no era, en abstracto, inaccesible o especialmente difícil de conseguir; un tiempo antes de que Zimpel vendiera, habían comenzado a realizarse prospecciones mineras en otras propiedades alrededor del terreno en cuestión. Sin embargo, si se atienden a las circunstancias personales de la vendedora, el acceso a la información adquiere otra fisonomía, se trataba de una persona anciana y mortalmente enferma, ¿podía, en razón de estas circunstancias, confiar en que los compradores le informaran acerca de la existencia de un yacimiento de minerales?

Una segunda peculiaridad de este caso es que satisface una serie de requisitos que los autores españoles emplean para limitar el deber de informar.²¹⁰ Así, por ejemplo, el hecho de que la información aumente el valor de la prestación de la vendedora²¹¹; que dicha información haya supuestos costos de producción para los compradores²¹², o que sus efectos sean, predominantemente, productivos.²¹³ Todos estos elementos aportados como argumentos giran en torno a la idea de la creación de incentivos para la producción y utilización de información. La idea es la siguiente: si los compradores hubieran sabido que se les iba a sancionar por su reticencia, probablemente no hubieran celebrado el contrato y el terreno seguiría destinado a usos sub-óptimos en términos de bienestar social.

Pues bien, el caso expuesto muestra la tensión que, eventualmente, existe entre los diversos intereses. De una parte, la libertad contractual y la idea de solidaridad contractual parecen justificar la imposición en este caso de un deber precontractual de informar. De otra, sin embargo, el principio de autorresponsabilidad y la creación de incentivos para la

²⁰⁹ Ver FABRE-MAGNAN, *De l'obligation d'information*, pp., 152-178.

²¹⁰ Ver pp. 344-351.

²¹¹ Ver, por ejemplo, VERDA Y BEAMONTE, "La reticencia", pp. 17-19.

²¹² Ver, por ejemplo, MORALES MORENO, *El error*, p. 231.

²¹³ Ver, PAZ-ARES, "Principio de eficiencia", p. 2843.

producción y uso de la información, aparentemente, apuntan en la dirección contraria.

(ii) La idea de ponderación

Tratándose de deberes precontractuales de informar atípicos la situación es la siguiente: (1) existen múltiples intereses que deben ser considerados, (2) dichos intereses, eventualmente entran en conflicto, (3) el legislador no ha resuelto a través de una norma jurídica en sentido técnico el conflicto, sin embargo (4) en el ordenamiento jurídico existe una cláusula general –la buena fe– que permite al operador jurídico hacerlo.

La pregunta es cómo debe hacerlo el juez. La respuesta es ponderando los diversos intereses en juego. Me interesa detenerme por algunos momentos en la idea de ponderación.

Como es bien sabido la ponderación es una idea cuya formulación más conocida surge a propósito del debate sobre las diferencias entre reglas y principios, uno de los temas más intensamente discutidos en la teoría del derecho.²¹⁴ En lo que concierne a esta investigación, basta detenerse sobre una de los criterios de distinción: la forma en que se solucionan los conflictos entre reglas o entre principios.

Desde la mirada de ALEXY, las reglas constituyen “mandatos definitivos”, en términos que si una regla es válida debe hacerse exactamente lo que ella dispone, ni más ni menos.²¹⁵ En cambio, los principios son concebidos

²¹⁴ Ver, por ejemplo, ATIENZA, M. y RUIZ MANERO, J., “Sobre principios y reglas”, *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, nº 10, 1991, pp. 101-120.

²¹⁵ En el mismo sentido señala DWORKIN, R. (*Los derechos en serio*, trad. M. Guastavino, Ariel, Barcelona, 1984, p. 72 y ss.):

“las normas [‘reglas’, en Alexy] son aplicables a la manera de disyuntivas. Si los hechos que estipula una norma están dados, entonces o bien la norma es válida, en cuyo caso la respuesta que da debe ser aceptada, o bien no lo es, y entonces no aporta nada a la decisión”.

por el autor como mandatos de optimización que pueden ser cumplidos en diferente grado.²¹⁶ Por esta razón es que los conflictos entre principios y entre reglas no se resuelven de la misma manera.

Si dos reglas entran en conflicto, necesariamente, una de ellas desplaza a la otra. A menos que la regla tenga una excepción (en cuyo caso, no hay conflicto), habrá que determinar cuál de las dos normas contradictorias es jurídicamente válida. Esta pregunta se responde, las más de las veces, acudiendo a criterios generales para la resolución de antinomias (*lex superior derogat inferiori, lex posterior derogat priori, lex specialis derogat generalis*). Cuando el conflicto se produce entre principios jurídicos la forma de resolverlo es diversa. Evidentemente, uno de los principios debe ceder, pero esto no significa que el principio desplazado sea considerado inválido, significa que, en ese caso concreto tiene menos peso que aquel principio que lo desplazó.²¹⁷ Tratándose de principios es necesario ponderar cuál prevalece en caso de colisión, es decir, determinar el peso concreto de cada principio según las circunstancias concretas.

Esta es la idea de ponderación que pretendo rescatar cuando afirmo que el juez debe ponderar los diversos intereses en juego. Si bien es cierto que, tratándose de los deberes precontractuales de informar atípicos no existe una norma en sentido técnico que resuelva la cuestión, sino que existe una cláusula general: la buena fe. La flexibilidad de dicha cláusula es lo que permite al juez incorporar los diversos intereses en juego. A continuación muestro un ejemplo acerca de cómo puede utilizarse la

²¹⁶ ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. E. Garzón Valdés, C.E.C., Madrid, 1997, pp. 81-98.

²¹⁷ Así, por ejemplo, ALEXY (*Ibíd.*, pp. 154-155) muestra el caso Lebach, en el que se discutió si la libertad de expresión protegía a un programa informativo que pretendía transmitir una información ya repetida sobre un crimen grave un breve tiempo antes de la excarcelación del autor. El Tribunal Constitucional alemán consideró que la protección de los derechos de la personalidad del autor del delito prevalecía frente a la libertad de expresión. Esto, sin embargo, no significa que, la libertad de expresión no tenga validez en estos casos, sino más bien que, atendidas las peculiaridades del caso (la información ya había sido transmitida antes, en poco tiempo más sería excarcelada la persona) convenía asignarle más peso a la protección de la persona.

buena fe para incorporar los diversos intereses que deben ser ponderados.

(iii) Un ejemplo de incorporación de los diversos intereses a través de la buena fe

En el derecho español, un sector de la doctrina ha distinguido entre la buena fe como justificación de los deberes precontractuales de información y ciertas consideraciones económicas como límites de los deberes precontractuales de información.²¹⁸ Esta distinción presenta algunos problemas conceptuales²¹⁹, aquí, sin embargo, me interesa detenerme únicamente sobre un equívoco al que puede conducir, y es que dicha distinción parece asumir una cierta incompatibilidad entre la buena fe y las consideraciones de carácter económico.

²¹⁸ Ver, especialmente, GÓMEZ CALLE y VERDA Y BEAMONTE en pp 348-350.

²¹⁹ Un primer problema es que los autores que la emplean suelen considerar lo que denominan argumentos económicos para establecer límites al deber de informar. Esto transmite la falsa impresión de que este tipo de razonamientos – los que consideran el efecto social de las normas jurídicas– sirve únicamente para limitar el deber de informar, pero, la verdad es que, si se observa con cuidado, puede servir exactamente para lo contrario. Ver, por ejemplo, POSNER, R., *Economic Analysis of Law*, 7ª ed., Wolters Kluwer, Nueva York, 2007, pp. 111-112 y TREBILCOCK, M., *The Limits of Freedom of Contract*, Harvard University Press, Cambridge, 1993, p. 112. Desarrollo esta idea en pp. 521-552.

Un segundo problema es que no está claro qué es lo que define que un argumento sea jurídico o económico. Así, por ejemplo, nadie dudaría de que la seguridad jurídica es un argumento jurídico para establecer límites al efecto invalidante del error, pero, según muestra el derecho inglés, también es un argumento eminentemente económico. Algo similar sucede con el principio de responsabilidad o “autorresponsabilidad” que admite, sin complicaciones, una justificación económica en términos de competencia entre los negociantes.

Un tercer problema es que, no es claro cuál es la ganancia que se obtiene con la distinción entre buena fe y argumentos económicos, en cambio, si me parecen evidentes algunos de sus riesgos. El principal de todos es que al etiquetarlos como “criterios económicos” despierten recelo por parte de los juristas respecto de una invasión de los economistas en sus dominios, como otra manifestación de lo que ha sido denominado “el imperialismo de la economía”. Ver COOTER, R., “Law and the Imperialism of Economics: An Introduction of Economics Analysis of Law and a Review of the Major Books”, *UCLA L. Rev.*, vol. 29, 1981-1982, pp. 1260-1269. Ver también KÖTZ, “Precontractual Duties”, p. 6.

Desde luego, en un cierto nivel esa incompatibilidad puede existir. Si se asocia la buena fe a valores como la lealtad y la honestidad y los argumentos económicos se asocian a la doctrina del *caveat emptor*, resulta difícil congeniar ambas cosas. Pero, en otro nivel, las exigencias de la buena fe y las consideraciones económicas funcionan en tándem, en términos tales que las últimas contribuyen a concretar las exigencias de la primera.

Así aparece en forma bastante clara en el tratamiento del dolo por omisión, en el artículo 4:107 de los PECL, que convendrá reproducir a continuación:

“(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”.

Desde la perspectiva del deber de informar, en esta norma transcrita, debe prestarse atención a su tratamiento del dolo por omisión. En el marco del precepto, esta especie de dolo tiene lugar cuando la reticencia de una de las partes es contraria a la buena fe y las negociaciones leales. Para determinar cuándo sucede esto, la norma dispone que deben

considerarse todas las circunstancias, incluyendo en las enunciadas, un argumento típicamente económico: el costo de adquirir la información.

Pues bien, en el modelo del artículo 4:107 PECL, la buena fe permite considerar todos los intereses en juego al momento de decidir si quien mantuvo silencio cometió o no dolo por omisión o, dicho en otras palabras, la buena fe permite ponderar los diversos intereses en juego para determinar si se debe informar aquello que se calla.

b. La tipificación

La arbitrariedad es uno de los riesgos que se suele aparejar al uso de la ponderación.²²⁰ Esto es especialmente evidente en el precepto utilizado para ilustrar cómo se puede recurrir la buena fe para incluir los diversos intereses protegidos: el 4:107 PECL.²²¹ Se trata de una norma radicalmente flexible por dos razones. La primera –y más evidente– es que ordena considerar *todas las circunstancias*, y, a continuación, elabora una lista de circunstancias que no es *numerus clausus*, sino meramente enunciativa. La segunda, y no menos determinante, es que no indica el peso específico que tiene cada una de las circunstancias que identifica.²²² La pregunta, como ha quedado planteada, es cómo compatibilizar la

²²⁰ Ver ALEXY, R., *Teoría de los derechos*, p. 157.

²²¹ Ver p. 388.

²²² Esta flexibilidad radical, como es evidente facilita la convivencia de interpretaciones del precepto bastante disímiles. Así, por ejemplo, GILKER (“Regulating Contracting”, p. 640) ha señalado respecto de la interpretación de dicha norma por países con diversas tradiciones jurídicas que:

“In interpreting such provisions, a French court may be expected to concentrate on the relative expertise of the parties and the importance of the information in determining liability, displaying a natural preference for a subjective approach to law with minimal attention to economic factors. A common law court, in contrast, is more likely to emphasize the ability of the parties to acquire information for themselves and the cost of acquisition, while acknowledging to a certain extent the need to protect consumers. Until a common understanding of the role of disclosure in the contracting process may be found, it will be difficult to bridge such an interpretative divide”.

flexibilidad que se procura a través de las cláusulas generales como la buena fe con un grado aceptable de seguridad jurídica.

En el derecho español esta cuestión se ha formulado a propósito de la reforma de 1973-1974 al Título Preliminar del Código civil y el optimismo que suscitó la incorporación de cláusulas generales como una forma de superar la crisis del legalismo. Otros autores prefirieron la cautela, advirtiendo, según se ha visto²²³, sobre los riesgos de la dinamización de las cláusulas generales, y señalaron que:

“la única forma de aplicación del artículo 7 y de sus correlativos [es] la vía de la formación de tipos o, si se quiere calificarlo de otra manera, de llevar a cabo concreciones o concretizaciones”.²²⁴

Hasta el momento he utilizado normalmente la expresión “tipificación” para referirme a ciertos deberes precontractuales de información en los que el legislador ha concretado las exigencias de la buena fe en lo que se refiere a dichos deberes estableciéndolos legalmente. La idea de creación de tipos o tipificación parece referirse aquí a otra forma de concretar las exigencias de la buena fe que ha hecho fortuna en el derecho alemán, en lo que interesa aquí, a propósito del párrafo 242 del BGB. En el derecho alemán, la concreción ha tenido lugar fundamentalmente a través de la sistematización de un creciente número de casos en los cuales se ha aplicado la buena fe, categorizándolos en grupos de casos (*fallgruppen*) de los cuales se puedan extraer criterios suficientemente claros y diferenciados que permitan justificar adecuadamente las decisiones judiciales en las que se aplica dicho párrafo.²²⁵ Así, por ejemplo, DÍEZ-PICAZO y GULLON, a propósito del artículo 7.1 CC, señalan que la doctrina alemana elaboró sobre la base de la jurisprudencia de los

²²³ Ver *supra* nota 205.

²²⁴ DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos*, I, p. 66. De la misma opinión MIQUEL GONZÁLEZ, “Comentario artículo 7.1”, p. 38.

²²⁵ Ver WHITTAKER Y ZIMMERMAN, “Good Faith”, p. 23; AUER, “The Structure of Good Faith”, p. 132; y HESSELINK, M., “The Concept of Good Faith”, en Hartkamp, A., Hesselink, M., Hondius E., Joustra A. y Veldman M. (edits.), *Towards a European Civil Code*, 3ª ed, Kluwer Law International, La Haya, 2004, pp. 474-475.

tribunales algunos supuestos típicos en los que la buena fe operaba como límite del ejercicio de los derechos subjetivos.²²⁶ Así sucedió, por ejemplo, con la prohibición de venir contra los actos propios, el retraso desleal (*Verwirkung*) y el abuso de la nulidad por motivos formales.²²⁷

Pues bien, de todos estos antecedentes se desprende la necesidad de concretar las exigencias de la buena fe, en términos tales que manteniendo su flexibilidad, no lesione el principio de seguridad jurídica.²²⁸ Siguiendo en esto el enfoque de Díez-PICAZO y GULLÓN respecto a la limitación del ejercicio de los derechos subjetivos por el principio de buena fe, de lo que se trata aquí es de extraer ciertos supuestos en los que se ha considerado que la buena fe impone o no impone el deber de informar.

Siguiendo, además, la forma de concretar que ha sugerido parte de la más autorizada doctrina alemana y española, lo que parece necesario es prestar atención a las decisiones de los tribunales. Ahora bien, conviene tener presente que de lo que se trata es, precisamente, de saber bajo qué condiciones impone la buena fe el deber de informar. o dicho en otras palabras, cuándo surge un deber atípico de informar. Por este motivo las sentencias que recaen sobre normas que imponen deberes típicos de información no prestan, en general, demasiada utilidad toda vez que la pregunta acerca de cuándo se debe informar ya ha sido expresamente contestada por el legislador.²²⁹

²²⁶ Díez-PICAZO y GULLÓN, *Sistema de derecho civil*, I, p. 435.

²²⁷ Sobre esto puede consultarse además, WIEACKER (*El principio general*, pp. 61-74) quien analiza el *venire contra factum proprium*, el *dolo agit qui petit quod statim redditurus est*, la excepción de adquisición de un derecho de mala fe, y la acción legal claramente inícuo y desconsiderada.

²²⁸ Enfatizo la idea de que mantenga su flexibilidad, porque, como es evidente, no debería aspirarse a una concreción absoluta de los diversos supuestos de aplicación del principio de buena fe. MIQUEL GONZÁLEZ ("Comentario artículo 7.1", p. 38) lleva razón cuando señala que "su misma naturaleza y función lo impiden".

²²⁹ Con todo, la buena fe desempeña en estos casos lo que podría denominarse una "labor intersticial". Aún en los casos donde el legislador ha detallado con mayor cuidado deberes precontractuales de información –por ejemplo en el

Lo segundo que conviene tener presente es que, en el caso español, no existe en el Código civil una norma que imponga un deber de informar en términos amplios, esto es no circunscritos a una determinada figura jurídica, como lo hace, por ejemplo, el artículo 2:102 del *Projet de Cadre Commun* en su capítulo sobre formación del contrato, que consagra el deber de información o el artículo 7 del Proyecto de Pavía.²³⁰ Frente a esta circunstancia, parece necesario comenzar por estudiar las decisiones judiciales sobre error y el dolo que resulten pertinentes para la concreción de la buena fe en lo que se refiere a los deberes precontractuales de informar atípicos. Esta opción aparece ampliamente justificada si se observa la importancia del error y el dolo para los deberes de informar en el derecho comparado más próximo como lo es el derecho francés²³¹, el derecho alemán²³² o el derecho italiano²³³, o bien

TRLGDCU- siempre quedan supuestos que no es posible encajar directamente en la letra de la ley, y en esos supuestos la pregunta acerca de si se debe informar o no se contesta acudiendo a la buena fe.

²³⁰ Ver p. 392.

²³¹ FABRE-MAGNAN (*De l'obligation d'information*, p. 1) señala que la primera forma que revistió el deber de informar fue a través del dolo por reticencia. En una publicación posterior ("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, p. 102), la misma autora ha señalado que los jueces franceses han extendido de tal manera el alcance del error, del dolo y de la responsabilidad extracontractual que, a través de su aplicación, han dado lugar a una doctrina coherente sobre un deber precontractual general de informar.

Respecto del la relación entre el error y el deber de informar, GHESTIN ha señalado que:

"*De lege ferenda* la notion d'erreur inexcusable pourrait sans doute être utilement précisée dans le contexte plus large de *l'obligation de renseignement ou d'information*. La limite de cette obligation est, en effet, représentée par le *devoir de s'informer soi-même*" (itálicas en el original, citas internas omitidas).

²³² Aquí puede consultarse las opiniones de VON THUR, y MARKESINIS respecto del dolo por omisión (ver *supra* notas 41 y 42). A eso puede sumarse la siguiente declaración de Savigny respecto de la acción engañosa en el dolo, citada por FLUME (*El negocio jurídico*, p. 636):

"Por regla general el engaño se ejerce mediante una actuación positiva. Pero también es posible mediante una conducta simplemente pasiva, esto es, por tolerar consciente, tácitamente, el error ajeno que nosotros mismos no hemos provocado. Este último, sin embargo, sólo es posible presuponiendo una relación contractual tal, que en ella el otro esté

en instrumentos de *soft law*²³⁴. Lo mismo sucede tratándose del derecho español, a cuyo estudio dedico el capítulo siguiente.

* * *

El objetivo de este capítulo, según quedó consignado en su introducción, es doble. De una parte, se trató de demostrar que en el derecho continental y en el español es posible derivar directamente de las exigencias de la buena fe la existencia de deberes atípicos de informar. El segundo objetivo consistió en mostrar por qué es necesario concretar las exigencias de la buena fe y que, al hacerlo es necesario ponderar los intereses que están en juego. Ambas tareas han quedado cumplidas. Lo que resta ahora es determinar cómo han efectuado esa ponderación los tribunales a través de la tipificación jurisprudencial de los deberes precontractuales de información que no han sido expresamente contemplados por el legislador.

legitimado para esperar de nosotros franqueza, de modo que en este caso callar y hablar han de considerarse un todo inseparable”.

Dicho en otras palabras, que exista dolo por mantenerse en silencio depende de la existencia de un deber de informar de quien calló, el cual, a su turno, depende de si la otra parte estaba legitimado o no a confiar en que se le informaría.

²³³ Para la relación entre error, dolo y deber de informar puede consultarse GRISI, *L'obbligo precontrattuale*, pp. 269-376.

²³⁴ Probablemente, el más evidente de ellos sea los PECL, respecto de la relación que existe en estos entre el error, el dolo y el deber de informar ver pp. 327-328.



3. LA CONCRECIÓN DE LA BUENA FE

La pregunta en torno a la cual se estructura este capítulo es de qué manera las decisiones de los tribunales permiten concretar las exigencias de la buena fe en lo que se refiere a los deberes atípicos de información. Dicho en otras palabras, se trata de averiguar si es posible una “tipificación jurisprudencial” de deberes precontractuales de información que no han sido contemplados expresamente por el legislador.

A la vez que se responde a esta pregunta se consigue mostrar qué intereses son considerados por los tribunales y cómo los ponderan, es decir, qué peso concreto se les asigna a cada uno según el caso concreto.

Antes de responder a las cuestiones que han quedado planteadas en los dos párrafos anteriores es necesario hacerse cargo de un aspecto previo, a saber: ¿sobre qué materias recaen las decisiones judiciales que es necesario considerar?

Esta última pregunta cobra todo su sentido en la medida que se advierte que los deberes precontractuales de informar atípicos carecen de una regulación autónoma. Por lo mismo, su disciplina debe ser buscada en figuras jurídicas que permitan la incardinación de sus elementos, es decir figuras jurídicas a las que se acude para resolver problemas en los que concurren simultáneamente ignorancia, conocimiento y reticencia, esto es, los elementos que configuran la estructura de un deber de informar.

En el ordenamiento jurídico español es posible incardinar deberes precontractuales de informar atípicos en múltiples figuras; las más relevantes, sin embargo, son el error y el dolo. A ellas se encuentra

dedicado el grueso de este capítulo.

Al tratar el error y el dolo, las interrogantes que es necesario formular son dos. La primera de ellas es en qué medida puede hablarse de deberes precontractuales de informar atípicos a propósito de la normativa del error y del dolo. La segunda interrogante se refiere a la concreción de las exigencias de la buena fe. Respecto de la concreción me interesa examinar tres aspectos. En primer lugar, establecer qué intereses toman en consideración los tribunales para determinar si debe informarse o no. En segundo lugar, precisar cómo ponderan los tribunales dichos intereses. Finalmente, en tercer lugar, es importante detenerse en el análisis de un interés que no se aprecia en las decisiones de los tribunales, pero que, curiosamente, es ubicuo en las opiniones de la mejor doctrina española y comparada; me refiero al interés en la creación de incentivos para la producción y utilización de la información. Al presentar este último interés procuraré mostrar cómo puede interactuar con los que ya son considerados por los tribunales.

Para cumplir con los objetivos expuestos, el capítulo se encuentra dividido en cuatro partes. La primera de ellas explica la incardinación de los deberes precontractuales de informar en otras figuras jurídicas. La segunda parte se ocupa de la pregunta acerca de en qué sentido es posible hablar de deberes precontractuales de informar a propósito del error y del dolo. La tercera examina cómo se ponderan los diversos intereses tenidos en cuenta. Finalmente, la cuarta parte se detiene sobre la creación de incentivos para la producción y uso de información y la manera en que puede interactuar con los otros intereses considerados por los tribunales.

I . LA INCARDINACIÓN

A diferencia de los deberes precontractuales de informar típicos, los atípicos carecen de una regulación autónoma. Tratándose de deberes típicos, el legislador a través de las normas jurídicas ha ordenado el suministro de información. En cambio, tratándose de deberes precontractuales atípicos la situación es distinta. Hay (1) una cláusula general –la buena fe– que permite formular la pregunta acerca de si, para el caso concreto, existe o no un deber precontractual de informar y (2) ciertas figuras jurídicas a través de cuya disciplina se formula la pregunta. Un par de ejemplos servirán para ilustrar esta diferencia.

Tratándose del contrato de viaje combinado, el artículo 152 TRLGDCU establece un listado de información que debe proporcionársele al consumidor o usuario. Así, por ejemplo, para responder a la pregunta de si debe informársele acerca del número de comidas que se van a servir, no es necesario acudir a la cláusula general de la buena fe, pues el legislador ya ha contestado esa pregunta estableciendo, directamente, un deber precontractual de informar.

Hay otros muchos casos en los cuales el legislador no ha establecido en forma expresa el deber de informar. Por ejemplo, se plantea si existe dicho deber cuando el comprador sabe del alza del bloqueo naval que el

vendedor ignora y que mantiene inusualmente bajo el precio del café, mientras se negocia la compra de una importante partida de dicha mercancía.¹ Es comúnmente aceptado que existe un deber de las partes de negociar de buena fe los contratos. Esto permite al vendedor que considere que el comprador ha actuado de mala fe al no suministrarle la información sobre el levantamiento del bloqueo, alegar esta situación con la pretensión de que, por ejemplo, el contrato sea declarado ineficaz o bien que se le conceda una indemnización de daños y perjuicios. Con todo, al no existir una norma que imponga directamente el deber de informar, el vendedor tendrá que canalizar su pretensión a través de la disciplina de alguna figura jurídica que posea su propia regulación, por ejemplo, el dolo.

En este sentido, puede afirmarse que los deberes precontractuales atípicos de informar requieren ser "incardinados" en otras figuras jurídicas.

Las principales instituciones en que puede realizarse esta incardinación son el error vicio y el dolo *in contrahendo*.² No son, desde luego, las únicas, ya que a ellas pueden sumarse la responsabilidad extracontractual y, con mayor frecuencia, el incumplimiento contractual. Me detengo primero –y brevemente– en estas últimas.

¹ Ver pp. 32-38.

² 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).

Con todo, MORALES MORENO ("Comentario artículos 1.269 y 1.270", p. 435) cita varias sentencias en las que, en su opinión, el Tribunal Supremo ha recurrido a la resolución por incumplimiento prevista en el artículo 1124 CC para casos de responsabilidad *in contrahendo*.

A. LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL

En el ámbito francés GHESTIN ha señalado que una de las formas en que la jurisprudencia ha reconocido la existencia de un deber de informar ha sido recurriendo al artículo 1.382 del *Code*.³ Dicho reconocimiento parece haber operado en dos fases. La primera de ellas ha sido de forma complementaria a la anulación por dolo o por error.⁴ La violación del deber precontractual de informar que acompañaba a supuestos de error o dolo se consideraba como una falta precontractual sancionada sobre el terreno de la responsabilidad extracontractual.⁵ Más recientemente, los tribunales han recurrido directamente a la responsabilidad delictual para sancionar infracciones al deber de informar, sin acudir a las figuras del error y el dolo.⁶

En el ámbito español las cosas son más o menos semejantes. De una parte, los tribunales han utilizado las normas que disciplinan la responsabilidad extracontractual en casos en los que lo que se reclamaba era la anulación del contrato por error o dolo.⁷ De otra parte –y en lo que interesa aquí–, la doctrina ha señalado que algunas manifestaciones de la infracción del deber de informar pueden reclamarse acudiendo únicamente a las reglas del derecho de daños. Un ejemplo de esto último se encuentra en el deber de informar las causas de nulidad del contrato.

La doctrina española parece encontrarse de acuerdo en que las exigencias de la buena fe imponen a las partes informarse

³ GHESTIN, *Traité*, p. 605.

Como se sabe, dicho precepto desempeña la misma función que el artículo 1.902 CC en el derecho español y su texto reza:

“Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer”.

⁴ *Loc. cit.*

⁵ En el derecho francés el régimen de la responsabilidad precontractual es el propio de la responsabilidad extracontractual. Ver, por ejemplo, SCHMIDT, J., “La sanction de la faute précontractuelle”, *RTDC*, 1974, pp. 46-73.

⁶ GHESTIN, *Traité*, p. 606 citando dos sentencias en este sentido.

⁷ Así, respecto del dolo ver VERDA Y BEAMONTE, “Algunas reflexiones”, pp.761-777.

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.⁸ Se trata, por lo demás, de una posición con importantes equivalentes en derecho comparado.⁹

Pues bien, en el ámbito español, una parte de la doctrina estima que aquella de las partes que conociendo, o debiendo conocer, una causa de nulidad no se la informa a la otra parte incurre en responsabilidad precontractual cuyo fundamento se encuentra en el artículo 1.902.¹⁰ Si

⁸ 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".

⁹ Dos son especialmente importantes. Uno, como ya se ha visto, es el artículo 1.338 del Código civil italiano. El otro es el § 311 a (2) del BGB, después de la Reforma de 2001, bajo la rúbrica "Impedimento de la prestación a la conclusión del contrato" dispone que:

"El acreedor, a su elección, puede exigir resarcimiento del daño en lugar de la prestación o resarcimiento del daño en el lugar de la prestación o resarcimiento de sus gastos con la extensión determinada en el § 284. Ello no rige si el deudor no conocía el impedimento de la prestación en el momento de la conclusión del contrato y no debe responder de su desconocimiento. El § 281 apartado 1, incisos 2 y 3, y apartado 5, se aplica por analogía".

En este precepto se ha llevado a cabo la consagración legal de un deber precontractual de información, sólo si el deudor conocía o debía conocer el deudor el impedimento y no lo informa al acreedor responde de los daños ocasionados. Como señalan EHMANN y SUTCHET (*La reforma del BGB*, p. 59):

"Los reformistas [del BGB] querían extender el derecho a la indemnización del artículo 311 a II de manera consciente como derecho de indemnización por daños y perjuicios dependiendo de la culpabilidad, y no como responsabilidad por garantía".

¹⁰ Sobre esto puede consultarse GARCÍA RUBIO, *La responsabilidad precontractual*, pp. 191-192. La autora se refiere a la hipótesis de un contrato con objeto inicialmente imposible o ilícito, sin embargo, advierte (*Ibíd.*, p. 187 nota 92) que lo dicho respecto a esa causal de nulidad puede, esencialmente, predicarse de otras causas de nulidad diversas.

esto es correcto significa que, en esas hipótesis, la pretensión indemnizatoria derivada del incumplimiento del deber de informar sobre la existencia de una causa de nulidad del negocio celebrado se canaliza a través de las normas de responsabilidad extracontractual.

B. EL INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL

La relación que existe entre la infracción de los deberes de informar y el incumplimiento contractual ha sido advertida en múltiples ocasiones a lo largo de este trabajo. Así, por ejemplo, a propósito de las sanciones del TRLGDCU por infracción de deberes precontractuales de información que incorporan, en algunos supuestos, los remedios propios del incumplimiento contractual.¹¹ Igualmente, se ha mencionado a propósito del artículo 2:207 de los Principios *Acquis*, que establece la integración en el contrato de cierta información omitida y sus precedentes, esto es la CISG y de la Directiva 99/44 de ventas de bienes de consumo.¹² En tercer lugar se ha hecho alusión al artículo 3.7 de los Principios UNIDROIT y al artículo 4:119 de los PECL, en la medida en que ambos preceptos regulan qué sucede cuando la misma hipótesis da lugar a causas de anulabilidad e incumplimiento de contrato.¹³ Finalmente, también se ha observado dicha relación a propósito de los términos y representaciones en el derecho inglés.¹⁴

Lo que se puede señalar a partir de todas estas fuentes es que, en ciertos supuestos, el incumplimiento de un deber precontractual de información puede ser incardinado en las normas que disciplinan el incumplimiento contractual. Algunos ejemplos del ámbito español contribuirán explicar esto con mayor claridad.

¹¹ Ver pp. 221-223.

¹² Ver *supra* nota 184, p. 223.

¹³ Ver *supra* nota 177 p. 220.

¹⁴ Ver pp. 272-274.

1. ALGUNOS EJEMPLOS

El primero de los ejemplos que voy a presentar corresponde a un caso resuelto por la STS de 18 de febrero de 1994.¹⁵ Se trata de la compraventa de un local ubicado en un semisótano para instalar en él un supermercado. Sin embargo, la normativa vigente impedía asignarle ese destino al local por tratarse de un semisótano. El vendedor demanda a los compradores solicitando el otorgamiento de escritura pública de compraventa y el pago del precio; estos se oponen y, reconvencionalmente, alegan la anulabilidad del negocio por error. El Juzgado deniega esta última petición y la Audiencia y el TS la acogen. Lo que interesa aquí, sin embargo, no es el razonamiento sobre el error, sino el relativo a la existencia de incumplimiento contractual.

Al respecto tanto la Audiencia como el TS consideraron –aunque, como advierte MORALES MORENO, ambos pronunciamientos deben considerarse *obiter dictum*¹⁶- que existió incumplimiento de contrato por parte del vendedor, que no entregó aquello a lo que se había comprometido. Así, en el fundamento de derecho tercero de la STS se lee que “la entrega de «aliud pro alio» resplandece.”¹⁷

El segundo ejemplo avanza en la misma línea que el primero. Se trata de la STS de 3 de Junio de 2003.¹⁸ Los dueños de un trastero que lo destinaban a la vivienda lo venden a unas personas que deseaban darle el mismo uso. Sin embargo, el trastero no era legalmente habitable. Los vendedores informaron a los compradores de la falta de la Cédula de Habitabilidad, pero no les aclararon que tampoco podían adquirir dicha cédula. La inobservancia de un deber precontractual de informar le

¹⁵ RJ 1994,1096, pte. Excmo. Sr. D. L. Martínez-Calcerrada y Gómez

¹⁶ Ver MORALES MORENO, A. M., “Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de enero de 1994”, CCJC, 1994, pp. 626-627.

¹⁷ Según el Tribunal lo que se había vendido era un inmueble con carácter de local comercial; sin embargo, lo que se entregó, fue uno que, según resolución del Ayuntamiento, sólo podía dedicarse a almacén.

¹⁸ RJ 2003,5331, pte. Excmo. Sr. D. A. Romero Lorenzo.

resulta bastante obvia al tribunal. Así, en el fundamento de derecho cuarto se lee:

“Se hace preciso observar que por el Juzgado de Primera Instancia se ha hecho especial referencia a que recaía sobre los vendedores «la obligación o deber de informar debidamente a los compradores de los impedimentos o deficiencias del objeto del contrato, el cual no podía ser destinado a la finalidad para la que se adquiría», en atención a «los principios de confianza y buena fe que deben presidir toda relación jurídica entre partes», siendo evidente que tal deber de información veraz y completa no fue atendido por la hoy recurrente y su esposo, determinando que los demandantes incurrieran en el error esencial que da lugar a la declaración de nulidad del contrato”.

En su sentencia, el Tribunal Supremo confirma la anulación declarada por los tribunales inferiores a causa del error sufrido por los compradores. De esta manera el deber de informar se incardina en las reglas del error. Sin embargo, lo que interesa ahora es la relación que establece el Tribunal Supremo entre el incumplimiento del deber de informar y el incumplimiento del contrato. Para advertir esta relación es preciso prestar atención al fundamento de derecho tercero de la sentencia citada. En dicho Fundamento indica el Tribunal Supremo que, aún cuando en el contrato de compraventa se aludiera a un “trastero destinado hoy a la vivienda”:

“No puede echarse en olvido la admonición del artículo 1258 del Código Civil, según el cual los contratos obligan no sólo a lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que según su naturaleza sean conformes a la buena fé, al uso y a la ley, de lo que se sigue que si un local que pertenece a un edificio comprendido en el ámbito de la Ley de Propiedad Horizontal (RCL 1960\1042) ha sido comprado para establecer la vivienda familiar de los adquirentes, aun cuando literalmente no se haya consignado este dato en el documento otorgado, ha de tenerse por evidente que el compromiso del vendedor necesariamente debe alcanzar a poner a los compradores en la pacífica posesión de un espacio independiente que no solamente aparente ser

una vivienda, sino que se adapte además a las exigencias urbanísticas y a las que impone la norma que acaba de mencionarse, a fin de que no exista obstáculo alguno a la obtención de la finalidad pretendida por los adquirentes”.

A partir de este considerando, se entiende que los vendedores han cumplido defectuosamente con su obligación de entrega –el objeto entregado no es útil para obtener la finalidad prevista- dando lugar a un incumplimiento grave y permanente, que justifica alegar la resolución del contrato.¹⁹

El tercer ejemplo corresponde a la STS de 11 de julio de 2007.²⁰ Se trata, esta vez, de un contrato de distribución en exclusiva en cuya negociación la concedente mantuvo silencio acerca de la existencia de importantes cantidades de sus productos en manos de su anterior distribuidora. Después de celebrado el contrato de distribución, dichos productos fueron liquidados a bajo precio por la anterior distribuidora en la zona de exclusiva de la nueva distribuidora, lesionando las oportunidades económicas de esta última.

Entre los múltiples problemas jurídicos sobre los que se detiene esta sentencia²¹ aquí interesa únicamente uno: el silencio de la concedente. En la sentencia que se viene comentando, el Tribunal Supremo considera dicho silencio como un supuesto de dolo incidental. Sin embargo, precisamente la sentencia de la Audiencia había enlazado esa falta información con una infracción del pacto de exclusiva. Es decir, vinculó el incumplimiento de un deber precontractual de información al incumplimiento del contrato.

¹⁹ Ver SALANOVA GUTIÉRREZ, M., “Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de junio de 2003”, *CCJC*, 2004, pp. 219-254.

²⁰ RJ 2007,5132, pte. Excmo. Sr. D. F. Martín Castán.

²¹ Algunos de ellos son considerados en DE LA MAZA GAZMURI, I., “Deber de informar, dolo incidental e incumplimiento contractual. Nota a la STS de 11 de Julio de 2007”, *ADC* 60-4, 2007, pp. 1861-1865.

2. ALGUNAS CONCLUSIONES

Expuestos estos tres ejemplos es momento extraer algunas conclusiones a partir de ellos.

La primera de ellas es que, tal y como sucede en el derecho comparado, en el derecho español ciertos supuestos de infracción del deber de informar –no suministrar la información debida durante el periodo de negociación del contrato– pueden incardinarse en la disciplina del incumplimiento contractual.

La segunda –que se desprende especialmente de los dos casos en que se ha estimado la existencia de error– es que, al considerar el error de esta manera, los tribunales españoles parecen estar optando por una noción amplia de incumplimiento que puede cubrir supuestos de error y dolo.²²

La tercera conclusión es que, de aceptarse, en definitiva, una noción amplia de incumplimiento, la tendencia podría llegar a ser que casos de incumplimiento de deber de informar que, actualmente, se reclaman a

²² Convendrá aquí decir algunas palabras sobre el incumplimiento para aclarar este punto. MORALES MORENO en su Prólogo a FENOY PICÓN, *Falta de conformidad*, pp. xxi y xxii advierte que existen dos modelos para comprender el incumplimiento. El primero de ellos se basa en la idea de deber del deudor, el segundo en la idea de garantía o resultado. La noción amplia de incumplimiento corresponde a este segundo modelo, que, en palabras de SAN MIGUEL PRADERA, L.P. (*Resolución del contrato por incumplimiento y modalidades de su ejercicio*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2004, pp. 123-124): “abarca cualquier manifestación del mismo (cumplimiento defectuoso, incumplimiento total, parcial o retraso, con independencia de la valoración que pueda merecer la conducta del deudor” (omitidas las negritas del original).

Esta, como se sabe, es la noción de incumplimiento adoptada en la CISG, en los Principios UNIDROIT, en los PECL o en el Código civil holandés, y cuenta con un decidido respaldo de alguna de la doctrina más autorizada en España. Así, además de MORALES MORENO, es posible citar a Díez-PICAZO, *Fundamentos*, II, pp. 647-649 y PANTALEÓN PRIETO, en general, en “Las nuevas bases”, pp. 1719-1745 y, más específicamente, en la voz “Incumplimiento (Dº civil)”, en E.J.B., Madrid, 1995, pp. 3507-3508.

través del error y el dolo por omisión se canalicen la mayoría de las veces a través de las reglas del incumplimiento contractual.²³

La cuarta –y última– conclusión es que los casos que pueden ser absorbidos por la fuerza vinculante del contrato son aquellos en que la información que una de las partes no comunicó a la otra afecta negativamente a la ejecución del programa contractual; dicha información se refiere al contenido del contrato en términos de configurar un incumplimiento de la prestación.²⁴

²³ Entre otras razones (incluyendo las ventajas procedimentales de la reclamación a través de la normas de incumplimiento) porque, como ha señalado MORALES MORENO (“Comentario STS”, p. 627), a propósito del error intrínseco en relación al incumplimiento –en términos que podrían ser extrapolables al dolo por omisión– “una noción amplia de incumplimiento hace innecesarias (...) las acciones (...) fundadas en el error intrínseco”.

Ahora bien, mientras que tratándose del error, un modelo de incumplimiento entendido de esta manera parece privarlo de su ámbito de relevancia (ver MORALES MORENO, “Comentario STS”, p. 627 y “Comentario a los artículos 35 a 40”, pp. 293 y 294). En el caso del dolo, sin embargo, no sucede lo mismo. El ámbito de aplicación de este último, según se ha visto, presenta áreas de superposición con el incumplimiento, pero no es totalmente absorbido por éste. No cualquiera de las hipótesis de dolo equivale a incumplimiento.

²⁴ Un desarrollo de esta idea, a propósito del dolo, con información de derecho comparado y español en ROJO AJURIA, *El dolo en los contratos*, pp. 142-147, quien sugiere, con citas de Carrasco y de Morales Moreno, que la diferenciación que es posible establecer entre el dolo y el incumplimiento se asemeja a la diferencia entre los términos y las representaciones propias de la *misrepresentation* inglesa (ver pp. 272-274). Lo determinante para deslindar las acciones de dolo y de incumplimiento no sería el factor cronológico, sino si, aquello sobre lo cual recayó el engaño, se incorporó o no al contrato.

II . EL ERROR, EL DOLO Y LA ESTRUCTURA DEL DEBER PRECONTRACTUAL DE INFORMAR

La pregunta que se plantea en la segunda parte de este capítulo es en qué medida es posible hablar de deberes precontractuales de información atípicos a propósito de la disciplina del error y el dolo.

La respuesta, expuesta en su formulación más breve, es que se puede hablar de dichos deberes toda vez que, en ciertos supuestos de error y dolo, las consecuencias de la aplicación de estas figuras se explican directamente por la reticencia –intencional o culpable– de una de las partes. Para desarrollar esta respuesta, comenzaré exponiendo un ejemplo que ilustra lo que acabo de afirmar y mostraré que es posible considerarlo como un supuesto de dolo por omisión o de error conocido (A). A continuación me detendré sobre la estructura del deber precontractual de informar (B).

A. UN EJEMPLO

El caso que se expone a continuación muestra que, en ciertos supuestos de error y dolo, es posible, a partir de las consecuencias jurídicas que se derivan de la presencia de estas dos figuras, advertir la existencia de deberes precontractuales de informar atípicos.

1. EL CASO

Con fecha 15 de junio de 1995, se celebran dos contratos de compraventa. En el primero la señora Sonia adquiere una parcela rústica y la vivienda rústica construida en ella de don Emilio, apoderado de una empresa inmobiliaria. En el segundo contrato, doña Sonia y su hermana venden a don Emilio un trozo de tierra plantado de viñas. Con posterioridad a los contratos, doña Sonia es advertida por la Compañía Sevillana de Electricidad acerca de la imposibilidad de obtener servicio de energía eléctrica para la vivienda adquirida y, más tarde, se entera de que el terreno adquirido era suelo no urbanizable. Doña Sonia y su hermana demandaron a don Emilio, solicitando que se declare rescindido el primer contrato al tenor del artículo 45 del Real Decreto Legislativo 1/1992 y, en lo que es de interés aquí, que se declare ineficaz por nulo el segundo contrato por vicio del consentimiento. El Tribunal Supremo considera, en el fundamento de derecho quinto de la sentencia, que ambos contratos se encuentran vinculados ya que han sido concebidos bajo una misma intención negocial:

“(…) es claro que el segundo no se habría celebrado sin el primero, y, en consecuencia, tampoco habría tenido lugar si las vendedoras hubieran conocido las circunstancias de la primera transmisión y en particular la venta a la actora doña Sonia de una vivienda-chalet cuya construcción había sido declarada ilegal y que por lo tanto no podía contar con servicios tan elementales como el suministro de energía eléctrica”.²⁵

El vicio del consentimiento alegado por las compradoras fue el error, consistente en su desconocimiento del hecho de que el terreno objeto de la primera venta no era urbanizable. La Audiencia consideró que esta segunda compraventa –por su conexión con la primera– se encontraba viciada por error. El vendedor recurrió esta sentencia alegando que el error era inexcusable, pues las compradoras no habían adoptado las mínimas medidas de información y precaución exigibles. Conviene citar

²⁵ STS de 13 de febrero de 2007 (RJ 2007,716), pte. Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller.

en extenso la opinión del Tribunal Supremo, disponible en el fundamento de derecho quinto de la sentencia:

“(…) se ha de tener en cuenta que la exigencia del carácter inexcusable del error –que efectivamente se ha padecido– es una medida de protección para la otra parte contratante en cuanto pudiera ser perjudicial para sus intereses negociales una alegación posterior de haber sufrido error que lógicamente escapaba a sus previsiones por apartarse de los parámetros normales de precaución y diligencia en la conclusión de los negocios, pero en absoluto puede beneficiar a quien precisamente, como sucede en el caso, ha provocado conscientemente la equivocación de la otra parte al consignar como comprendida en el objeto de la venta una vivienda-chalet ocultando que se trataba de una construcción ilegal, no legalizable y que, en consecuencia, impedía su uso como tal al no poder contar con servicios elementales para una adecuada habitabilidad. En suma no puede alegarse el carácter excusable del error padecido por la parte contraria cuando es fruto de la mala fe comercial de quien oculta conscientemente la inhabilidad del objeto del contrato (…)”

A través de este caso me interesa mostrar que, bien sea que la pretensión de las demandantes se canalice a través de la disciplina del error o bien a través del dolo, lo determinante para declarar nulo el contrato es la reticencia del vendedor. En otras palabras, lo determinante es la infracción por parte del vendedor de un deber precontractual de informar.

2. LAS CONSECUENCIAS

En tanto vicios del consentimiento, las consecuencias jurídicas que el ordenamiento jurídico apareja al error y al dolo son, en general la

anulabilidad del contrato y/o la indemnización de daños y perjuicios.²⁶ A propósito del caso expuesto sólo me interesa mostrar cómo es posible vincular la anulabilidad del contrato a la reticencia del vendedor.

²⁶ Digo en general por, al menos, tres razones. La primera de ellas, es que, tratándose del error obstativo, no es completamente evidente cuál es su consecuencia.

La segunda razón es que, tratándose del dolo incidental, éste únicamente genera una acción para reclamar la indemnización de daños y perjuicios; no permite, en cambio exigir la anulación del contrato.

La tercera razón es que, como se ha sugerido, la figura del error contemplado en el artículo 1.266 CC estrictamente "agota sus consecuencias en la anulabilidad del contrato" (ver MORALES MORENO, "Comentario artículos 1.269 y 1.270", p. 391). Sin embargo, considero la indemnización de perjuicios toda vez que dicha acción puede ser compatible con la de nulidad por error. Ver, por ejemplo, ROJO AJURIA, *El dolo en los contratos*, p. 214, nota 97. Así parece desprenderse también de las palabras de GARCÍA RUBIO (La responsabilidad, pp. 173-174):

"En el caso de la anulación del contrato por error causado directa o indirectamente por el otro contratante, ni el artículo 1.303 CC ni ningún otro que se refiera directamente al error aclaran si la parte a quien el error le es imputable debe indemnizar a la víctima los daños y perjuicios causados por la anulación, es decir, si la actuación incorrecta de la primera durante el periodo formativo del contrato es o no fuente de responsabilidad. En el supuesto de que en el periodo precontractual haya existido dolo o culpa del primero, la respuesta es necesariamente positiva, pues entonces se reúnen todos los requisitos exigidos por el artículo 1.902".

Por su parte, GÓMEZ CALLE (*Los deberes precontractuales*, p. 35) caracteriza la pretensión indemnizatoria que puede acompañar al error señalando que se trata de una consecuencia de la responsabilidad por culpa *in contrahendo*, cuyo fundamento positivo se encuentra en el artículo 1.902 CC, y cuyo alcance abarca el interés negativo.

Existen, además algunas sentencias del Tribunal Supremo de las cuales se pueden derivar conclusiones semejantes. La primera de ellas es de 20 de noviembre de 1973 (RJ 4234,1973. Pte., Excmo. Sr. D. M. Prieto Delgado), los hechos que la originaron fueron la venta de una máquina trituradora de papel fabricada por el vendedor. La adquisición de la máquina se hizo en la creencia de que su rendimiento era de 15.000 kilos de papel diario cuando, en realidad, era de 8.000. El vendedor proporcionó información defectuosa y el comprador confió en ella. El comprador alegó error y solicitó la anulación del contrato y la indemnización de daños y perjuicios; se le concedieron ambas pretensiones. Sobre lo segundo -la indemnización, que es lo que interesa aquí- observa MORALES MORENO (*El error*, pp. 306-307) que, aparentemente, el vendedor proporcionó información defectuosa sobre la máquina al comprador. Según el autor citado, la acción de responsabilidad puede llegar a ser compatible con la de anulación por error en aquellos casos en que, sin que logre acreditarse dolo de la otra parte se justifique suficientemente que quien padeció el error actuó motivado por la confianza que había provocado en él el destinatario de la declaración.

a. El error

Como resulta suficientemente sabido, los requisitos del error invalidante son la esencialidad y su excusabilidad. Si no satisface cualquiera de ellos el contrato no puede ser declarado nulo por error. De ambos requisitos aquí interesa la excusabilidad; es a propósito de él que se comparan las conductas del *errans* y del destinatario de la declaración.²⁷

Existen abundantes sentencias que declaran inexcusable el error alegado por los compradores de terrenos cuya defectuosa información podría haber sido corregida, simplemente, acudiendo a los registros pertinentes.²⁸ Considerado inexcusable el error, no es posible declarar la anulabilidad del contrato. ¿Qué es lo que determina que el Tribunal Supremo, haya declarado la anulabilidad del contrato en su sentencia de 13 de febrero de 2007?

La segunda STS es de 15 de julio de 1991 (Sala de lo Social, RJ 1991,5989. Pte. Excmo. Sr. D. V. Fuentes López). Se trata, en lo que es de interés aquí, de unos trabajadores a los cuales la empresa les informó de que legalmente debían pasar a la situación de jubilación forzosa. La información no era correcta. El Tribunal Supremo estimó que la solicitud de jubilación de los trabajadores estaba viciada por un engaño que los indujo a error. Dicho de otra manera, se considera que el consentimiento de los trabajadores estaba viciado por error. En opinión del Tribunal Supremo, la anulabilidad por error no obsta a la pretensión indemnizatoria. Así, en el fundamento de derecho quinto se lee que la declaración de nulidad por error es "sin perjuicio de instar por vía de daños y perjuicios el abono de lo que dejaron de percibir desde que se jubilaron hasta que cumplieron la edad referida de sesenta y cuatro años".

A partir de estas dos sentencias es posible aventurar una posible regla, según la cual, al menos en los supuestos en los cuales la conducta de la parte frente a la cual se actúa o ha sido calificada de dolosa y se ha pretendido la existencia de error, es posible exigir, además, una indemnización de daños y perjuicios. O, quizás, la regla pueda ser formulada en términos más amplios: en la medida que culposa o dolosamente, una parte induzca a error a la otra, esta última podrá demandar la indemnización de daños y perjuicios, canalizándola a través de la disciplina del error o del dolo. Esta es, por ejemplo, la posición que adoptan frente al problema los Principios UNIDROIT en su artículo 3.1.8 y los PECL en su artículo 4:117, si un error afecta a uno de los contratantes y el otro lo conocía o debía conocerlo, debe responder.

²⁷ Ver pp. 465-467.

²⁸ *V. gr.*, las SSTS de 12 de julio de 1988 (ver *infra* nota 118), 30 de septiembre de 1999 (ver pp. 449-450), y 17 de noviembre de 2006 (ver *infra* nota 243).

Asumiendo que la información era fácilmente accesible y constaba en registros públicos, la diferencia parece encontrarse en que el vendedor sabía que el terreno no era legalmente edificable y se lo ocultó a las compradoras. Esto es lo que torna irrelevante la supuesta negligencia de las compradoras y, en definitiva, les permite solicitar la anulabilidad del contrato. Es decir, lo que permite a las compradoras demandar con éxito la anulabilidad del contrato por error es la ilicitud de la reticencia del vendedor, o dicho en otras palabras, la infracción del deber de informar por parte del vendedor.

b. El dolo

En su demanda, las compradoras optaron por alegar error para conseguir la ineficacia del segundo contrato de compraventa; sin embargo, también podrían haber acudido a la disciplina del dolo.²⁹ Para advertir la posibilidad de las vendedoras de optar por ambas figuras para canalizar su pretensión, basta considerar que el vendedor, según queda constancia en la STS, conocía el hecho de que el terreno comprado por ellas y por el cual vendieron el suyo no era edificable y, es de suponer, también sabía que doña Sonia y su hermana lo ignoraban y que se trataba de una

²⁹ En el derecho español se acepta que, si concurren los requisitos de ambas figuras, la pretensión de anular el contrato pueda ser indistintamente canalizada a través del error o del dolo. Ver ALBALADEJO, *Derecho civil*, I, p. 611. Se trata de algo así como un "concurso de normas fundamentadoras de una (única) pretensión" (ver PANTALEÓN PRIETO, F., Voz: "Concurso de pretensiones (Dº Civil)", en *E.J.B.*, p. 1320, es decir, existe una pretensión (la anulabilidad) que puede fundamentarse en normas jurídicas que disciplinan figuras diversas.

Es interesante señalar, además, que según algunos autores, ha existido –y existe– una cierta tendencia de los tribunales a reconducir los supuestos de error inducido al ámbito del error. ROJO AJURIA (*El dolo en los contratos*, p. 259) constata en la jurisprudencia menos reciente una "resistencia a calificar como dolo vicio, cuando se puede anular el contrato por error esencial". Por su parte, VERDA Y BEAMONTE ("La reticencia", pp. 33-35) señala que, en ocasiones, los tribunales consideran que una inducción a error es determinada por una omisión ilícita que, sin embargo, no es calificada como dolo. Este último autor advierte además (*Error y responsabilidad en el contrato*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 188) que tanto en la jurisprudencia del Tribunal Supremo como en la de instancia, es posible encontrar una tendencia a reconducir la inducción al error al ámbito del error excusable en detrimento del dolo.

circunstancia determinante de su consentimiento. Pues bien, caracterizada de esta manera la situación, parece posible subsumirla dentro de una figura ampliamente aceptada en el ámbito español: el dolo por omisión.³⁰

Advertido lo anterior, ahora es necesario mostrar la relación que existe entre un deber precontractual de informar atípico y las consecuencias del dolo por omisión. La forma más breve de hacerlo es señalando que sólo cuando se incumple un deber precontractual de informar puede tener lugar el dolo por omisión. Ésta es una opinión que parece ser suficientemente compartida en la mejor doctrina española y comparada sobre el tema. Respecto de los autores españoles, DÍEZ-PICAZO ha señalado que:

“Para decidir si en la pura reticencia o en el puro silencio existe o no dolo, debe valorarse sobre todo hasta qué punto es lícito o ilícito el silencio y hasta qué punto puede ser considerado como maquinación o como artificio. No se trata sólo de que la buena fe imponga el deber de

³⁰ Así, por ejemplo, CASTRO Y BRAVO (*El negocio jurídico*, p. 152) ha señalado que: La doctrina más autorizada afirma que “[e]n el derecho vigente no hay dificultad para atender al dolo por omisión”.

Tempranamente, el dolo por omisión es ilustrado por GARCÍA GOYENA (*Concordancias*, p. 526) a propósito de su comentario sobre el artículo 990 del Proyecto de Código civil (actual 1.266) con el siguiente ejemplo:

“«Yo encargo un cuadro á un pintor mediano, creyéndole un gran pintor que tiene el mismo nombre: el contrato es nulo, porque únicamente me he decidido á él por consideración a la persona. Si pues yo he ofrecido veinte mil francos al artista mediano á quien por error encargué el cuadro, no se los deberé; pero como no debe perjudicarle mi negligencia en tomar informes, habré de pagarle el precio de su cuadro á juicio de peritos.» En todos los casos previstos por el artículo, se supone que las dos partes padecían error: pues si el artista mediano sabia que yo trataba con él creyéndole un gran pintor determinado, habría dolo, y el contrato seria además nulo por esta causa; de consiguiente, no debería yo dar nada al pintor que me engaño”.

En la doctrina más reciente puede consultarse, por ejemplo, COSSIO DEL CORRAL, *El dolo*, p. 191; QUIÑONERO CERVANTES, “El dolo omisivo”, pp. 345-357; MORALES MORENO, “Comentario artículos 1.269 y 1.270”, p. 387 y LACRUZ, *et al.*, *Elementos II-1*, p. 368. Un mayor desarrollo de la complejidad del dolo por reticencia es sugerido por DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos*, I, p. 202, y desarrollado por ROJO AJURIA, *El dolo en los contratos*, pp. 254-295 y VERDA Y BEAMONTE, “El dolo *in contrahendo*”, pp. 43-60.

informar plenamente al otro contratante, pues la simple violación de los deberes precontractuales de buena fe nos sitúa más bien en el terreno de la responsabilidad por culpa *in contrahendo* o en el del error provocado (...) Se trata de saber si, por el conjunto de circunstancias que rodean el contrato, la ocultación merece la consideración de insidia (...).

Lo dicho en las líneas anteriores, parece conducir a la idea de una admisibilidad general del llamado dolo negativo o reticencia. En nuestra opinión una conclusión semejante debe considerarse equivocada. Para decidir en qué casos el dolo negativo puede tener incidencia en la validez del contrato, será menester examinar (...) los deberes precontractuales de información que hubieran existido entre las partes y la violación de tales deberes, de manera que sólo donde existieran tales deberes precontractuales de información y estos hubieran sido incumplidos, el dolo negativo podrá tener lugar.”³¹

³¹ DíEZ-PICAZO, *Fundamentos*, I, p. 202. La idea de que no toda reticencia es dolosa parece, a estas alturas, un lugar común en el derecho español. Así, por ejemplo, ALBALADEJO (*Derecho civil*, I, p. 608) señala que:

“«Palabras o maquinaciones insidiosas», es la expresión que utiliza el artículo 1.269 del C.c., dejando con ello el más amplio margen para englobar en la misma cualquier clase de comportamiento, sea por comisión (positivo) o por omisión (negativo) (...) el simple silencio, para constituir una conducta dolorosa [sic] requiere que exista por la razón que sea, un deber de informar (así, conforme a la buena fe o a las opiniones del tráfico). Además, según la clase de negocio, puede exigirse o n [sic] una mayor franqueza a los sujetos [sic]: mayor, por ejemplo, en contratos como mandato o sociedad; menor, en otros en que la contraposición de intereses justifica una superior reserva, y que el sujeto que desee informarse investigue los datos que le importen: por ejemplo en la compraventa o en el arrendamiento”.

Por su parte ROJO AJURIA (*El dolo en los contratos*, p. 255), comentando el citado pasaje de DíEZ-PICAZO señala que “el problema fundamental y más difícil de resolver es, evidentemente, el de determinar la ilicitud del silencio”.

GÓMEZ CALLE (*Los deberes precontractuales*, p. 41) señala que:

“El *dolo como vicio de la voluntad negocial* que justifica la anulabilidad del contrato (arts. 1269 y 1270.I Cc) presupone la infracción de los deberes información en la fase precontractual”.

Finalmente, VERDA Y BEAMONTE (“El dolo *in contrahendo*”, p. 44) señala que “es comúnmente compartida la idea de que el deber precontractual de información no es absoluto”. La cuestión radica, entonces, en averiguar cuándo la reticencia del destinatario es contraria a la buena fe, y cuándo no.

Por su parte, para el derecho francés FABRE-MAGNAN afirma que: “(...) toute r eticence dolosive correspond   la violation d'une obligation d'information”. Opiniones similares pueden encontrarse en el derecho alem an.³²

3. UNA AFIRMACIÓN QUE DEBE SER MATIZADA

El caso expuesto no sólo permite responder a la pregunta acerca de en qué medida es posible hablar de deberes precontractuales de información atípicos a propósito de la disciplina del error y el dolo. Además, muestra cuáles son los supuestos del error y dolo que deben ser investigados. Tratándose del error, se trata de dos de sus manifestaciones: el error conocido y el error reconocible. En lo que concierne al dolo, se trata del dolo por omisión.

El estudio de estas figuras contribuirá a matizar la afirmación de un sector de la doctrina según la cual, pareciera desprenderse que, tanto a propósito del error como del dolo, el error conocido siempre debe informarse.

Así, por ejemplo, respecto del error LACRUZ *et al.*, estiman que:

“(...) si el error de uno de los contratantes puede ser advertido por el otro, éste tiene que soportar eventualmente la impugnación del contrato por parte del que yerra, puesto que, gracias al error en que se basa la impugnación pudo ser reconocido por él en el momento de contratar, no sufre menoscabo su confianza”.³³

Otros autores señalan que el aprovechamiento del error ajeno es inicuo. Así, DÍEZ-PICAZO y GULLÓN opinan que:

³² Ver por ejemplo VON THUR, *Derecho civil*, p. 544 y LARENZ, *Derecho civil*, p. 545: “solamente puede cometerse un engaño por «ocultación» cuando existiere un deber de comunicación”.

³³ LACRUZ, *et al.*, *Elementos* II-1, p. 365.

“(...) un error inexcusable debe poseer trascendencia anulatoria del negocio cuando, dadas sus circunstancias, fue reconocido o pudo serlo por la otra parte empleando una diligencia normal adecuada a las circunstancias, lo contrario llevaría a la solución inicua de que es lícito aprovecharse del error sufrido por otro”.³⁴

En lo que se refiere al dolo por omisión, la definición de QUIÑONERO CERVANTES de dicha figura como “la abstención o silencio que se aprovecha para provocar el error en la otra parte”³⁵ parece señalar que cualquier abstención o silencio constituye dolo.

Pues bien, aprovecharse de un error, omitiendo informárselo a quien lo padece, puede o no ser jurídicamente reprochable. Lo es cuando se infringe un deber de informar que impone la buena fe, pero, la buena fe no siempre impone deberes de informar. Es necesario evitar respuestas *a priori* y muy generales y, en cambio, ponderar los diversos intereses en juego.

B. EL SUPUESTO DE HECHO DEL DEBER PRECONTRACTUAL DE INFORMAR

He comenzado por las consecuencias del error y el dolo para mostrar en qué medida se puede hablar de deberes precontractuales de informar atípicos a propósito de estas figuras. Una mirada a las consecuencias ha permitido también presentar los supuestos de error y de dolo que interesan a esta investigación. Ahora es útil analizar los elementos que configuran el supuesto de hecho del deber precontractual de informar (es decir, ignorancia, conocimiento y reticencia)³⁶, pero, esta vez, a la luz de la disciplina del error y el dolo.

³⁴ DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, *Sistema de derecho civil*, I, p. 487.

³⁵ QUIÑONERO CERVANTES, “El dolo por omisión”, p. 349.

³⁶ Ver pp. 62-65.

1. LA IGNORANCIA

Para que tenga lugar el supuesto de hecho de un deber precontractual de informar, una parte debe ignorar cierta información. Tratándose de deberes típicos esa información es identificada, con mayor o menor precisión, por el legislador. Cuando se trata de deberes atípicos dicha identificación únicamente es posible prestando atención a las figuras en las cuales se incardinan los deberes atípicos. La pregunta que surge entonces es sobre qué información recaen el error y el dolo en tanto vicios del consentimiento. Teniendo en cuenta que se trata de ámbitos diversos, convendrá tratarlos por separado.

a. El error

En el derecho español la aplicación del error que vicia el consentimiento es restrictiva. Así lo han entendido los tribunales³⁷ y la doctrina.³⁸ DÍEZ-PICAZO presenta acertadamente, a mi juicio, esta idea:

“Lo normal es estar a lo pactado, con todas sus consecuencias favorables o desfavorables y no utilizar la figura del error para lograr una desvinculación del contrato. Cada contratante debe soportar las consecuencias de las equivocaciones que haya podido padecer, salvo los casos en que, excepcionalmente, el ordenamiento jurídico le otorgue alguna suerte de protección”.³⁹

³⁷ Ver, en este sentido, la STS de 4 de diciembre de 1990 (RJ 1990,9546, pte. Excmo. Sr. D. J. Santos Briz FD 2) refiriéndose a la “aplicación restrictiva” del error y citando otras SSTs en igual dirección. Ver, además, MORALES MORENO (“Comentario artículo 1.266”, p. 287) señalando –con abundantes citas de SSTs que: “[e]l Tribunal Supremo considera que la protección de un contratante por el error debe tener un carácter excepcional”.

³⁸ Ver, por ejemplo, MORALES MORENO, *El error*, pp. 218-219 explicando las maneras en que este carácter restrictivo se manifiesta en la jurisprudencia.

De un enfoque de derecho comparado surge la misma conclusión, ver ZWEIGERT y KÖTZ, *An introduction*, p. 424.

³⁹ DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos*, I, p. 209.

Por lo tanto, lo normal es que el error no produzca efectos jurídicos.⁴⁰ En el derecho español –y, en general, en el derecho comparado– existen dos limitaciones a la aplicación del error que garantizan su carácter excepcional: su esencialidad y su excusabilidad. En este momento interesa examinar únicamente el primero de ellos.

(i) Subjetividad y objetividad

Para producir sus efectos jurídicos, el error debe tener una cierta entidad, sobre esto no existe discusión.⁴¹ El problema se encuentra, más bien, en cómo determinar la entidad del error. Dicho de otra manera, la cuestión consiste en acordar la métrica con que se mide la relevancia del error. Y

⁴⁰ Esto explica que, en el derecho español, el error vicio del consentimiento no tenga lugar tratándose de circunstancias extrínsecas. La distinción entre circunstancias intrínsecas y extrínsecas ya ha sido utilizada a propósito de *Laidlaw v. Organ* (ver pp. 32-38), donde el tribunal que resolvió el caso consideró el hecho del alza del bloqueo naval como una circunstancia extrínseca y que, por lo tanto, no debía informarse. La distinción entre circunstancias extrínsecas e intrínsecas no es extraña para el derecho continental. De hecho, fue tempranamente utilizada por POTHIER en su tratamiento del caso del mercader de Rodas (*Traité du contrat de vente*, p. 142) y, en el derecho francés, ha sido actualmente empleada como un criterio para distinguir aquello que se debe informar de aquello que, lícitamente, puede silenciarse. FABRE-MAGNAN (*De l'obligation d'information*, pp. 123-128), por ejemplo, entiende por información intrínseca aquella que recae "sur les caractéristiques propres, matérielles de la chose vendue et, plus largement, sur les caractéristiques des prestations convenues".

En el derecho español la distinción entre ambos tipos de circunstancias ha sido recogida por MORALES MORENO (*El error*, p. 156) a propósito del error, quien, distinguiendo entre errores intrínsecos y extrínsecos, ha explicado la diferencia señalando 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 intereses, 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".

⁴¹ Ver ZWEIGERT y KÖTZ, *An introduction*, p. 411.

éste es un problema cuya solución es compleja porque, como ha sugerido KRAMER, al intentar resolverlo se advierte que los principios fundamentales del derecho son contradictorios.⁴² De una parte es necesario promover la autonomía de la voluntad y una cierta equivalencia de las prestaciones, y estas consideraciones dirigen hacia una concepción amplia del error. De otra parte, sin embargo, es necesario proteger la confianza y tener presente consideraciones de carácter económico, lo que aconseja una concepción más restrictiva de esta figura.

La tensión entre ambas consideraciones se ha plasmado en dos formas de contemplar el carácter esencial del error: objetiva y subjetiva.⁴³

En términos generales, una aproximación subjetiva al carácter esencial del error significa que lo determinante son los criterios de carácter psicológico. El error será esencial en la medida en que tuvo la aptitud suficiente para determinar la voluntad de quien incurrió en él.⁴⁴

Una aproximación objetiva añade a la ecuación factores diversos al efecto del error sobre la voluntad del sujeto. Así, no basta que haya sido determinante, es necesario, además, que concurren otras circunstancias. Un ejemplo de esto es que la cualidad del objeto o de la persona sobre la cual se erró sea considerada determinante según los criterios del tráfico o del propio contrato.⁴⁵

⁴² KRAMER, E., "Mistake", en von Mehren, A. (ed.). *International Encyclopedia of Comparative Law*, vol. VII, *Contracts in General*, parte 2, Mohr Siebeck y Martinus Nijhoff Publishers, Tübingen, 2008, pp. 4-5.

⁴³ Sobre la diferencias entre ambos criterios ver PIETROBON, V., *El error*, p. 477.

⁴⁴ Así no sería esencial el error si conociéndolo la parte que incurrió en él hubiera celebrado de todas formas el mismo contrato. Ver *Ibíd.*, p. 69.

⁴⁵ Un ejemplo bien evidente de esto es el § 119 del BGB, en cuyo texto se lee, en lo que aquí importa:

"Quien al emitir una declaración de voluntad estaba incurrido en un error respecto de su contenido o no quería en absoluto realizar una declaración con ese contenido, puede impugnarla si puede suponerse que, de haber conocido la realidad de los hechos y apreciado razonablemente el caso, no la habría emitido".

En el derecho español algún autor indica que el Tribunal Supremo se ha decantado por el criterio subjetivo "según la importancia que la parte equivocada atribuyó a la circunstancia o elemento defectuosamente conocido".⁴⁶ Desde luego es correcto afirmar que el TS exige que el error haya determinado la voluntad de quien lo comete, pero, no todo error que determina la voluntad es esencial. CASTRO Y BRAVO señaló que el dato sobre el cual recaía el error debía poder ser considerado como "base del negocio."⁴⁷ Algunas décadas más tarde, MORALES MORENO mostró que esta opinión era compartida por las sentencias del Tribunal Supremo.⁴⁸

(ii) *La opinión del Tribunal Supremo*

A través del examen de una serie de sentencias del Tribunal Supremo, que van desde 1918 hasta 1982, MORALES MORENO muestra que, en opinión del Tribunal Supremo, no es suficiente que el error haya sido determinante de la voluntad de quien ahora lo alega.⁴⁹ Sino que, empleando las expresiones de algunas de las sentencias del Tribunal Supremo que el autor cita, además, es necesario que se relacione con el "fin perseguido conjuntamente por las partes"; o bien, que el error recaiga sobre aquello que es "base, materia y motivo a un mismo tiempo para celebrar el contrato"; o que para apreciar el error debe atenderse a

El error entonces debe haber sido determinante de la voluntad de quien lo padeció. Sin embargo, eso no es suficiente; es necesario, además, que lo sea de una persona razonable. Comentando esta disposición FLUME (*El negocio jurídico*, p. 501) cita el Protocolo del BGB donde, al respecto, se lee:

"El Derecho no puede garantizar la protección de desvaríos meramente subjetivos del que yerra, cuya reclamación en perjuicio de la otra parte no pocas veces es inmoral, sino sólo el interés razonable de quien incurre en error".

⁴⁶ ALONSO PÉREZ, en notas a PIETROBON, *El error*, p. 503. Con todo, el mismo autor advierte que será frecuente que exista coincidencia entre aquello que en el tráfico económico-jurídico se considera determinante y lo que la persona que erró consideró, en su caso particular, relevante.

⁴⁷ CASTRO Y BRAVO, *El negocio jurídico*, p. 111.

⁴⁸ MORALES MORENO, *El error*, pp. 197-199.

⁴⁹ *Ibíd.*, p. 199.

las “expresiones de los otorgantes sobre lo que constituye la finalidad del negocio”.

Una mirada a algunas sentencias posteriores muestra que este criterio parece haberse mantenido.

- La STS de 14 de febrero de 1994⁵⁰ señala que para que el error a que se refiere el párrafo primero del artículo 1.266 CC pueda determinar la invalidez del respectivo contrato debe reunir dos requisitos: esencialidad y excusabilidad. En lo que interesa aquí:

“que sea esencial, es decir que (en una de las dos manifestaciones de esa esencialidad del error, aparte del que recae sobre la propia sustancia contractual) la cosa objeto del contrato no tenga alguna de las condiciones que se le atribuyen y aquella que carece sea, precisamente, la que, de manera primordial y básica, atendida la finalidad de dicho contrato, motivó la celebración del mismo”.

- La STS de 6 de noviembre de 1996⁵¹ se refiere a “las cualidades o condiciones que concurren en la cosa vendida, y si estas condiciones fueron tenidas como integrando la causa del contrato, o afectan la sustancia de la cosa”.

-Las SSTs de 12 de julio de 2002⁵², de 12 de noviembre de 2004⁵³, y de 17 de julio de 2006⁵⁴ indican que para que el error sea esencial, éste debe recaer sobre alguna de las cualidades que se atribuyen a la cosa, que en forma determinante hubiera motivado la celebración del contrato, atendida la finalidad de éste. Como se lee en la última de las sentencias citadas, se satisfará el carácter esencial del error como requisito para reconocerle la aptitud de invalidar el negocio cuando:

⁵⁰ RJ 1994,1469. Pte. Excmo. Sr. D. F. Morales Morales, FD 7.

⁵¹ RJ 1996,7912. Pte. Excmo. Sr. D. G. Burgos Pérez de Andrade, FD 2.

⁵² RJ 2002,7145. Pte. Excmo. Sr. D. A. Romero Lorenzo, FD 6.

⁵³ RJ 2004,6900. Pte. Excmo. Sr. D. P. González Poveda, FD 2.

⁵⁴ RJ 2006,829. Pte. Excmo. Sr. D. I. Sierra Gil de la Cuesta, FD 1.

“recaiga sobre las condiciones de la cosa que principalmente hubieran dado motivo a la celebración del contrato o, en otros términos, que la cosa carezca de alguna de las condiciones que se le atribuyen y precisamente de la que de manera primordial y básica motivó la celebración del negocio atendida la finalidad de éste”.

No basta entonces que el error haya determinado la voluntad de quien incurrió en él. Es necesario además establecer cómo repercutió sobre la “finalidad” del contrato o bien, en otras palabras, determinar si las condiciones sobre las cuales recayó el error integraban la “causa” del contrato.

Advertido esto, es necesario detenerse sobre la finalidad y la causa y aclarar el sentido en que emplea el Tribunal Supremo dichos términos.

Dice CASTRO Y BRAVO:

“No se atiende al error que aisladamente haya podido sufrir quien haga la oferta o la aceptación, ni la importancia que tenga para uno u otro; sólo se considera el que da motivo y en cuanto dio motivo para celebrar el *contrato*, es decir el que sea causa principal *del mismo*. Por ello, no será relevante lo que crea, sienta o desee cada uno de los contratantes, sino la conducta expresiva de ambos sobre lo que constituye la *finalidad del contrato* y así, por tanto, también la conducta de “quienes producen el error” (art. 1.302 i.f.). Podrá alegarse el error para impugnar el negocio cuando sea: sobre aquello con cuya existencia o inexistencia había de contarse y era considerado causa principal para contratar, por lo que así ha de considerarse motivo del mismo contrato”.⁵⁵

Para comprender este párrafo es necesario advertir que CASTRO Y BRAVO utiliza la idea de causa para limitar el alcance del error. Según este enfoque, la “causa” debe entenderse como “causa concreta”, es decir, como el resultado práctico o social para el que aparece utilizado el contrato.⁵⁶ Este resultado, advierte MORALES MORENO, no se limita

⁵⁵ CASTRO Y BRAVO, *El negocio jurídico*, p. 110.

⁵⁶ *Ibíd.*, pp. 228-229.

únicamente a las “transformaciones jurídicas que debe producir el negocio”, sino que, además:

“Penetra en todo aquello que se ha puesto en juego en el funcionamiento de la autonomía de la voluntad, y así llega a abarcar las presuposiciones básicas que se han tomado en cuenta al celebrar el negocio”.⁵⁷

El límite que plantean expresiones como “causa” o “finalidad” del contrato en el sentido en el que las emplea el Tribunal Supremo consiste en que el error invalidante del negocio únicamente puede recaer sobre aquello que se encuentra incorporado en el contrato con carácter determinante⁵⁸, ya sea directamente en su contenido normativo o como un motivo que se incorpora al negocio como presuposición.⁵⁹ Un ejemplo contribuirá a explicar esto. El primero de ellos se refiere a los hechos que originaron la STS de 12 de febrero de 1979.⁶⁰ La Sociedad General de Hules S.A., vende a la entidad demandante diversas partidas del género que ésta le había solicitado. El motivo por el cual la demandante adquirió las partidas de hule era para confeccionar lanchas inflables; sin embargo, el material no era apto para este fin. Frente a la alegación de error por parte de la compradora, el Tribunal Supremo determinó que este destino –la confección de lanchas inflables- había sido establecido individualmente por el comprador y no se había incorporado al contrato. Por lo tanto, el error del comprador no invalida el contrato.

⁵⁷ MORALES MORENO, A.M., “El «propósito práctico», y la idea de negocio jurídico en Federico de Castro”, en Id., *La modernización del derecho de obligaciones*, Thomson Civitas, Madrid, 2006, p. 331.

⁵⁸ Sobre esto conviene precisar que no necesariamente todo aquello que se encuentra incorporado en el contrato es determinante de la voluntad de las partes.

⁵⁹ Esta terminología está tomada de MORALES MORENO (*El error*, pp. 199-202). El contenido normativo es la regla contractual; motivos son las apreciaciones subjetivas de cada uno de los contratantes que los inducen a celebrar el contrato; finalmente, presuposiciones son aquellos motivos que se incorporan al contrato adquiriendo, de esta manera, relevancia en la forma en que el contrato organiza los intereses de las partes.

⁶⁰ RJ 1979,439. Pte. Excmo. Sr. D. A. Fernández Rodríguez.

(iii) *El contenido del contrato*

El ejemplo anterior muestra que aquello sobre lo que recae el error es lo que, de alguna manera, ha quedado incorporado al contrato.⁶¹ Al comprender esto se gana claridad sobre qué información es la que se debe suministrar: aquella que se refiere a lo incorporado al contrato. Así, por ejemplo, que un local comercial no puede ser destinado a supermercado⁶² o que la finca vendida se encuentra incluida en un Plan Parcial de Urbanización con destino de Centro de Enseñanza General Básica.⁶³

b. El dolo

El dolo es un vicio del consentimiento diverso del error. Conceptualmente, esto no admite discusión en el derecho español⁶⁴, ni tampoco en el derecho comparado.⁶⁵ Sin perjuicio de lo anterior, como se verá posteriormente⁶⁶, una comprensión del error que ponga atención a la conducta de ambas partes, en particular cuando se considera intersubjetivamente el juicio de excusabilidad⁶⁷, aproxima notablemente ambas figuras.⁶⁸

⁶¹ Este ejemplo muestra, además, la evidente superposición entre error e incumplimiento.

⁶² Ver p. 404.

⁶³ Ver STS de 1 de octubre de 1986, *supra* nota 120, p. 130.

⁶⁴ Para advertir esto, como sugiere ROJO AJURIA (*El dolo en los contratos*, p. 206) "basta releer los artículos 1.266, 1.269 y 1.270 CC". Ver, además, DíEZ-PICAZO, *Fundamentos*, I, p. 200.

⁶⁵ Ver PROBST, "Deception", p. 68.

⁶⁶ Ver p. 463.

⁶⁷ Vuelvo sobre esto más adelante, ver p. 467.

⁶⁸ Ver ROJO AJURIA, *El dolo en los contratos*, pp. 208-211.

Por otra parte, ya se ha dicho, si el dolo determina un error esencial en la víctima, ésta podrá elegir entre acudir a las acciones propias del error o a las de dolo.

Existe, sin embargo, un aspecto en el que la diferencia entre el error y el dolo sigue siendo relevante. Como ya se ha visto, tratándose del error existen severas limitaciones respecto a sobre qué puede recaer. En el dolo estas limitaciones se desvanecen. Esto es lo que permite a LACRUZ *et al* señalar que:

“Es de notar que el dolo determinante o grave produce la nulidad del contrato cuando provoca cualquier error que induce a contratar. El ordenamiento no exige, en efecto, ninguna cualificación del error, aparte de ser determinante de la contratación, esto es, la de ser esencial como consentimiento, por lo que el error provocado puede ser de cualquier tipo”.⁶⁹

Esto significa que si a través del dolo se alega la infracción del deber de informar, en principio, cualquier información puede ser objeto de dicho deber.

*

Tratándose del error es información relevante toda aquella que, de alguna manera, ha quedado incorporada al contrato. En el caso del dolo, el ámbito se amplía, junto a las presuposiciones del contrato puede sumarse cualquier otro tipo de información en la medida en que haya determinado al *deceptus* a contratar. Aunque volveré sobre ello con más

⁶⁹ LACRUZ *et al.*, *Elementos* II-1, p. 368. COSSÍO Y CORRAL (*El dolo*, p. 187) ilustra esto con el error en los motivos, y estima que, en la medida que dicho error sea inducido dolosamente, es suficiente para solicitar la anulabilidad del contrato. Ver también MORALES MORENO (“Comentario artículos 1.269 y 1.270”, p. 415) señalando que:

“La existencia de dolo permite extender el círculo de cualidades tomadas en consideración a la hora de ofrecer protección al que padece el vicio del consentimiento. En el error el criterio es el de la incorporación al contrato. En el dolo, el criterio es el de la materia del propio engaño”.

detalle⁷⁰, me interesa, desde ya, evitar un posible malentendido: del hecho de que la información sea relevante no se sigue, necesariamente, que ésta se deba suministrar. La relevancia no basta. Además, es necesario determinar si la buena fe exige la entrega de dicha información.⁷¹

2. EL CONOCIMIENTO

A propósito del conocimiento, es necesario detenerse en dos cuestiones diversas. La primera de ellas es sobre qué recae dicho conocimiento. La segunda cuestión es la reconocibilidad del error.

a. La materia del conocimiento

En el caso resuelto por la STS de 13 de febrero de 2007⁷² lo determinante para el Tribunal Supremo parece ser que el vendedor conocía circunstancias que las compradoras ignoran y que, de haber conocido, las hubiera determinado a no celebrar el contrato que pretenden anular. Si se mira con atención la sentencia, se advierte que, al pronunciarse sobre la inexcusabilidad del error alegado por las compradoras, el tribunal reprocha al vendedor que “oculta conscientemente la inhabilidad del objeto del contrato” (el chalet vivienda ilegal). De esta afirmación se desprende que lo determinante, en términos de deber de informar, no es sólo que el vendedor conozca información relevante para las compradoras que éstas desconocen, sino que, además, es necesario que el vendedor sepa que las compradoras

⁷⁰ Ver pp. 443-554.

⁷¹ En este sentido, la relevancia de la información es más bien una condición que debe satisfacerse para preguntarse si la buena fe exige o no el suministro de dicha información.

⁷² Ver *supra* nota 25.

ignoran dicha información y tenga noticia de la relevancia que tiene para éstas.

b. La reconocibilidad del error

En esta investigación sólo interesan dos supuestos de error: aquellos que involucran un error conocido por la otra parte y, marginalmente, aquellos de error reconocible.

La cuestión acerca de si se debe o no suministrar cierta información se presenta no sólo tratándose de información que una parte ignore y otra conozca, sino, además, respecto de información que no puede ser ignorada por aquella parte que debe suministrarla. Este es el ámbito de la reconocibilidad del error. Para examinarlo será conveniente detenerse sobre tres aspectos distintos. El primero de ellos es qué se entiende en el derecho español por reconocibilidad. El segundo aspecto es cómo se valora el comportamiento del destinatario de la declaración negocial. Finalmente, el tercer aspecto, consiste en dilucidar qué sucede si tanto el *errans* como el destinatario de la declaración se comportan en forma negligente.

(i) El significado de la reconocibilidad en el derecho español

Existen, al menos, dos formas de concebir la reconocibilidad. La primera de ellas la ofrece el Código civil italiano donde no se presta atención a la posibilidad que haya tenido un contratante de reconocer el error en que incurre la parte contraria, sino a la posibilidad que un tercero, actuando con normal diligencia, hubiese tenido de hacerlo. El

juicio de reconocibilidad del error no es, entonces, concreto, sino abstracto.⁷³

La segunda forma de enfrentar la cuestión de la diligencia del destinatario de la declaración consiste en apreciar en concreto la posibilidad que tuvo ésta de reconocer el error de la otra parte a través de un juicio de culpa similar al que se practica sobre el *errans* para determinar si se comportó diligentemente o no.

⁷³ El artículo 1.428 del Código civil italiano establece como requisito del error invalidante su reconocibilidad. Por su parte, el artículo 1.431 de dicho Código dispone que:

“L'errore si considera riconoscibile quando, in relazione al contenuto, alle circostanze del contratto ovvero alla qualità dei contraenti, una persona di normale diligenza (1176) avrebbe potuto rilevarlo.”

La doctrina más autorizada parece haber entendido que este artículo se refiere a una consideración de la diligencia en términos abstractos, es decir, que para determinar si el error era o no reconocible se debe considerar si, teniendo en cuenta las circunstancias del contrato o las cualidades de los contratantes, una persona de normal diligencia (no el destinatario de la declaración específicamente) hubiera podido conocerlo. Ver PIETROBON, V., *Errore, volontà e affidamento nel negozio giuridico*, Cedam, Padua, 1990, pp. 207-208.

Esta forma de entender la reconocibilidad es perfectamente adecuada para un derecho como el italiano que, en este tema, no se preocupa por la autorresponsabilidad de las partes, sino por la protección de la confianza, pero, no la del destinatario de la declaración, sino en clave de la seguridad del tráfico jurídico.

Es importante advertir que al considerar las cosas de esta manera la autorresponsabilidad, en tanto limitante de la eficacia anulatoria del error, cede su puesto a la protección de la confianza del destinatario de la declaración (Ver GRISSI, *L'obbligo precontrattuale*, p. 315 y LECCESE, E., “L'errore”, en Cendon, P. (dir.), *Il diritto privato nella giurisprudenza. I Contratti in generale*, t. IX, *Errore. Violenza. Dolo. Azione di annullamento*, UTET, Turín, 2002, pp. 85-96). Se afirma que la regla así concebida implica una objetivación del negocio jurídico (GRISSI, *L'obbligo precontrattuale*, p. 315) y esto porque de una parte la culpa o no de quien comete el error es irrelevante –la excusabilidad del *errans* no desempeña papel alguno– y, de otra no es relevante si el error era reconocible *in concreto* por el destinatario de la declaración, sino más bien si una persona de normal diligencia lo hubiera reconocido. Sobre esto último puede consultarse CARIOTA FERRARA, *El negocio jurídico*, p. 483; GALGANO, *El negocio jurídico*, p. 302. La misma posición en VERDA Y BEAMONTE, *Error y responsabilidad*, p. 125. Para una exposición del estado de la cuestión en el derecho italiano puede consultarse LECCESE, “L'errore”, pp. 119-127, explicando tres posiciones, la abstracta –que prescinde de un juicio de culpa al destinatario de la declaración–, la concreta –que valora la diligencia del destinatario–, y la objetiva ponderada –que valora comparativamente la conducta de ambos sujetos.

Esta última parece ser la forma en que la doctrina española ha entendido la reconocibilidad en el derecho español.⁷⁴ Así, por ejemplo, MORALES MORENO señala que:

“La apreciación del carácter reconocible del error no deja de tener sentido en nuestro ordenamiento, aunque no haga regla absoluta, del postulado de la protección de la confianza; pero en él tiene un significado peculiar. Adquiere sentido en la medida en que la estimación del error implica una valoración ético jurídica de la conducta de ambos contratantes. Así como la «excusabilidad» (entendida en sentido estricto) implica una valoración de la conducta de la parte que ha padecido el error, la cognoscibilidad corresponde a una valoración de la conducta del otro contratante”.⁷⁵

(ii) *La valoración de la conducta del destinatario de la declaración*

En este momento es necesario plantear qué nivel de diligencia es exigible al destinatario de la declaración para reconocer el error de la otra parte.

Desde luego, parece evidente que el grado de diligencia que se exige al destinatario de la declaración para descubrir el error del que la emite no es el mismo que se impone al *errans* para evitar dicho error.⁷⁶ Es más o menos obvio que si se considera al contrato como una institución

⁷⁴ Para una persuasiva argumentación acerca de por qué en el derecho español no puede utilizarse la reconocibilidad en abstracto, a la manera del Código civil italiano, puede consultarse VERDA Y BEAMONTE (*Error y responsabilidad*, pp. 115-127) quien muestra que dicha forma de comprender la reconocibilidad es incompatible con la excusabilidad en cuanto requisito del error.

⁷⁵ MORALES MORENO, *El error*, p. 233.

⁷⁶ VERDA Y BEAMONTE, *Error y responsabilidad*, p. 133, considera que para determinar si el error era o no reconocible deben utilizarse los mismos factores empleados para calibrar su excusabilidad.

A mi juicio, no está claro si de ahí se sigue que debería exigírseles el mismo grado de diligencia, o bien si para determinar diversos grados de diligencia –el del *errans* para evitar el error y el del destinatario para reconocerlo– se acude a los mismos factores.

caracterizada por intereses contrapuestos⁷⁷, resulta absurdo exigir a una parte que cuide los intereses de la otra como si fueran los suyos propios. El principio de la autorresponsabilidad exige que cada uno se comporte con una diligencia media, según las circunstancias, para evitar su propio error. El principio de buena fe sólo demanda no incurrir en una negligencia grosera o culpa lata al no detectar el error de la otra parte, pero no va, ni debe ir más lejos.⁷⁸ En otras palabras, al destinatario de la declaración no se le exige un deber de informarse para informar, sino más bien, un deber de conocer aquellos errores que, salvo culpa lata o grosera, no hubiera podido ignorar.⁷⁹

(iii) La comparación de las conductas

¿Qué sucede si tanto el *errans* como el destinatario de la declaración se comportan negligentemente? Frente a esta pregunta, VERDA Y BEAMONTE señala que:

“En el ámbito del juicio de validez comercial, la prueba de que el destinatario no empleó una diligencia ordinaria en orden al descubrimiento del error es suficiente para afirmar la excusabilidad de aquel. Tal dato permite considerar que la declaración no suscitó en él una confianza razonable en la validez del contrato y, por ende, que su

⁷⁷ Ver pp. 361-363.

⁷⁸ Esto es evidente en el tratamiento que prodigan los PECL al error reconocible. Cuando el artículo 4:103 (1) (b) utiliza la expresión “ought to have known” para referirse al destinatario de la declaración que debió haber conocido el error no significa que exista un deber de investigar la posibilidad de que la otra parte cometa un error, sino que el error debió haber sido conocido porque era obvio (ver Comentario E, artículo 4:103 PECL). Lo mismo sucede en el § 871 1 del ABGB en el que se dispone que el error debe haber sido evidente para el destinatario considerando todas las circunstancias. Sobre esto ver LURGER, B. y THUNHART, R., “Austrian Report, Unexpected Consequences”, en *The Common Core of European Private Law. Unexpected circumstances in Contract Law*, General Reporter: E. Hondius/H.-Ch. Grigoleit, pp. 3-4, disponible en www.unexpected-circumstances.org/trento-oesterreich-finalversion.doc (visitado el 22/10/2008).

⁷⁹ Ver nota 76, p. 111. Esta es la solución del art. 35.3 CISG..

interés en la conservación del negocio no ha de considerarse digno de protección".⁸⁰

Se trata de un argumento sugerente, pero que, desde mi punto de vista, precisa de algún matiz. En primer lugar, lo que parece seguirse de la opinión transcrita es que es suficiente con que no exista una confianza que proteger para desplazar la protección del ordenamiento jurídico a quien, negligentemente, cometió el error, permitiéndole privar de efecto al contrato. Sin embargo, como se ha visto, en el ámbito español suele concedérsele importancia a la autorresponsabilidad⁸¹, una importancia que, me parece, aquí no se refleja. En segundo lugar, si ni quien cometió el error ni quien no lo informó negligentemente son dignos de tutela ¿por qué resolver el problema a través de la invalidez del contrato? Pareciera que, en una situación como ésta, la respuesta debiera ser la contraria: mantener su validez. Esto por dos razones. La primera es por el principio de conservación del negocio jurídico, una de las manifestaciones del *favor negotii*, que, desde luego, no es desconocida tratándose del error.⁸² La segunda razón –que es una consecuencia de la primera– es el carácter excepcional del error.⁸³ De esta manera, tomando en cuenta el principio de conservación del contrato, parece más adecuada una solución al problema como la prodigada por el artículo 4:103 de los PECL donde, para reconocer trascendencia anulatoria al error, se exige que éste sea o haya podido ser conocido, pero no se permite alegarlo a quien lo haya padecido inexcusablemente.

⁸⁰ VERDA Y BEAMONTE, *Error y responsabilidad*, p. 136.

⁸¹ Ver pp. 364-367.

⁸² Ver STS de 27 de abril de 1989, RJ 1989, 3270. Pte., Excmo. Sr. D. A. Carretero Pérez. FD 4.

⁸³ Así lo ha entendido el Tribunal Supremo cuando advierte que la aplicación del error es restrictiva. Ver pp. 419-420.

3. LA RETICENCIA Y SUS MANIFESTACIONES

Hasta el momento, he utilizado la expresión "reticencia", las más de las veces, como sinónimo de abstención o silencio. Sin embargo, el silencio es únicamente una de las especies de reticencia.⁸⁴ Existen otros supuestos de reticencia en las que la abstención se mezcla con acciones.⁸⁵ Así, por ejemplo, en los vicios redhibitorios, se ha puesto de manifiesto que no manifestar los vicios ocultos comprende conductas como las declaraciones inexactas acerca del estado de la cosa, las maniobras tendentes a la ocultación de sus defectos y las declaraciones sobre la carencia de defectos de la cosa.⁸⁶ Igualmente, en el derecho inglés, se ha señalado que, un tipo de *misrepresentation* son "las medias verdades", en las que se informa algo que, en abstracto, es verdadero, pero que induce a una representación errónea y no se suministra la información que corrige dicha representación.⁸⁷

A continuación mostraré, de una parte, que, tratándose del error y el dolo, también es frecuente que se mezclen conductas que consisten en acciones y en abstenciones y, de otra, la importancia de distinguir unas y otras a efectos del deber precontractual de informar.

⁸⁴ Según el Diccionario de la Real Academia Española, la primera acepción de reticencia es:

"Efecto de no decir sino en parte, o de dar a entender claramente, y de ordinario con malicia, que se oculta o se calla algo que debiera o pudiera decirse".

⁸⁵ Así, por ejemplo LACRUZ, *et al.* (*Elementos* II-1, p. 366) entienden, a propósito del dolo, por reticencia:

"las medias palabras, las afirmaciones inconcretas o inconcluyentes y las informaciones imprecisas o incompletas, pueden considerarse en ocasiones, como maquinación dolosa".

⁸⁶ Ver pp. 114-115.

⁸⁷ Ver pp. 269-271.

a. La reticencia, acciones y abstenciones

(i) El error

La STS de 22 de mayo de 2006⁸⁸ conoce del caso de un préstamo de dinero garantizado con una hipoteca sobre unas fincas. El deudor fue incapaz de pagar la totalidad del crédito y ambas partes acordaron la adjudicación al acreedor de las fincas hipotecadas en calidad de dación en pago. Sin embargo, con anterioridad a la dación en pago, las fincas habían sido embargadas por un tercero, situación que el deudor no comunicó al acreedor.

El acreedor alegó que la dación en pago se encontraba viciada por un error que consistía en su desconocimiento del embargo que recaía sobre las fincas objeto del contrato. El Tribunal Supremo decidió que se trataba de un error esencial y excusable. Señaló, además, que el demandado tenía el deber de informar al acreedor la existencia de dichos embargos. Pues bien, lo que existió allí fue, simplemente, una omisión del demandado, consistente en no informar la existencia de los embargos. En otras palabras, el demandado no colaboró a deshacer el error del acreedor.

En otras sentencias, sin embargo, la abstención –el no informar– se encuentra mezclada con acciones que provocan el error. En la STS de 3 de junio de 2003⁸⁹ se resolvió que los vendedores debían informar a los compradores de la imposibilidad legal de destinar a vivienda el trastero que estaban adquiriendo. Sin embargo, junto a esta omisión consistente en no suministrar la información debida, el Tribunal consideró que existían otras circunstancias. Así, por ejemplo, el hecho de que uno de los empleados de la inmobiliaria que intervino en la operación les hubiera señalado a los compradores que el carácter de trastero del inmueble sólo

⁸⁸ RJ 2006,3280. Pte. Excmo. Sr. D. A. Salas Carceller.

⁸⁹ Ver *supra* nota 18.

suponía ventajas en orden a la contribución urbana y que los trámites para obtener la cédula de habitabilidad eran sencillos y baratos.

Por su parte, la STS de 13 de febrero de 2007⁹⁰ aprecia como excusable el error de la compradora, que ignoraba las limitaciones urbanísticas del terreno adquirido. El vendedor –conocedor de ellas- no le informó, pero, además, calificó en el contrato como “vivienda-chalet” una edificación existente en el terreno.

La peculiaridad de estos dos últimos casos respecto de los anteriores es que no sólo existe una omisión consistente en no suministrar información, sino que, además, existen acciones que se vinculan directamente al error en términos que las mismas provocaron la falsa concepción de la realidad que luego se alega como error.

(ii) El dolo

- La STS de 26 de octubre de 1981, sobre cuyos hechos volveré más adelante a propósito de la relación entre inexcusabilidad y dolo⁹¹, se refiere a la reticencia dolosa de la sociedad vendedora, en cuanto ésta sabía que un terreno que figuraba en la escritura pública como de su propiedad no lo era.

- La STS de 30 de julio de 2000⁹² conoce de un caso de compraventa de acciones de una sociedad. En el contrato se señalaba que la sociedad transmitida “cuenta con todas las facultades, licencias, permisos, autorizaciones (de índole gubernativa y de otro tipo), necesarios para poseer y explotar su patrimonio y para desarrollar sus negocios y actividades, tal y como lo viene haciendo hasta ahora”. Sin embargo, la sociedad carecía de una licencia de apertura porque le fue denegada. El

⁹⁰ Ver *supra* nota 25.

⁹¹ RJ 1981,4004. Pte. Excmo. Sr. D. C. de la Vega Benayas.

⁹² RJ 2000, 6747. Pte. Excmo. Sr. D. A. Villagómez Rodil.

Tribunal Supremo considera que el vendedor ocultó deliberadamente la denegación de la licencia.

- La STS de 17 de enero de 2005⁹³ decide que existe reticencia dolosa en un contrato de crédito para adquirir acciones de la entidad bancaria que concedió el préstamo en la medida en que dicha entidad ocultó al adquirente la verdadera situación por la que pasaba el Banco y los riesgos que se asumía con la adquisición de las acciones y la deuda inherente a ella. La sentencia señala, además, en su fundamento de derecho primero, que en el momento de la concesión del crédito y de la adquisición de las acciones, "la contabilidad del Banco no representaba una imagen fiel y real de la situación económica patrimonial."

- La STS de 11 de diciembre de 2006⁹⁴ estima que el error del comprador fue determinado por una reticencia dolosa del vendedor, consistente en que este último no puso en su conocimiento la realidad del debate litigioso que mantenía con una inmobiliaria sobre la propiedad objeto del contrato de compraventa.⁹⁵ A esta abstención se suman una serie de circunstancias que, en opinión del Tribunal Supremo, justificaron la confianza del comprador. Entre ellas, destaca la existencia de un documento privado en el que la inmobiliaria vendía la propiedad al vendedor, el hecho de que el vendedor ocupaba el inmueble y le hizo entrega físicamente al comprador de él y de que existía una relación de amistad entre ellos.

Como sucede con el error, lo que muestran los casos mencionados es que resulta frecuente que la falta de entrega de información que se califica como reticencia dolosa se mezcle con acciones. Así, por ejemplo, en la STS de 26 de octubre no sólo se calla que un terreno que figuraba en la escritura a nombre de la vendedora no era de ella, sino que se suministra al comprador una escritura que lo induce a error; en el caso de la STS de

⁹³ RJ 2005,517. Pte. Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz.

⁹⁴ RJ 2006,9893. Pte. Excmo. Sr. D. J. Corbal Fernández.

⁹⁵ Vuelvo sobre una relación más detallada de los hechos, ver pp. 459-460.

30 de julio de 2000, no sólo se deja de informar la falta de licencia de apertura, sino que, además, se afirma que la sociedad cuenta con todas las licencias; en la STS de 17 de enero de 2005 no es solamente que el Banco omite informar su verdadera situación financiera, sino que la contabilidad que presenta muestra una situación diversa; finalmente, tratándose de la STS de 11 de diciembre de 2006, no es sólo que no se informe de la naturaleza del litigio, sino que se incurre en una serie de acciones para ocultarla.

b. La importancia de la distinción entre acciones y abstenciones

En el error y el dolo, tanto los tribunales como los autores se refieren al deber de informar en dos supuestos distintos. El primero de ellos tiene lugar cuando durante la negociación de un contrato no se suministra cierta información que debió proporcionarse. El segundo supuesto se presenta, según se ha mostrado, cuando, además de la omisión consistente en no suministrar la información debida, existen ciertas acciones que contribuyen a explicar el falso concepto de la realidad que se formó una de las partes.

Distinguir entre aquellos supuestos en los que únicamente existe una omisión de aquellos en que, además, se entremezclan acciones tiene alguna importancia que conviene subrayar aquí.

(i) Abstenciones y omisiones

En sentido técnico, no cualquier abstención es una omisión. En el tema que interesa aquí, para que una abstención se transforme en omisión es necesaria la existencia de un deber de informar.

Si únicamente ha existido una falta de entrega de información, por ejemplo, se ha dejado de informar que el terreno vendido no es legalmente edificable, no es posible vincular causalmente la abstención –

es decir la falta de entrega de información- al error que padece el comprador. El silencio no está causalmente conectado al error padecido por el comprador. No fue el vendedor quien provocó el error del comprador con su silencio. Lo que sucedió fue una cosa distinta: el vendedor no colaboró en deshacer el error. Lo que se puede imputar al vendedor, entonces, no es haber provocado el error, sino no haber actuado para deshacerlo.⁹⁶ Pero, el éxito de esa imputación precisa poder justificar previamente que el vendedor *debía* actuar de esa manera, es decir que existía un deber de informar que le exigía suministrar al comprador los datos necesarios para sacarlo de su error. Esto explica que, tratándose del dolo por omisión, los tribunales hayan señalado de forma tan persistente que existe reticencia dolosa cuando se calla o no se advierte a la otra parte en contra del deber de informar que exige la buena fe.⁹⁷

⁹⁶ Esta diferencia queda bien expresada, a propósito del error, en un planteamiento de MORALES MORENO sobre la imputación del error al destinatario de la declaración (*El error*, p. 226). Señala el autor que el error que padece una de las dos partes puede imputarse a la otra por dos tipos de razones:

“1) Porque él lo ha provocado, aunque sea sin culpa. Provocar el error significa suscitar en el otro contratante la confianza que ha determinado el error, sin que sea necesario que su conducta haya sido dolosa o negligente.

2) Porque no ha colaborado como debiera en deshacer el error que padece el cocontratante”.

Afirma el autor (*Ibíd.*, p. 227) que: “[p]rovocar el error significa suscitar confianza justificada, que determina una falsa representación de los hechos a los que el error se refiere. La provocación del error puede deberse a un comportamiento de la otra parte doloso, culpable o no constitutivo de dolo ni culpa.

Por su parte, la falta de colaboración tiene lugar cuando una de las partes conoce o debió haber conocido el error en que incurre la otra parte y no se lo comunica. Comprende, entonces, tanto el error conocido como el error reconocible (DE VERDA Y BEAMONTE, *Error y responsabilidad*, pp. 77-140). La pregunta que se plantea en ambos tipos de error es si el destinatario de la declaración debe o no colaborar en deshacer dicho error o, expresado en otros términos, si debe o no informarle acerca del error.

⁹⁷ Ver pp. 352-354.

(ii) *Acciones y abstenciones*

Las cosas son distintas cuando la abstención se entrelaza con acciones. La razón es que en esos supuestos el error puede vincularse directamente a las acciones de quien luego se mantiene en silencio. Así sucede, por ejemplo, en el caso del "trastero" ya mencionado⁹⁸, en el cual a los compradores se les informó que el carácter de trastero era una ventaja en términos de contribución urbana, pero no se les comunicó que era legalmente inhabitable. Igualmente sucede cuando, en un contrato, se califica una edificación ilegal como "chalet vivienda."⁹⁹ En estos dos casos, a los vendedores se les puede imputar no sólo no haber deshecho el error de los compradores, sino que, además, se les puede reprochar haberlo provocado.

En ambas hipótesis, la misma parte que se mantiene en silencio incurrió también en algún tipo de acción que provocó el error de la otra. Por esta razón, no es necesario escudriñar las exigencias de la buena fe o las exigencias del tráfico para determinar si existía o no un deber de informar. Existe una acción que provoca una apariencia errónea en la cual la otra parte puede, razonablemente, confiar. Esto explica que sea deber de quien ha provocado la apariencia, deshacerla.¹⁰⁰

Desde luego, la distinción entre acción y omisión puede ser extremadamente sutil. Así, por ejemplo, PROBST distingue entre dos especies de silencio: al primero puede denominársele silencio puro (*mere*

⁹⁸ Ver p. 404.

⁹⁹ Ver pp. 410-411.

¹⁰⁰ Estas consideraciones no son extrañas a la doctrina española. El tema ha sido tratado por ÁNGEL YAGÜEZ, R. DE (*Tratado de responsabilidad civil*, 3ª ed., Universidad de Deusto – Civitas, Madrid, 1993, p. 257), quien, citando a Weil, distingue omisiones simples (por ejemplo no rescatar a alguien que se ahoga) de omisiones relacionadas con actos que se ejecutan (así, por ejemplo, no encender las luces mientras se conduce). Como sucede en los supuestos de deber de informar donde las abstenciones y acciones se mezclan, en el caso en que no se encienden las luces mientras se conduce, en verdad, el problema no está en la omisión, sino en la acción que creó el riesgo: conducir el coche. Un luminoso análisis de ese ejemplo en WEINRIB, E., "The Case for a Duty", pp. 254 y ss.

silence), al segundo, silencio expresivo (*conclusive silence*).¹⁰¹ El primero de ellos no transmite ningún significado, denota únicamente la ausencia de comunicación. El segundo, en cambio, determina o afirma una representación de la errónea realidad en la otra persona. Así sucede, por ejemplo, en los casos de *misrepresentation* por cambio de las circunstancias o en los casos de medias verdades. Por su parte, y en un sentido similar, ROJO AJURIA, indica, a propósito del dolo por omisión, que una de las vías para justificarlo es valorar las circunstancias que lo rodean en términos que pueda hablarse de una "falsa representación tácita o implícita."¹⁰²

Calificar el silencio como puro o expresivo, es decir, considerar que transmite una falsa representación o no, es una cuestión de hecho. Aquí, en cambio, me interesa una cuestión conceptual: cuando únicamente hay una omisión, el error no puede provenir de ella, por lo tanto es necesario justificar la existencia de un deber de informar, en cambio, si existe algún tipo de acción, es dicha acción –no la omisión que la acompaña– lo que explica el engaño. Por lo tanto, no es necesario justificar la existencia de un deber de informar.¹⁰³

*

La primera parte de este capítulo debería ser suficiente para mostrar en qué medida puede hablarse de deberes precontractuales de informar atípicos a propósito del error y del dolo. Ahora es necesario avanzar e indagar cómo concretan las decisiones de los tribunales las exigencias de la buena fe a propósito de ambas figuras.

¹⁰¹ PROBST, "Deception", p. 94.

¹⁰² ROJO AJURIA, *El dolo en los contratos*, p. 256

¹⁰³ Ver PROBST, "Deception", p. 95.

III. EXCUSABILIDAD

Determinar cómo han concretado los tribunales las exigencias de la buena fe, en lo que se refiere a los deberes precontractuales de informar a propósito del error y el dolo, precisa identificar los intereses considerados por las sentencias judiciales y la forma en que se han ponderado.

El error y el dolo son vicios del consentimiento, de manera que es evidente que uno de los intereses que está en juego es la libertad contractual. Sin embargo, es igualmente evidente que no se trata del único interés en juego. Así lo ha entendido la doctrina comparada y nacional.¹⁰⁴

¹⁰⁴ La idea de que existen múltiples intereses y que puede existir tensión entre ellos es un lugar común a propósito del tratamiento del error. Para el derecho comparado puede verse KRAMER ("Mistake", p. 4) quien señala que en la regulación del error se nota con especial intensidad ciertos principios contradictorios que informan el derecho de contratos, especialmente la protección de la autonomía privada y la protección de la confianza. En el derecho español una idea semejante puede encontrarse en MORALES MORENO (*El error*, p. 89) cuando señala que:

"El problema del error en un contrato oneroso no puede ser contemplado como el problema de un contratante (de la protección que pueda merecer el mismo por su error), sino de un modo distinto: como problema de una justa (o conveniente) distribución, entre los contratantes, del riesgo que implica el error".

Tratándose del error y del dolo, la presencia de diversos intereses y la eventual tensión que existe entre ellos se presenta en forma especialmente evidente a propósito de la legitimidad de la ignorancia del *errans* o del *deceptus* según corresponda. Lo que debe investigarse, entonces, es la inexcusabilidad del error, ya sea que la pretensión se canalice a través del error o del dolo.

Me detendré, en primer lugar, en identificar los intereses. A continuación me ocuparé de la forma en que se ponderan

A. LOS INTERESES

1. EL ERROR

Las normas del Código civil no exigen expresamente la excusabilidad como un requisito del error para reconocerle carácter invalidante. Así, el artículo 1.266 CC se limita a declarar que:

“Para que el silencio invalide el consentimiento, deberá recaer sobre la sustancia de la cosa (...) o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubiesen dado motivo a celebrarlo”

Se trata, sin embargo, de un requisito que no fue extraño ni para el derecho romano, ni para el derecho histórico español.¹⁰⁵ En el derecho

Desde una perspectiva más amplia puede consultarse Díez-PICAZO (*Fundamentos*, I, pp. 185-187) advirtiendo que la regulación de los vicios del consentimiento no debe ser entendida a través de “una monolítica categoría dogmática de vicios del consentimiento contractual”, sino como “una tipificación legal de casos de justicia o injusticia de la vinculación contractual”.

¹⁰⁵ Respecto del derecho romano puede consultarse D. 22, 6, sobre el error de derecho, según ZIMMERMANN (*Law of Obligations*, p. 608) solía considerarse como el prototipo de un error atribuible a una negligencia crasa y, por lo tanto, inexcusable. Ver también CASTRO Y BRAVO, *El negocio jurídico*, p. 115.

Respecto del derecho histórico español puede acudir a las Partidas, específicamente a P. 7, 34, 22 cuyo texto reza: “El daño que ome recibe por su culpa, que así mismo debe culpar por ello”.

civil español posterior a la codificación el requisito de la excusabilidad del error ha sido una creación jurisprudencial¹⁰⁶, ampliamente acogida, en la actualidad, por la doctrina¹⁰⁷, en términos tales que DÍEZ-PICAZO señala que la doctrina y jurisprudencia son concordes en la exigibilidad del carácter excusable del error para reconocerle trascendencia anulatoria.¹⁰⁸

Aceptado con esta amplitud el requisito de la excusabilidad del error, la cuestión que subsiste es cómo apreciar este requisito. Así se expresa con toda claridad en el fundamento de derecho tercero de la citada STS de 18 de febrero de 1994¹⁰⁹:

“(…) el problema no estriba en la admisión del requisito [la excusabilidad], que debe considerarse firmemente asentado, cuanto en elaborar los criterios que deben utilizarse para apreciar la excusabilidad del error”.

a. Un comentario preliminar: la distribución del riesgo

Antes de entrar a examinar los criterios que han empleado los tribunales para apreciar la excusabilidad es necesario detenerse previamente en ciertos casos en los que no llega a presentarse el problema de la excusabilidad del error toda vez que el riesgo de la defectuosa información ha sido distribuido explícita o implícitamente a través del

Una breve mirada desde el derecho común hasta Pothier en CASTRO Y BRAVO, F., “De nuevo sobre el error en el consentimiento”, *ADC* 41-2, 1988, pp. 427-428, nota 67.

¹⁰⁶ Para una mirada a las SSTS que han reconocido este requisito, a partir – aunque embrionariamente – de 1860, puede consultarse VERDA Y BEAMONTE, *Error y responsabilidad*, pp. 20-21.

¹⁰⁷ VERDA Y BEAMONTE (“Algunas reflexiones en torno a la excusabilidad y reconocibilidad del error en los contratos”, *ADC*, 50-3, 1997, pp. 1225-1226) se ocupa de mostrar que, si bien los autores que escribieron inmediatamente después de la promulgación del Código civil no consideraron la excusabilidad como requisito del error invalidante, actualmente no existen demasiadas dudas respecto a su exigibilidad.

¹⁰⁸ Ver DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos*, I, p. 215.

¹⁰⁹ Ver *supra* nota 15.

contrato. Así sucede, por ejemplo, en el "caso Sorolla"¹¹⁰ donde el TS integra el contrato con un uso del tráfico en el ámbito mercantil:

"según el cual, los comerciantes y vendedores de obras pictóricas, en relación con la autenticidad y carácter genuino de la pintura vendida en su establecimiento, de autores fallecidos o no contemporáneos, se limita a expresar de buena fe, que la obra vendida es propia de un artista determinado y ejecutada de su mano, según los elementos de juicio que dichos comerciantes o vendedores han podido reunir o tener a su alcance".

MORALES MORENO ha señalado que lo más novedoso de esta sentencia de 1981 es que introduce un enfoque diverso del tradicional acerca del problema del error, como distribución de riesgos de la defectuosa información.¹¹¹ Si mi comprensión del autor es correcta, me parece que estaría de acuerdo en que lo que ha sucedido aquí es, en verdad, que, como sucede, con alguna frecuencia, en el derecho comparado, se entiende que el riesgo de la autenticidad de la pintura ya estaba

¹¹⁰ STS de 9 de octubre de 1981 (RJ 1981,3595. Pte. Excmo. Sr. D. M. González Alegre y Bernado).

¹¹¹ MORALES MORENO, *El error*, p. 281.

distribuido contractualmente¹¹², por lo que no queda espacio para el error.¹¹³

b. Los criterios: la autorresponsabilidad y la protección de la confianza

La importante STS de 18 de febrero de 1994¹¹⁴ señala, en términos extremadamente elocuentes, que:

“(…) 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”.

Se trata de una declaración profusamente reiterada en las sentencias del Tribunal Supremo que se pronuncian sobre la excusabilidad en cuanto

¹¹² Ya se ha visto que esta es la regla en el derecho inglés (ver p...). Así sucede también con el derecho holandés, el artículo 6:228 del BW dispone, en lo pertinente:

“The annulment cannot be based on (...) an error for which, given the nature of the contract, common opinion or the circumstances of the case, the party in error should remain accountable”.

Este enfoque también puede encontrarse en los Principios UNIDROIT, cuyo artículo 3.5 (2) (b) señala que aún si se satisfacen las condiciones estipuladas en el número anterior para anular el contrato, esto no será posible si:

“el error versa sobre una materia en la cual la parte equivocada ha asumido el riesgo del error o, tomando en consideración las circunstancias del caso, dicha parte debe soportar dicho riesgo”.

Finalmente, el artículo 4:103 (b) (2) (b) de los PECL dispone, en términos muy similares a los Principios UNIDROIT, que “However a party may not avoid the contract if: (...) the risk of the mistake was assumed, or in the circumstances should be borne, by it”.

¹¹³ A esto no obsta que el contrato haya sido integrado heterónomamente a través de un uso mercantil. Una vez que se considera integrado el uso mercantil pasa a ser parte del contrato como cualquier cláusula estipulada por las partes.

¹¹⁴ Ver *supra* nota 15.

requisito del error invalidante.¹¹⁵ Convendrá detenerse sobre los dos criterios que identifica: la autorresponsabilidad y la protección de la confianza.

(i) El principio de autorresponsabilidad y la confianza del destinatario de la declaración

(aa) Autorresponsabilidad

Del párrafo transcrito parece derivarse que uno de los criterios que se emplea para determinar si el error es excusable es la diligencia empleada por el *errans*. Este criterio puede encontrarse en un importante número de SSTS, así, por ejemplo:

- La STS de 9 de abril de 1980¹¹⁶, sobre un error de cabida, indica que para reconocerle efectos invalidatorios al error padecido por una de las partes:

“Ha de ser inexcusable, es decir, no puede invocarse un error evitable con una regular diligencia para, a través del mismo, obtener la anulación del negocio; característica que no concurre en quienes, como los recurrentes se comprometen a construir un edificio sobre un solar, parte suyo con anterioridad y parte adquirido al demandante, para los que lógicamente no es excusable un error de superficie como el alegado, que demuestra en ellos una negligencia impropia de un ordenado constructor”.

¹¹⁵ 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).

¹¹⁶ RJ 1980, 1411. Pte. Excmo. Sr. D. J. Santos Briz, CDO. 4. Parece evidente que hay una errata cuando se señala que el error “ha de ser inexcusable”, lo que se quiso decir es que el error ha de ser “excusable”.

- La STS de 27 de mayo de 1982¹¹⁷, que recae sobre una compraventa de cosa ajena, donde la vendedora alegó que su consentimiento había estado viciado por error (consistente en creer que era la dueña de la cosa vendida por tener la condición de heredera mayoritaria) señala que uno de los requisitos del error es que sea excusable y que si el error ha podido ser evitado con una normal diligencia “no puede ser invocado por el que alegue haber incurrido en él”.

- La STS de 12 de julio de 1988¹¹⁸ considera inexcusable el error alegado por el comprador de un chalé, que recaía sobre su situación urbanística, toda vez que dicha situación “hubiera podido ser fácilmente conocida por los recurrentes, antes de decidirse a la compra...”

- La citada STS de 14 de febrero de 1994 señala en su fundamento de derecho séptimo que para tener carácter invalidante, el error no puede ser imputable a quien lo padece, será imputable aquel error que:

“haya podido ser evitado mediante el empleo de por el que lo padeció, de una diligencia media o regular, teniendo en cuenta la condición de las personas, no sólo del que la invoca, sino de la otra parte contratante, cuando el error pueda ser debido a la confianza provocada por las afirmaciones o por la conducta de ésta [sentencias de 6 de junio 1953, 27 octubre 1964, 4 enero 1982) entre otras]; es decir (y aunque es frecuente, incluso por algunas sentencias de esta Sala, incidir en una confusión meramente terminológica, aunque no conceptual, al utilizar el adjetivo calificativo apropiado a dicho requisito) que el error sea excusable, entendida esa excusabilidad en el sentido ya dicho de inevitabilidad del mismo por parte del que lo padeció”.

- La STS de 30 de septiembre de 1999¹¹⁹ refiriéndose a la diligencia que se requiere para considerar el error excusable declara:

¹¹⁷ RJ 1982, 2605. Pte. Excmo. Sr. D. A. Fernández Rodríguez, CDO. 8.

¹¹⁸ RJ 1988, 10375. Pte. Excmo. Sr. D. F. Morales Morales, FD 3.

¹¹⁹ RJ 1999,7003. Pte. Sr. D. A. Villagómez Rodil, FD 1.

“La referida diligencia y conforme a los postulados de la buena fe ha de valorarse teniendo en cuenta las circunstancias de todo tipo concurrentes y entre ellas las propias y subjetivas de quien aduce que padeció el error y que en este caso se vuelven contra la recurrente, entidad «Multifinca, SA», al tratarse de una empresa dedicada a la promoción urbanística, a la que cabe atribuir la profesionalidad necesaria para adoptar las medidas de precaución y aseguramiento medias respecto a la compra de terrenos para su explotación mercantil mediante su edificación; Y por esta razón la jurisprudencia viene exigiendo una diligencia más intensa cuando se trata de expertos o profesionales (Sentencia de 18-4-1978, con referencia a los constructores)”.

- La STS de 26 de julio de 2000¹²⁰ señala que “la función básica del requisito [la inexcusabilidad] es impedir que el ordenamiento proteja a quien ha padecido el error, cuando éste no merece esa protección por su conducta negligente”.¹²¹

- La STS de 23 de julio de 2001¹²² dispone que el error no ha de ser imputable a quien lo padece:

“en el sentido de ser excusable y de no haberse podido evitar con una regular diligencia (Sentencia de 3 de marzo de 1994) no mereciendo tal calificativo el que obedece a la falta de la diligencia exigible a las partes contratantes que implica que cada una debe informarse de las circunstancias y condiciones que son esenciales o relevantes para ella, en los casos en que tal información le resulta fácilmente accesible (sentencias de 18 de febrero de 1994 y 6 de noviembre de 1996)”.

¹²⁰ RJ 2000,9177. Pte. Sr. D. J. Corbal Fernández, FD 4.

¹²¹ La misma declaración puede encontrarse en la STS de 17 de febrero de 2006 (RJ 2005,1680. Pte. Excmo. Sr. D. A. Romero Lorenzo, FD. 4).

¹²² RJ 2001,8413. Pte. Sr. D. A. Gómez Lorenzo.

(bb) La confianza del destinatario de la declaración (seguridad del tráfico jurídico)

En principio, si el *errans* se ha comportado en forma negligente no merece la protección del ordenamiento jurídico. Dicha protección se desplaza hasta la otra parte –el destinatario de la declaración–, aquella que confió en la declaración.

La protección de la confianza del destinatario de la declaración se enmarca dentro de uno de los principios rectores del orden público económico: la seguridad jurídica, específicamente la seguridad del tráfico jurídico¹²³, y lo que quiere decirse por ella es que:

“(…) en el tráfico jurídico, en el mundo de los negocios jurídicos, merece protección la confianza razonable suscitada objetivamente por una situación jurídica: que quien de buena fe realiza un negocio jurídico fundado en la confianza razonable que objetivamente le suscita la una situación de apariencia creada o mantenida por otra persona, debe ser protegido aunque de ello resulte un sacrificio para el interés o para el derecho de otro”.¹²⁴

Pues bien, de lo que va dicho sobre inexcusabilidad es posible advertir la presencia de dos intereses diversos. El primero de ellos es la protección de la libertad contractual, el segundo es la protección de la confianza del destinatario de la declaración. Existe, sin embargo, otro interés que es posible apreciar cuando se observan con mayor atención las decisiones del Tribunal Supremo.

¹²³ Ver, a este respecto, la citada STS de 9 de octubre de 1981 (Sorolla) que vincula la excepcionalidad del error con el principio de seguridad del tráfico jurídico. Por su parte CASTRO Y BRAVO (“De nuevo sobre el error”, p. 429), cita el siguiente extracto de la STS de 21 de junio de 1978:

“los principios de responsabilidad y de protección de la “bona fides” y de la seguridad del comercio jurídico no consienten que sea invocado para anular la declaración un error inevitable con normal diligencia”.

¹²⁴ Díez PICAZO, *Fundamentos*, I, pp. 71-72.

(ii) La protección de la confianza del errans

Es interesante advertir que la STS de 18 de febrero de 1994 en la cual se alude a la función básica de la excusabilidad¹²⁵ se refiera, como se ha visto al comienzo de este capítulo¹²⁶, a un caso en el cual el error de los compradores fue, de alguna manera, inducido por la conducta del vendedor, que no les informó de que el "local comercial" que les ofreció no podía destinarse a supermercado.

El mismo párrafo sobre la función de la excusabilidad se repite en la STS de 28 de septiembre de 1996¹²⁷ en la que se alegó la nulidad de un contrato de compraventa de un solar que fue ofrecido por el vendedor como apto para la inmediata edificación y en el que, urbanísticamente no reunía dicha condición. El Tribunal consideró que el vendedor con su conducta había inducido a los compradores a celebrar el contrato, por lo que no había razón para proteger al primero y declaró que el error era inexcusable.

En conjunto con estas dos sentencias será útil recordar la STS de 13 de febrero de 2007¹²⁸, a propósito de la cual he sugerido que la conducta de las vendedoras no puede ser considerada independientemente de la confianza que suscitó en ellas la conducta del vendedor.

A propósito de casos como el de esta última sentencia, un sector de la doctrina ha señalado que en supuestos como éste es posible advertir la diferencia entre el error negligente y el error inexcusable. Si de lo que se trata es únicamente de responsabilizar por sus declaraciones a quien las realiza determinado por un error negligente, todo error negligente debiera ser inexcusable. Sin embargo, como ha mostrado VERDA Y BEAMONTE, las cosas no suceden así, en su opinión, pueden existir errores

¹²⁵ Ver *supra* nota 15.

¹²⁶ Ver p. 404.

¹²⁷ RJ 1996,6820. Pte. Excmo. Sr. D. P. González Poveda, FD 5.

¹²⁸ Ver *supra* nota 25.

negligentes a los que, sin embargo, se les reconozca eficacia invalidante.¹²⁹

Un enfoque distinto –y, desde mi punto de vista, más acertado– parece plantear CASTRO Y BRAVO cuando señala, a propósito de la excusabilidad del error, que debe prestarse atención a la conducta de la otra parte en la medida que pueda haber “producido” el error.¹³⁰ Siguiendo este enfoque, DíEZ-PICAZO señala que: “para apreciar la diligencia exigible a la víctima del error, ha de valorarse la conducta de la otra parte”.¹³¹ La diferencia con el primer enfoque estriba, según me parece, en que desde la segunda perspectiva el error no es negligente, porque de alguna manera fue inducido por la otra parte, la falta de diligencia de las compradoras se explica por la confianza que tenían en el vendedor; esto significa que si esa confianza se encuentra justificada no es razonable exigir a las compradoras que indaguen sobre aquello en que confiaron, no existe, entonces, negligencia.

2. EL DOLO

La pregunta de la que interesa hacerse cargo aquí es qué papel desempeña –si es que desempeña alguno– la negligencia de quien ha padecido un error conocido por la otra parte cuando se acude a la disciplina del dolo para solicitar la anulación o la indemnización de daños y perjuicios.

Será útil en esta empresa considerar en primer lugar la opinión de la doctrina a este respecto y, posteriormente, analizar a algunas decisiones del Tribunal Supremo.

¹²⁹ VERDA Y BEAMONTE, *Error y responsabilidad*, pp. 77-79.

¹³⁰ CASTRO Y BRAVO, *El negocio jurídico*, p. 116.

¹³¹ DíEZ-PICAZO, *Fundamentos*, I, p. 216.

a. La opinión de la doctrina

En la doctrina es posible ordenar las opiniones en dos grupos. El primero reúne a aquellos autores que consideran que para determinar si existió dolo, la negligencia de quien padece el error es relevante en términos de excusabilidad de dicho error. El segundo grupo congrega a autores que opinan que la negligencia del *errans* no desempeña ningún papel en la determinación de la existencia de dolo de la otra parte.

(i) La relevancia de la negligencia

COSSIO DEL CORRAL se pregunta si “todo engaño cualquiera sea su importancia y alcance ha de reputarse como ilícito”.¹³² En la respuesta a esta pregunta el autor señala que se debe poner atención a la “conceptuación objetiva” de las maniobras y artificios y a la condición de la persona hacia quien van dirigidos. Es decir, se debe atender a factores objetivos y subjetivos. A propósito de esto último señala que:

“Subjetivamente habremos de considerar también el grado de diligencia o de descuido que haya podido poner en el negocio la persona víctima del dolo, ya que es exigible un mínimo de actividad y de prudencia, cuya omisión constituye a su vez una falta que compensaría en último término la cometida por el autor del dolo”.¹³³

Por su parte, QUIÑONERO CERVANTES llega a conclusiones semejantes a propósito de su examen de la gravedad del dolo omisivo.¹³⁴ En opinión de este autor, el estudio de la gravedad del dolo precisa poner atención, entre otras cosas, a “la adecuada diligencia que una persona ha de prestar para el perfeccionamiento del [negocio]”. Citando la opinión de COSSIO DEL CORRAL transcrita más arriba, QUIÑONERO CERVANTES considera

¹³² COSSIO DEL CORRAL, *El dolo*, p. 190.

¹³³ *Ibid.*, p. 193.

¹³⁴ QUIÑONERO CERVANTES, “El dolo por omisión”, pp. 350-352.

que el deber de diligencia se funda en las exigencias de la buena fe y lo equipara a la excusabilidad del error.¹³⁵

LACRUZ *et al.*, en un sentido similar, consideran que aún cuando el error provocado por dolo puede ser de cualquier tipo:

“Parece, sin embargo, que debe exigirse al mismo el requisito de la excusabilidad, ya que en otro caso no habría dolo, porque el que lo sufre lo habría podido superar con la diligencia ordinaria la insidia de que era objeto”.¹³⁶

Desde la mirada de los autores citados, la negligencia de quien comete el error es relevante, ya sea porque se compensa con la falta que es posible imputarle a quien comete dolo o bien, porque el error era superable y, por lo mismo, el engaño no era grave.¹³⁷

¹³⁵ *Ibíd.*, p. 352.

¹³⁶ LACRUZ, *et al.*, *Elementos* II-1, p. 368. Para una mirada a este argumento en el derecho comparado puede consultarse PROBST, “Deception”, p. 115.

¹³⁷ Un argumento similar puede encontrarse en PROBST (“Deception”, p. 115) quien en su estudio comparado sobre el dolo considera el problema de la excusabilidad del error doloso desde la óptica del deber de informar en los siguientes términos:

“where deceptive behavior does not take the form of active conduct but of non-disclosure that violates a bona fides duty to inform, it is difficult to argue that the deceptus' contributory negligence is irrelevant. Inevitably, the imposition of a legal duty to inform requires that the opposed interest of the parties involved be balanced, an so the extent to which a contracting party is under a duty of disclosure cannot be determined without defining at the same time the scope of the other party's duty to inform himself. In other words, a contracting party's duty to inform the other party's obligation to inform himself begins. Therefore, it is not surprising that in cases of nondisclosure a deceptus' negligence is taken into account although this runs counter to the professed general principle. After all, it would be strange to impose on a contracting party if the latter could and should have informed himself. Such a duty to inform would involve a paternalistic responsibility of one party for the other and could hardly be squared with the received idea of a free society and a free market economy where, in the first place, it is assumed that each individual is to look after his own interests”.

Se trata de una cita extensa, pero su valor justifica su inserción. La primera idea que es posible extraer de ella es la relación entre el deber de informar y el deber de informarse. La segunda idea es que tratar de otra manera las cosas implicaría

(ii) *La irrelevancia de la negligencia*

Un segundo grupo de autores considera que para establecer la existencia de dolo no es necesario indagar acerca del nivel de diligencia del *deceptus*. ROJO AJURIA explica que, tratándose del error la excusabilidad compara la conducta negligente del *errans* con aquella del destinatario de la declaración, quien confió legítimamente en ella y, en esos términos, parece adecuado proteger al segundo. En el dolo, en cambio, se compara la conducta negligente del *deceptus* con una conducta reñida con la buena fe del *deceptor*.¹³⁸

Siguiendo este planteamiento, VERDA Y BEAMONTE estima que la mala fe impide plantearse que sea digno de protección por parte del ordenamiento jurídico al *deceptor*, toda vez que la declaración del *deceptus* no pudo haber suscitado en él una confianza respecto de la validez del contrato digna de ser tutelada.¹³⁹ Cuando se comparan las conductas del *deceptus* que se comportó negligentemente y la del *deceptor*, el autor llega a la conclusión de que:

“(…) no es admisible que quien engaña pueda obtener una posición de ventaja en perjuicio de quien (negligente o no) fue engañado. De ahí que no deba prevalecer el interés del destinatario a la conservación del negocio, sobre el interés del declarante a la impugnación de su validez”.¹⁴⁰

Pues bien, en este segundo grupo de opiniones, el *quid* de la cuestión parece encontrarse en la comparación de las conductas: cuando se compara a quien actuó negligentemente con quien se comportó dolosamente, el primero de ellos parece más digno de protección que el segundo.

una especie de paternalismo que no es compatible con una sociedad libre y una economía de libre mercado.

¹³⁸ ROJO AJURIA, *El dolo en los contratos*, pp. 244-245.

¹³⁹ VERDA Y BEAMONTE, “El dolo *in contrahendo*”, p. 40.

¹⁴⁰ *Loc. cit.*

En una posición levemente distinta a la de este último grupo de autores parece encontrarse MORALES MORENO, quien considera, a propósito de las decisiones del Tribunal Supremo, que éste estima que la ingenuidad o buena fe con que haya podido actuar la víctima del dolo no lo elimina, pero, que si se trata de un profesional “se toma en cuenta esta circunstancia para excluir el que se haya podido producir el engaño”.¹⁴¹

Si mi interpretación de las palabras de MORALES MORENO es correcta, la diferencia que presenta con las de los otros dos autores es que para este último autor “negligencia” no es lo mismo que “ingenuidad y buena fe”. Vuelvo sobre esto, algo más adelante, al examinar la opinión de los tribunales sobre esta cuestión.¹⁴²

(iii) La negligencia y la existencia del error doloso

La irrelevancia de la negligencia de quien padece el error en el caso de dolo, no implica que los autores que defienden esta solución nieguen cualquier relevancia jurídica a los errores negligentes. Como se deduce de la opinión de MORALES MORENO citada más arriba¹⁴³, la negligencia tiene importancia para establecer el supuesto, esto es, dilucidar si se produjo el engaño. Esta idea ha sido desarrollada por VERDA Y BEAMONTE, quien señala que la irrelevancia de la negligencia de quien sufrió el error no obsta a que en sede procesal el examen de sus circunstancias personales pueda ser extraordinariamente importante.¹⁴⁴ Según este último autor, dicha importancia puede reflejarse de dos maneras. La primera es respecto de la prueba de la existencia del error, la segunda es respecto del carácter esencial del error. La importancia es ésta: la negligencia no se toma en cuenta en términos de excusabilidad del error,

¹⁴¹ MORALES MORENO, “Comentario artículos 1.269 y 1.270”, p. 386.

¹⁴² Ver pp. 458-462.

¹⁴³ Ver *supra* nota 141.

¹⁴⁴ VERDA Y BEAMONTE, *Error y responsabilidad*, p. 163.

pero si se considera respecto de su existencia y carácter esencial. Si se alega que el dolo indujo un error particularmente fácil de evitar no se dirá de éste que era inexcusable, sino más bien que todo hace presumir que simplemente no se produjo dicho error o bien que éste no fue esencial.

b. La opinión de los tribunales

- La STS de 26 de octubre de 1981¹⁴⁵ resuelve un recurso de casación contra una sentencia que declaró nulo e ineficaz 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 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 art. 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”.

¹⁴⁵ Ver *supra* nota 91.

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 invalida 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 1987¹⁴⁶, en el fundamento de derecho tercero de la STS de 15 de junio de 1995¹⁴⁷, en el fundamento de derecho cuarto de la STS de 23 de julio de 1998¹⁴⁸, y en el fundamento de derecho segundo de la STS de 27 de noviembre de 1998.¹⁴⁹

- La STS de 11 de diciembre de 2006¹⁵⁰ 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,

¹⁴⁶ RJ 1987, 5494. Pte. Excmo. Sr. D. R. López Vilas.

¹⁴⁷ RJ 1995, 5296. Pte. Excmo. Sr. D. J. Santos Briz.

¹⁴⁸ RJ 1998, 6199. Pte. Excmo. Sr. D. E. Fernández-Cid de Temes.

¹⁴⁹ RJ 1998, 9324. Pte. Excmo. Sr. D. I. Sierra Gil de la Cuesta.

¹⁵⁰ Ver *supra* nota 94.

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, justificado 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, SA 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 parecen mostrar estas sentencias no es exactamente que la excusabilidad del error no desempeñe ningún papel respecto del error doloso, sino, más bien, que no debe confundirse la negligencia con la confianza. Así, en la primera sentencia citada, el TS considera 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 la STS de 11 de diciembre de 2006, si se lee detenidamente el párrafo transcrito más arriba, se advertirá que el error a que induce el dolo se considera excusable porque el comprador que lo cometió confió en el vendedor.

Esta misma idea es evidente en la STS de 27 de marzo de 1989.¹⁵¹ En la venta de un terreno edificado, el vendedor no informa al comprador de que la propiedad había sido declarada zona verde y que, por lo tanto, no era posible edificar en ella. El TS estima que el silencio del vendedor – que conocía la declaración de zona verde- es doloso. Frente al alegato del vendedor de que el error cometido por el comprador era inexcusable, el Tribunal estima que la diligencia utilizada por el comprador fue la normal. La lectura del fundamento de derecho cuarto de la Sentencia muestra que una de las razones por las que se considera esto es que el comprador “confiaba, dadas la edificaciones que había en él [terreno] en poder construir obras nuevas”.

La relación entre confianza y diligencia aparece desde un nuevo ángulo en la SAP de Zaragoza de 21 de octubre de 2005.¹⁵² Se trata de la compraventa de un terreno para edificar en el mismo, comprobando luego el comprador que éste tenía una dolina que imposibilitaba o hacía muy costosa la construcción. Se solicita a la Audiencia que se pronuncie acerca de si existió o no dolo. En uno de los fundamentos de derecho de la sentencia, la Audiencia se refiere a la reticencia dolosa “del que calla o no advierte a la otra parte en contra del deber de informar que exige la buena fe”. Y relaciona este tipo de dolo con el alegato de la vendedora según el cual la compradora podría haber conocido, actuando con diligencia media, la existencia de la dolina. En opinión de la Audiencia, este razonamiento no debe prosperar ya que:

“(...) la diligencia que debe exigirse al comprador debe ser la propia, normal o habitual propia de cada caso, que ha de apreciarse valorando las circunstancias de toda índole que en el mismo concurren, incluso las personales, y no sólo las de quien ha padecido el error, sino también, sobre manera en el supuesto de dolo, las del otro contratante, porque de otra manera el error de la parte, inducido por el dolo de la otra, sería excusable [sic] y no existiría vicio de consentimiento, pero tampoco es

¹⁵¹ RJ 1989, 2201. Pte. Excmo. Sr. D. J. Santos Briz.

¹⁵² JUR 2005, 241170.

exigible que se obre en todo momento con una actitud recelosa o de permanente desconfianza ante las afirmaciones contrarias, pues los contratos deben estar presididos siempre por el principio de buena fe y en él mismo han descansar quienes lo celebren”.

Una vez más, el problema no se encuentra exactamente en la negligencia, sino en la confianza. La diligencia regular no obsta a que una parte pueda confiar en la otra, tampoco exige la diligencia “una actitud recelosa o de permanente desconfianza”.

La idea de que la excusabilidad desempeña algún papel en el error doloso puede también defenderse apelando a las sentencias del Tribunal Supremo en las que se han utilizado las condiciones personales de quien sufre el error para acoger o desestimar su alegación de la existencia de dolo. Así, por ejemplo, en las decisiones del Tribunal Supremo no es extraño encontrar casos en los que se ha empleado, como argumento para rechazar el error doloso alegado, la profesión del demandante o bien el carácter habitual con que desempeña la actividad.¹⁵³ Igualmente, en otras ocasiones, lo que sucede es que se alude a las circunstancias personales para acoger la invalidación del contrato. Así sucedió en la STS de 15 de julio de 1987¹⁵⁴, en cuyo fundamento de derecho primero, el TS consideró que la mujer que solicitaba la anulabilidad de dos contratos de compraventa por el dolo de los compradores, era extranjera, de avanzada edad, viuda desde hace muchos años, vivía sola y carente de afecto.

3. TRES BREVES CONCLUSIONES

El estudio de las sentencias sobre error y dolo arroja tres conclusiones que es útil mostrar.

¹⁵³ Ver, por ejemplo, las SSTS de 9 de julio de 1987 (RJ 1987,5214. Pte. Excmo. Sr. D. A. Carretero López, FD 2) y de 7 de junio de 1989 (RJ 1989,4348. Pte. Excmo. Sr. D. R. López Vilas, FD 2).

¹⁵⁴ RJ 1987,5494. Pte. Excmo. Sr. D. R. López Vilas, FD 1.

La primera de las conclusiones se refiere a la excusabilidad como requisito del error. Si bien, en un sentido estricto, se trata de un requisito referido a la conducta de quien padece el error, lo cierto es que, en la práctica, se ha convertido en un tópico, un elemento complejo que condensa las reglas de apreciación de conductas y circunstancias personales en la valoración del error.¹⁵⁵

La segunda conclusión que se extrae de la lectura de las sentencias se refiere a los intereses que convergen a propósito del examen del requisito de la inexcusabilidad, sea tanto a propósito del error como del dolo. En la base se sitúa, desde luego, la protección de la libertad contractual, pero resulta evidente que ésta se encuentra limitada por el principio de autorresponsabilidad en consideración al principio de seguridad jurídica. Así se desprende, con toda comodidad, de la función que, en tantas ocasiones, el TS le ha reconocido en sus decisiones a la excusabilidad. Junto a estos intereses se encuentra la protección de la confianza del *errans*, que es una manifestación de lo que en esta investigación se ha denominado "lealtad contractual".¹⁵⁶ Existen ocasiones en las que lo determinante no es el grado de diligencia que *in abstracto* haya observado el *errans*, sino más bien la confianza que le haya inducido el otro contratante.

La tercera y última conclusión se relaciona con la incardinación y el funcionamiento del error y del dolo. Ya ha quedado dicho que un error conocido puede ser alegado a través de la disciplina del error o del dolo. Ahora es posible agregar que, en lo que se refiere a la excusabilidad, el análisis en sede de error o de dolo es el mismo. Así lo demuestra, por ejemplo, una comparación entre las SSTS de 26 de octubre de 1981 sobre dolo¹⁵⁷ y de 13 de febrero de 2007 sobre error.¹⁵⁸ En ambas

¹⁵⁵ Debo esta idea y su formulación a Antonio Manuel Morales Moreno, que me la sugirió con motivo de la lectura del primer borrador de este trabajo.

¹⁵⁶ Ver p. 378.

¹⁵⁷ Ver *supra* nota 91.

¹⁵⁸ Ver *supra* nota 25.

sentencias se trata de un error conocido por una de las partes y en los dos casos lo determinante para admitir la excusabilidad del error fue que el destinatario de la declaración o el *deceptor* según corresponda, había inducido la confianza de quien padeció el error y esa confianza era lo que determinaba que no se exigiera mayor diligencia a quien padeció el error para liberarse de él.

B. LA PONDERACIÓN

El estudio de las decisiones judiciales sobre excusabilidad ha permitido identificar diversos intereses jurídicos, la necesidad de ponderarlos proviene de las eventuales tensiones que se presentan entre ellos. Así, por ejemplo, existe tensión entre el interés del *errans* de no quedar vinculado por un contrato cuyos términos no desea y la confianza del destinatario de la declaración en que el contrato se cumplirá tal y como fue pactado. O bien, existe tensión entre la lealtad contractual que se exige a la parte que conoce el error que está cometiendo la otra y el interés de esta parte de aprovecharse de dicho error no revelando la información que podría deshacerlo.

CASTRO Y BRAVO ha sintetizado bien estas tensiones a propósito del error preguntando: "¿Quién merece protección, respecto de su propio error? ¿A quién le estará permitido aprovecharse del error ajeno?"¹⁵⁹ Se trata de preguntas que también pueden formularse cuando la pretensión se incardina en la disciplina del dolo. La respuesta a estas preguntas se obtiene tras llevar a cabo la tarea de la ponderación.

Para responder a estas preguntas asumiré que si se solicita la anulabilidad del contrato o la indemnización de perjuicios, justificando dichas pretensiones en la existencia de un error conocido por la otra parte y no informado, el análisis de la excusabilidad del error del *errans* o del *deceptus* según corresponda debe hacerse de la misma manera, esto

¹⁵⁹ CASTRO Y BRAVO, "De nuevo sobre el error", p. 413.

es comparando la conducta de las partes. La pregunta que resta es cómo debe realizarse dicha comparación.

De forma sintética, la respuesta que ofrezco es la siguiente: la lectura atenta de las decisiones de los tribunales muestra que, tratándose de errores conocidos, ya sea a propósito del error o del dolo, lo determinante es si aquella parte que conoce la información indujo de alguna manera a la otra a confiar en una determinada apariencia. Si la respuesta es afirmativa, la exigibilidad de un comportamiento diligente al procurarse la propia información por parte de quien padece el error se desvanece o, al menos, se atenúa considerablemente. Por el contrario, si no ha existido confianza, el problema de la diligencia –en definitiva, el principio de la autorresponsabilidad– recobra toda su importancia y será necesario determinar qué nivel de diligencia se exige y qué factores se utilizan para apreciar la conducta de la parte que sufrió el error.

1. LA COMPARACIÓN DE LAS CONDUCTAS DE LAS PARTES

El fundamento de derecho octavo de la importante STS de 18 de febrero de 1994¹⁶⁰ señala que:

“debe afirmarse que según nuestra jurisprudencia para ser invalidante, el error padecido en la formación del contrato, además de ser esencial, ha de ser excusable requisito que el Código no menciona expresamente y que se deduce de los llamados principios de autorresponsabilidad y de buena fe, este último consagrado hoy en el artículo 7 CC; es inexcusable el error [de la Sentencia Tribunal Supremo de 4 enero 1982], cuando pudo ser evitado empleando una diligencia media o regular; de acuerdo con los postulados del principio de buena fe, la diligencia ha de apreciarse valorando las circunstancias de toda índole que concurran en el caso, incluso las personales, y no sólo las de quien ha padecido el error, sino también las del otro contratante pues la

¹⁶⁰ Ver *supra* nota 15.

función básica del 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; y el problema no estriba en la admisión del requisito, que debe considerarse firmemente asentado, cuanto en elaborar los criterios que deben utilizarse para apreciar la excusabilidad del error: en términos generales -se continúa- la jurisprudencia utiliza el criterio de la imputabilidad del error a quien lo invoca y el de la diligencia que le era exigible, en la idea de 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 y que la diligencia se aprecia además teniendo en cuenta las condiciones de las personas: así es exigible mayor diligencia cuando se trata de un profesional o de un experto [por ejemplo, anticuarios en la Sentencia Tribunal Supremo de 28 febrero 1974 o construcciones en la Sentencia Tribunal Supremo de 18 abril 1978]. La diligencia exigible es por el contrario, menor, cuando se trata de persona inexperta que entre en negociaciones con un experto (Sentencia Tribunal Supremo de 4 enero 1982) y siendo preciso por último para apreciar esa diligencia exigible apreciar si la otra parte coadyuvó con su conducta o no aunque no haya incurrido en dolo o culpa se concluye”.

Se trata de un pasaje abundantemente citado en otras decisiones del TS¹⁶¹ del cual se pueden extraer valiosas lecciones.

¹⁶¹ Es posible encontrar citas parciales de él, entre muchas otras, en las SSTS de 13 de julio de 2007 (RJ 2007,5093. Pte. Excmo. Sr. D. J.A. Xiol Ríos, FD 8) considerando como criterio para apreciar la inexcusabilidad el hecho de que el error haya sido inducido; de 17 de julio de 2006 (RJ 2006,6309. Pte. Excmo. Sr. D. I. Sierra Gil de la Cuesta, FD 1), estimando que la función de la inexcusabilidad es impedir que el ordenamiento jurídico proteja a quien ha sido negligente, desplazando la protección a quien ha confiado en la declaración (en el mismo sentido las SSTS de 12 de julio de 2002 [ya citada, *supra* nota 52] FD 5; de 23 de julio de 2001 [ya citada, *supra* nota 122] FD 2, de 20 de diciembre de 2001 (RJ 2001,352. Pte. Excmo. Sr. D. P. González Poveda, FD 4) y de 22 de mayo de 2006 [ya citada, *supra* nota 115], considerando que en la excusabilidad del error debe tenerse en cuenta el hecho de que haya sido inducido por la otra parte callando la existencia de embargos de la propiedad.

La primera de ellas es que para determinar el carácter excusable del error deben valorarse “las circunstancias de toda índole que concurran en el caso, incluso las personales, y no sólo las de quien ha padecido el error, sino también las del otro contratante”. Es interesante advertir cómo se manifiesta el carácter complejo de la excusabilidad a través de la consideración de “las circunstancias de toda índole” que el TS exige considerar en su decisión.¹⁶² Aquí se entiende por qué precisamente a través del elemento de la excusabilidad se ponderan los diversos intereses en juego.

La segunda lección se refiere a “la idea de 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”. La regla general, entonces, parece ser que cada parte debe procurarse su información. Sin embargo, se establece una importante cualificación: “en la medida que le sea fácilmente accesible”.

La tercera lección se refiere a cómo deben considerarse los diversos intereses y la respuesta que entrega el pasaje citado es prestando atención a la conducta de ambas partes. Así se desprende de los factores que el Tribunal Supremo identifica, en forma enunciativa, para determinar la excusabilidad, así por ejemplo, el carácter profesional o lego de las partes y el hecho de que la otra parte haya coadyuvado con su conducta al error.

2. LA PROTECCIÓN DE LA CONFIANZA

La idea que me interesa defender aquí es que para determinar si el error es o no excusable es necesario, en primer lugar, prestar atención a la protección de la confianza. Mi planteamiento es que si una parte puede

¹⁶² Es interesante, además, advertir la similitud que existe entre esta expresión y la expresión “all the circumstances” utilizada por el artículo 4:107 PECL. Ver p. 388.

confiar legítimamente en que la otra velará por sus intereses (los de la primera) en la negociación del contrato, no es necesario exigirle que se comporte diligentemente procurándose su propia información.

Para presentar esta idea será necesario, previamente, justificar cómo la he derivado de las decisiones del Tribunal Supremo sobre error y dolo y el alcance que puede dársele a partir de ellas. En segundo lugar, mostraré que el problema no es exactamente que una parte confíe en la otra, sino que la confianza sea reconocida por el ordenamiento jurídico, es decir que se trate de una confianza legítima.

a. La inducción de la confianza

Tratándose del error, conviene recordar que en aquellos casos en que el destinatario de la declaración conoce la equivocación del *errans* es frecuente que se considere que el error es excusable pues, de alguna manera, la otra parte indujo su confianza. Así, aparece, con toda claridad cuando unas compradoras creen que la "vivienda-chalet" que están adquiriendo se encuentra sobre terreno urbanizable, cuando los compradores de un trastero creen que éste es habitable o cuando los compradores de un local comercial creen que podrán destinarlo a un supermercado. Sin embargo, en esos tres casos, bastaba con que los compradores consultaran ciertos registros públicos para advertir que el terreno no era urbanizable, que el trastero no podía ser dedicado a vivienda o que el local comercial no podía destinarse a supermercado. En ninguno de los tres casos lo hicieron, no obstante lo cual, el TS consideró, en todos ellos que el error era excusable y la razón es que, de alguna manera, los vendedores habían inducido la confianza de los compradores y que dicha confianza merecía ser protegida.

En lo que concierne al dolo, como se ha visto, la discusión en la doctrina a propósito de la excusabilidad del error, se presenta entre quienes creen que la negligencia de quien padece el error debe tomarse en cuenta y

aquellos que consideran que el desvalor de la conducta dolosa la torna irrelevante. Una salida intermedia al problema se ha intentado a través de la consideración del engaño en cuanto elemento configurador del dolo, de manera si el error es demasiado evidente, simplemente, se presume que dicho error no existió.¹⁶³

Una mirada a las decisiones de los tribunales muestra un ángulo ligeramente distinto, desplazando el eje de la discusión desde la negligencia hacia la confianza. Las personas deben ser diligentes en sus negocios, esto es especialmente evidente cuando se trata de supuestos de reticencia¹⁶⁴, sin embargo, la diligencia no obsta a que se pueda confiar legítimamente en las personas con quienes se negocia.¹⁶⁵ Así se lee en algunas SSTs que ya han quedado citadas, pero que, convendrá recordar, por ejemplo en la de 26 de octubre de 1981:

“(…) 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”.¹⁶⁶

Y en la STS de 11 de diciembre de 2006:

“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,

¹⁶³ Ver pp. 457-458.

¹⁶⁴ Como ha señalado PROBST (“Deception”, p. 115):

“where deceptive behavior does not take the form of active conduct but of non-disclosure that violates a bona fides duty to inform, it is difficult to argue that the deceptus' contributory negligence is irrelevant. Inevitably, the imposition of a legal duty of inform requires that the opposed interest of the parties involved be balanced, and so the extent to which a contracting party is under a duty of disclosure cannot be determined without defining at the same time the scope of the party's duty to inform himself”.

¹⁶⁵ Ver pp. 470-487.

¹⁶⁶ Ver *supra* nota 91.

pero, además (...) el error fue provocado por una reticencia dolosa de la parte vendedora".¹⁶⁷

Lo que aparece de las diversas decisiones judiciales citadas es, en mi opinión, que cuando se enfrenta el problema de la excusabilidad del error lo primero a lo que se tiene que poner atención es a si de alguna manera se había inducido la confianza de quien padeció el error.

b. La confianza razonable

En ciertos supuestos se protege la confianza de quien padece el error en el sentido de que no se le formula reproche por no haberse procurado información que le resultaba accesible y, por lo tanto, su error se considera excusable.

Si se acepta lo anterior, la pregunta que viene a continuación es cuánto se puede confiar legítimamente. Existen escenarios donde la respuesta a esta pregunta es intuitivamente simple. Así, por ejemplo, se recordará, que DÍEZ-PICAZO, señala que una de las premisas claras en el deber de informar es que se debe responder correctamente a quien pregunta.¹⁶⁸ En ese escenario, quien pregunta, generalmente, puede confiar en una respuesta correcta. Otros escenarios son más complejos; por ejemplo, si no pregunto ¿debería confiar en que el comprador me informe que el café que le estoy vendiendo subirá de precio de forma exorbitante en las próximas horas por el alza de un bloqueo naval, o que el vendedor me informe de que el precio del trigo bajará sustancialmente por la llegada de nuevos barcos al puerto?¹⁶⁹

Refiriéndose al contenido valorativo de la buena fe, DÍEZ-PICAZO ha subrayado su cercana conexión con la confianza en los siguientes

¹⁶⁷ Ver p. *supra* nota 94.

¹⁶⁸ Ver p. 40.

¹⁶⁹ Se trata de los hechos de *Laidlaw v. Organ* y del mercader de Rodas, ver pp. 23-37.

términos: “[s]e viola la buena fe si se defrauda la confianza que se pueda haber creado”¹⁷⁰ y, a renglón seguido, agrega respecto de la confianza:

“Resulta claro que no se trata de una confianza de carácter espontáneo o subjetivo, que el sujeto pueda haberse creado por sí mismo, sino que tiene que ser una confianza objetiva y razonable, que, al mismo tiempo, resulte conocida para la otra parte”.¹⁷¹

Por su parte, MORALES MORENO ha sugerido, respecto del error, que el criterio determinante de la estimación del error en la jurisprudencia del Tribunal Supremo es la confianza infundida por el otro contratante.¹⁷² Pero, no cualquier confianza, sino aquella que está justificada. Así, el mismo autor advierte que existen sentencias donde: “[n]o se aprecia el error, porque no ha habido influencia de la otra parte contratante, ni la conducta de ésta ha podido crear confianza justificada”.¹⁷³

Conviene advertir que tanto DÍEZ-PICAZO como MORALES MORENO se refieren a la confianza de quien recibe la declaración, no de quien la emite, sin embargo, en lo que respecta al hecho de que no cualquier confianza debe protegerse, las conclusiones son perfectamente extrapolables: sólo recibe protección jurídica quien la merece.

La idea de confianza razonable por parte de quien emite la declaración de voluntad también puede extraerse de otras figuras jurídicas¹⁷⁴ y, por

¹⁷⁰ DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos*, I, p. 71.

¹⁷¹ *Loc. cit.*

¹⁷² MORALES MORENO, “Comentario artículo 1.266” p. 297.

¹⁷³ *Ibid.*, p. 299.

¹⁷⁴ La idea de confianza razonable y su relación con la buena fe ha sido también utilizada por MANZANARES SECADES a propósito de la ruptura injustificada de las negociaciones preliminares (“Responsabilidad precontractual” pp. 699-716). Respecto de este supuesto, se ha sugerido que uno de los requisitos para que surja el deber de indemnizar por los daños que causa la ruptura unilateral es que la parte que los reclama haya tenido una razonable confianza en la conclusión del negocio. Así, por ejemplo, BLASCO GASCÓ, V. (“El contrato antes del contrato (Reflexiones sobre la responsabilidad precontractual)”, en Orduña Moreno, F. (dir.), *Contratación y consumo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, pp. 39-42) afirma que:

supuesto, a propósito del tratamiento del dolo. MORALES MORENO ha señalado que: “[e]l propósito de atraer la voluntad de otro contratante no constituye dolo si se emplean medios tolerados por el Ordenamiento”¹⁷⁵. ¿Cómo se relaciona esto con la confianza razonable? La respuesta, en mi opinión, debe intentarse a través del planteamiento de la pregunta acerca de por qué el Ordenamiento tolera esos medios.

Reflexionando sobre el mismo problema, BIGWOOD se ha preguntado por qué el ordenamiento jurídico trata de forma diversa dos mentiras durante una negociación.¹⁷⁶ La primera de ellas es un caso en el que un vendedor señala a su comprador que el primer piso de la casa nunca se inunda, cuando, la verdad es que se inunda con frecuencia. La segunda es un caso en el que un vendedor que dice al comprador que su oferta es un insulto y que no está dispuesto bajo ninguna circunstancia a aceptarla, cuando la verdad es que está incluso dispuesto a aceptar una menor. La respuesta del autor es que tratándose de negociantes que se comportan racionalmente, sólo la primera mentira defrauda las expectativas razonables de quien la recibió, respecto de la segunda, se trata de una técnica tan habitual de las negociaciones que nadie debería confiar en ella. En este último caso la mentira es reconocible como tal y, por lo mismo, no defrauda la confianza.¹⁷⁷ En resumen, una respuesta a la pregunta acerca de por qué el Ordenamiento tolera el dolo bueno es porque no defrauda la confianza razonable.¹⁷⁸

“la confianza generada ha de ser legítima, es decir, objetiva, provocada por los actos o expresiones de la otra [parte], de manera que cualquier contratante medio, en su lugar, hubiera tenido la misma confianza. Se trata, en definitiva, de una confianza objetiva. Así, tal confianza no deriva sólo de la conducta de la otra parte sino que exige también una conducta diligente en quien se suscita, de manera que, observando tal diligencia, no habría confiando en la perfección del contrato”.

¹⁷⁵ MORALES MORENO, “Comentario artículos 1.269 y 1.270”, p. 382.

¹⁷⁶ BIGWOOD, *Exploitative Contracts*, pp. 47-48.

¹⁷⁷ *Ibid.*, p. 48.

¹⁷⁸ La misma idea se encuentra en VERDA Y BEAMONTE, “El dolo *in contrahendo*”, p. 43.

Pues bien, hasta el momento he mostrado que la confianza razonable de quien padece el error es lo primero que debe tenerse en cuenta para responder a la pregunta acerca de la excusabilidad. Ahora me interesa mostrar algunas directrices que, de una parte, orienten la labor de determinar cuándo es razonable la confianza y, de otra, permitan expandir el uso de la confianza que hacen los tribunales a propósito de la excusabilidad.

c. El umbral mínimo de confianza

En toda relación contractual una parte debe poder confiar en que la otra le suministrará cierta información si es que la conoce. Por esa razón, aún cuando la información fuera accesible para quien la ignoraba su error se considerará excusable.

A continuación me interesa mostrar alguna información que, desde mi punto de vista, queda protegida por este umbral mínimo de confianza.

(i) Incumplimiento e invalidez

En cualquier relación contractual una parte puede confiar razonablemente en que la otra le informará: (1) la existencia de causas de invalidez que afecten al contrato y (2) y las circunstancias ya existentes en el momento de la celebración del contrato que modifiquen negativamente las presuposiciones de éste en términos de configurar un incumplimiento entendido en sentido amplio.¹⁷⁹

Será útil detenerse sobre ambos tipos de información y las razones que justifican incorporarlas al umbral mínimo de confianza.

¹⁷⁹ Ver *supra* nota 95, p. 119.

Respecto de las causas de invalidez, ya se ha advertido que existe consenso en la doctrina española sobre esta cuestión y es una solución que cuenta con importantes referentes en derecho comparado.¹⁸⁰

Tratándose de las circunstancias existentes en el momento de celebrar el contrato que provocan el posterior incumplimiento, es importante señalar que la mayoría de las sentencias citadas en este capítulo en las que se declara la nulidad del contrato por error o dolo muestran que aquello que no se informó afectaba negativamente al contenido del contrato, en términos tales que determinaba su incumplimiento. Así sucedía, por ejemplo, en aquellos casos en 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

¹⁸⁰ Ver *supra* nota 9.

de dichas circunstancias que se conocen- parece un ejemplo palmario de mala fe.¹⁸¹

¹⁸¹ Para demostrar esta afirmación, me interesa detenerme en un supuesto donde existe amplio consenso respecto a la mala fe que involucra el silencio y que tiene suficientes semejanzas con el que interesa aquí para que se justifique una aplicación analógica.

Se trata de un supuesto de ruptura unilateral de los tratos preliminares: iniciar o mantener dichas negociaciones sin ánimo de llegar a contratar. Como resulta bien sabido no cualquier supuesto de ruptura unilateral produce consecuencias jurídicas para quien abandona las negociaciones, en general dicho abandono es inocuo en términos jurídicos, después de todo, lo que las partes están haciendo es negociar los términos de un contrato y es natural que si no logran acuerdos sean libres de retirarse. Con todo, existen situaciones donde la ruptura unilateral si produce efectos jurídicos, específicamente, la obligación de indemnizar los daños y perjuicios que provoque a la otra parte. DÍEZ-PICAZO (*Fundamentos*, I, p. 322) sintetiza la hipótesis de responsabilidad precontractual derivada de la ruptura unilateral en los siguientes términos:

“si en el curso de las negociaciones o tratos preliminares una de las partes hace surgir en la otra razonable confianza de que el contrato que se negocia será concluido y, posteriormente, interrumpe dichas negociaciones sin un justo motivo, está obligada a resarcir los daños que la otra parte sufra como consecuencia de dicha ruptura”.

De esta hipótesis interesa retener un elemento: la falta de un motivo que justifique la ruptura, en otras palabras: el carácter injustificado de la ruptura. Se puede aceptar sin problemas que una ruptura es injustificada cuando es contraria a la buena fe, pero, resta el problema –como de costumbre– de determinar cuáles son las exigencias de la buena fe. Es precisamente ese proceso de concreción de las exigencias de la buena fe el que interesa aquí. Para explicar por qué, y teniendo en cuenta que en el derecho español el tema no se encuentra regulado, recurriré a algunos instrumentos de *softlaw*. Expondré primero las normas pertinentes y luego me detendré en la importancia que ellas tienen para lo que me interesa probar aquí.

- Principios UNIDROIT, artículo 2.1.15:

(*Negociaciones de mala fe*)

“(1) Las partes tienen plena libertad para negociar los términos de un contrato y no son responsables por el fracaso en alcanzar un acuerdo.

(2) Sin embargo, la parte que negocia o interrumpe las negociaciones de mala fe es responsable por los daños y perjuicios causados a la otra parte.

(3) En particular, se considera mala fe que una parte entre en o continúe negociaciones cuando al mismo tiempo tiene la intención de no llegar a un acuerdo”.

- PECL, artículo 2:301: *Negotiations Contrary to Good Faith*

“(1) A party is free to negotiate and is not liable for failure to reach an agreement.

(2) However, a party who has negotiated or broken off negotiations contrary to good faith and fair dealing is liable for the losses caused to the other party.

(3) It is contrary to good faith and fair dealing, in particular, for a party to enter into or continue negotiations with no real intention of reaching an agreement with the other party”.

- Proyecto de Pavía, Art. 6. *Deber de protección*

“1. Cada parte es libre de iniciar tratos preliminares con el fin de celebrar un contrato, sin que se le pueda imputar ninguna responsabilidad en el caso de que aquél no se perfeccione, salvo si su comportamiento es contrario a la buena fe.

2. Actúa contra la buena fe la parte que inicia o prosigue tratos preliminares sin intención de llegar a la celebración del contrato.

3. Si en el transcurso de los tratos preliminares las partes han examinado ya los elementos esenciales del contrato, cuyo eventual perfeccionamiento se prevé, la parte que ha suscitado en la otra una confianza razonable en cuanto a la celebración del mismo, actúa contra la buena fe desde que interrumpe los tratos preliminares sin motivo justificado.

4. En los casos previstos en los párrafos anteriores, la parte que ha actuado contra la buena fe está obligada a reparar el daño sufrido por la otra hasta el máximo de los gastos comprometidos por esta última en el curso de los tratos preliminares con vistas a la celebración del contrato, así como por la pérdida de ocasiones similares causada por los tratos pendientes.”

- DCFR, artículo II. – 3:301: *Negotiations contrary to good faith and fair dealing*

“(1) A person is free to negotiate and is not liable for failure to reach an agreement.

(2) A person who is engaged in negotiations has a duty to negotiate in accordance with good faith and fair dealing. This duty may not be excluded or limited by contract.

(3) A person who has negotiated or broken off negotiations contrary to good faith and fair dealing is liable for any loss caused to the other party to the negotiations.

(4) It is contrary to good faith and fair dealing, in particular, for a person to enter into or continue negotiations with no real intention of reaching an agreement with the other party”.

- Cadre Commun, artículo 2:101

“(1) L'initiative, le déroulement et la rupture des négociations précontractuelles sont libres, sous réserve pour les parties de respecter les exigences de la bonne foi. L'échec des négociations précontractuelles ne peut être source de responsabilité que s'il est la conséquence d'une faute ou de la mauvaise foi de l'une des parties.

(2) Ne respecte pas les exigences de la bonne foi la partie qui entreprend ou poursuit des négociations précontractuelles sans l'intention de parvenir à la conclusion du contrat.

(ii) *La información obtenida por medios ilícitos*

Una mirada al derecho comparado y al español muestra que junto a los datos anteriores, el umbral mínimo de confianza exige que, en ciertos supuestos, se proporcione la información que se ha obtenido por medios ilícitos.

En el derecho estadounidense esta idea fue formulada tempranamente, en 1871, en *Phillips v. Homfray*, un caso en el que se acreditó que el comprador de unas tierras, con anterioridad a que comenzara la negociación del contrato, entró en ellas sin permiso de sus dueños y testeó el carbón que había en ellas para determinar su calidad. Los vendedores, ignorantes del verdadero valor de la tierra se la vendieron a bajo precio.¹⁸²

(3) Agit également à l'encontre de la bonne foi la partie qui met un terme aux négociations précontractuelles sans motif légitime, alors que l'autre partie pouvait légitimement croire à la conclusion du contrat”.

Pues bien, una simple mirada a las normas transcritas muestra tres aspectos comunes en su diseño. El primero de ellos es que se reconoce a las partes que negocian un contrato plena libertad para retirarse de las negociaciones sin que esto determine la obligación de indemnizar daños y perjuicios. El segundo aspecto que conviene relevar aquí es que si la ruptura de las negociaciones es de mala fe surge la responsabilidad de quien se retire por los daños y perjuicios que ocasione a la otra parte. El tercer aspecto que me interesa destacar es que se considera que es contrario a la buena fe iniciar o proseguir las negociaciones del contrato sin intención de llegar a su celebración.

Como puede verse, existe un amplio consenso en considerar que quien inicia o sigue adelante con las negociaciones de un contrato sin informar que no tiene intención de perfeccionarlo actúa de mala fe. Esta regla puede ser aplicada analógicamente al supuesto que interesa aquí, el de quien no informa sobre circunstancias que determinarán el incumplimiento del contrato. En ambos supuestos lo determinante es que una de las partes se utiliza la negociación con fines incompatibles a aquellos que le ha adjudicado el legislador, una de las partes, en definitiva, no está dispuesta a vincularse efectivamente al contrato, ya sea porque no está dispuesto a celebrarlo o a cumplirlo.

Una mirada a otros argumentos para sancionar la falta de información acerca de la falta de voluntad de cumplir o de la imposibilidad de cumplimiento desde la perfección del contrato puede encontrarse en AYRES, I. y KLASS, G., *Insincere Promises*, Yale University Press, New Haven, 2006, pp. 60-62.

¹⁸² Ver NAGY, D., “Reframing the Misappropriation Theory of Insider Trading Liability: A Post O'hagan Suggestion”, *Ohio St. L.J.*, vol. 59, 1998, p. 1289. La misma idea ha sido repetida en 1998 por la Corte Suprema de Colorado en el

Esta doctrina ha sido recogida por el *Restatement (Second) of Contracts* § 161, Comentario d, Ilustración 11:

"A learns of the valuable mineral deposits from trespassing on B's land and not from government surveys. A's non-disclosure is equivalent to an assertion that the land does not contain valuable mineral deposits, and this assertion is a misrepresentation".

En el derecho español es perfectamente posible llegar en estos casos a una solución semejante. MIQUEL GONZÁLEZ señala como una de las aplicaciones de la buena fe la inadmisibilidad de ejercitar posiciones jurídicas maliciosamente obtenidas.¹⁸³ En el supuesto a que se refiere el *Restatement (Second) of Contracts* lo adquirido maliciosamente es la información, parece ser que las exigencias de la buena fe demandan que en dicho supuesto no sea posible para quien adquirió maliciosamente la información servirse de ella, no revelándosela a la otra parte.

d. Relaciones de confianza

Si la información no se encuentra dentro del umbral mínimo de confianza, la regla es, en principio, como señala la STS de 18 de febrero de 1994, que cada parte debe procurarse su propia información, salvo que exista entre las partes una relación de confianza, en ese supuesto, el principio de autorresponsabilidad pierde tracción, cediéndole el terreno a la lealtad contractual. Desde luego la pregunta que surge aquí es qué determina la existencia de una relación de confianza entre las partes. Convendrá, para estos efectos mostrar algunos ejemplos de derecho comparado y luego aplicarlos al ámbito español.

caso de una venta de tierras que contenían gases y petróleo por parte de una comunidad nativa a una empresa. Ver *Mallon Oil Co. v. Bowen/Edwards Association*. 965 P.2d 105 (Colo. 1998).

¹⁸³ MIQUEL GONZÁLEZ, "Comentario artículo 7.1", pp. 55-56.

Curiosamente, pese a su renuencia frente a los deberes de informar es en los países del *common law* donde se ha desarrollado con mayor intensidad la vinculación entre las relaciones de confianza y los deberes precontractuales de informar. En el ámbito inglés, se considera que en las relaciones fiduciarias y de confianza el deber de informar se encuentra subordinado al deber general de no abusar de la posición de confianza o explotar la relación fiduciaria¹⁸⁴, de manera que buena parte de la discusión se desplaza hacia la *undue influence*.¹⁸⁵ Existen dos categorías tradicionales de *undue influence*: *actual pressure* y *special relationships*.¹⁸⁶ La que interesa aquí es la segunda de las categorías mencionadas –que denominaré relaciones especiales–. Es necesario considerar específicamente las relaciones especiales donde se presume *undue influence*, pues es en ellas donde se exige de forma más amplia un deber de informar. Dentro de este tipo de relaciones especiales a su vez, es tradicional distinguir aquellas en las cuales se presume la confianza y aquellas en las que, de facto, ha existido confianza entre las partes.

Entre las primeras –aquellas en las que se presume la confianza–, TREITEL incluye las relaciones entre padres e hijos, tutores y pupilos, consejeros espirituales y discípulos, médicos y pacientes, y abogados y clientes. La flexibilidad que caracteriza a las segundas impide dar ejemplos generales, baste señalar que en ellas lo determinante no es el tipo de

¹⁸⁴ SMITH, *Atiyah's Introduction*, p. 249.

¹⁸⁵ El *Restatement (Second) of Contracts* define en su § 177 (1) la *undue influence* como:

“unfair persuasion of a party who is under the domination of the person exercising the persuasion or who by virtue of the relation between them is justified in assuming that the person will not act in a manner inconsistent with his welfare”.

En los sistemas del *common law* la *undue influence* se utiliza como una excepción (*excuse*) para oponerse a la ejecución forzosa de un contrato *prima facie* válido.

¹⁸⁶ TREITEL, *The Law of Contract*, p. 408.

contrato que se celebra, ni las personas que se vinculan, sino el hecho de que, en la práctica la relación haya reposado sobre la confianza.¹⁸⁷

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).¹⁸⁸ 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 mandante.¹⁸⁹

En el derecho continental también han existido esfuerzos por precisar cuándo puede una parte confiar razonablemente en otra. GHESTIN¹⁹⁰, seguido en esto por GÓMEZ CALLE¹⁹¹, ha sugerido que la legitimidad de la confianza puede explicarse por tres factores: la naturaleza de contrato, las cualidades de las partes, y las informaciones entregadas por la otra parte.

Pues bien, a partir de este grupo de factores es posible concluir que lo esencial en la confianza es que una de las partes, justificadamente, cree que la otra no actuará de manera inconsistente con el bienestar de la primera.

Sirviéndose de la distinción de TREITEL anteriormente mencionada¹⁹² es posible diferenciar ámbitos en los se presume la existencia de una

¹⁸⁷ *Ibid.*, p. 413. Ejemplos en SMITH, *Atiyah's Introduction*, p. 286.

¹⁸⁸ Ver CALAMARI y PERILLO, *Contracts*, p. 370.

¹⁸⁹ He tomado estos casos de PALMERI, "Good Faith Disclosure" p. 127 (citas internas omitidas).

¹⁹⁰ GHESTIN, *Traité*, p. 634 y ss.

¹⁹¹ GÓMEZ CALLE, *Los deberes precontractuales*, p. 92.

¹⁹² Ver p. 479.

relación de confianza entre las partes y otros donde dicha confianza es posible derivarla de las circunstancias que rodean a la concreta relación.

(i) *Presunciones de confianza*

Entre los supuestos en que es posible presumir la confianza –y que interesan a esta investigación–, el más frecuente probablemente sea aquel relacionado con la naturaleza del contrato. Existen un conjunto de tipos contractuales donde el propósito práctico no se logra sino en la medida que una parte pueda confiar especialmente en la otra.¹⁹³ Para ilustrar esto, pueden considerarse tres contratos de cuya naturaleza, según GHESTIN, se derivan relaciones de confianza: el mandato, la sociedad y el contrato de trabajo.¹⁹⁴

En el caso del mandato, se afirma que se trata de un contrato “que se basa en la confianza que quien ha de prestar el servicio inspira al que lo encarga.”¹⁹⁵ En el caso de la sociedad, la exigencia de la *affectio societatis* o *animus contrahendi societatis* también parece evidenciar un ánimo especial de colaboración.¹⁹⁶ Así, el TS se ha referido a este requisito como “[l]a voluntad de unión paralela y dirigida a un mismo fin

¹⁹³ Utilizo aquí la expresión en el sentido que le asigna CASTRO Y BRAVO, es decir, como el resultado que las partes se proponen alcanzar a través del contrato, incluyendo en éste no solo las transformaciones jurídicas que produce, sino, además, las presuposiciones básicas que han incorporado las partes (una magnífica explicación de todo esto en MORALES MORENO, “El «propósito práctico»”, pp. 323-348).

¹⁹⁴ GHESTIN, *Traité*, p. 634.

¹⁹⁵ ALBALADEJO, *Derecho civil II*, p. 779.

¹⁹⁶ No obstante lo cual, ALBALADEJO (*Ibíd.*, p. 759) ha sugerido que, aunque se persiga una finalidad común, en este contrato también existen ánimos contrapuestos: conseguir la mayor ganancia con el menor sacrificio. Sin embargo, a pesar de los intereses contrapuestos, resulta evidente la finalidad común de ambas partes (sobre esto ver GÓMEZ CALLE, *Los deberes precontractuales*, p. 97).

negocial, o voluntad de unión de una pluralidad de sujetos para correr en común ciertos riesgos"¹⁹⁷, y ha fallado que:

"No debe olvidarse que, mediante la sociedad, varias personas aúnan sus esfuerzos para la consecución de un fin común, normalmente a través de la cooperación duradera, y en los casos de conflicto entre el interés individual extrasocial del socio y el interés social común a todos, aquel interés particular ha de respetar el interés social, libremente asumido por el socio, y ha de estar limitado por la subordinación del interés personal del socio al interés social, que debe ser preferido".¹⁹⁸

Finalmente, en lo que respecta al contrato de trabajo, suelen aceptarse como típicos del mismo los deberes de lealtad y fidelidad.¹⁹⁹

En los tres contratos señalados –mandato, sociedad y contrato de trabajo– existe una relación especial entre las partes en virtud de la cual éstas pueden considerar razonablemente que si la otra u otras partes poseen cierta información, éstas se las entregarán.²⁰⁰

Un segundo supuesto en el que se presume la confianza, y que suele citarse por la doctrina en forma reiterada, es aquel que se refiere a las relaciones entre profesionales y legos. Es frecuente que en estos supuestos el legislador establezca deberes de informar típicos –así sucede tratándose de las relaciones de consumo o entre profesionales y legos. Sin embargo, no siempre es el caso. Cuando no existen deberes típicos, los tribunales suelen considerar la calidad de profesional de una parte o bien para exigirle con mayor intensidad el deber de informar, o bien para considerar con mayor rigor su deber de informarse.²⁰¹ Así

¹⁹⁷ STS de 25 de octubre de 1999, (RJ 1999,7624) Pte. Excmo Sr. D. Jesús Corbal Fernández, FD. 2.

¹⁹⁸ STS de 6 de marzo de 1992 (RJ 1992,2398) Pte. Excmo. Sr. D. J. Santos Briz, FD 4.

¹⁹⁹ Ver MOLERO MANGLANO, C., *Estructura y desarrollo del contrato de trabajo*, Universidad Pontificia Comillas, Madrid, 1998, p. 255.

²⁰⁰ Ver FABRE-MAGNAN, *De l'obligation d'information*, p. 198.

²⁰¹ Sobre esto último puede revisarse MORALES MORENO ("Comentario artículos 1.269 y 1270", p. 386) citando algunas sentencias del Tribunal Supremo en las

aparece, como ya ha quedado consignado, en la STS de 18 de febrero de 1994.²⁰² Con todo, lo más probable es que lo determinante en este tipo de relaciones no sea la confianza que existe entre las partes, sino, más bien, las diferencias que existen en el acceso a la información y en la posibilidad que tiene cada una de las partes de comprenderla y utilizarla adecuadamente.²⁰³ Por esta razón, vuelvo sobre este tipo de relaciones al tratar la autorresponsabilidad.²⁰⁴

Un tercer supuesto en el que suele presumirse una relación de confianza se refiere no ya al contrato, sino a un cierto tipo de relación que existe entre las partes con independencia del contrato. Así sucede, por ejemplo, según ya ha quedado dicho, cuando se trata de contratos celebrados entre personas que tienen relaciones de familia²⁰⁵, de amistad o espirituales²⁰⁶ en las cuales, sin que sea necesario prestar atención al tipo de contrato de que se trate, se espera que las partes actúen de forma más colaborativa que si no existieran dichos vínculos.

(ii) La facticidad de la relación

En algunas situaciones, la confianza puede derivarse de la facticidad de la relación que han mantenido las partes. En este sentido, se ha señalado que aunque no se trate de un tipo de relación donde se presuma la existencia de confianza por la naturaleza del contrato o bien por el vínculo existente entre las partes, es posible derivarla en supuestos de continuidad o frecuencia en los tratos entre las partes.²⁰⁷ Así, por

que se alega el carácter profesional de una de las partes para excluir la posibilidad de que haya sido engañado.

²⁰² Ver *supra* nota 15.

²⁰³ Ver pp. 157-159, nota 50 sobre comprensión y uso de la información.

²⁰⁴ Ver p. 487-519.

²⁰⁵ Ver GHESTIN, *Traité*, p. 635.

²⁰⁶ Ver p. 480.

²⁰⁷ Ver GÓMEZ CALLE, *Los deberes precontractuales*, p. 92.

ejemplo, KÖTZ²⁰⁸ relata un importante caso resuelto por el *Bundesgerichtshof* en el cual dos empresas se encontraban vinculadas por un contrato en virtud del cual una de ellas había autorizado a la otra a sublicenciar derechos de transmisión de algunos programas de televisión estadounidenses, reservándose el 50% de las ganancias de cualquier sublicencia. Algún tiempo más tarde, las mismas empresas iniciaron una nueva negociación en virtud de la cual la primera de ellas renunciaba a cobrar el 50% a cambio de un solo pago de 10.000 dólares. Con posterioridad, la misma empresa demandó la nulidad de este segundo negocio, alegando que la otra parte no le había informado que tenía una oferta de 8,3 millones de marcos alemanes por una sublicencia. Los tribunales inferiores consideraron que en ese caso no había deber de informar, el *Bundesgerichtshof* discrepó de las decisiones de instancia, basando su decisión en que ambas partes se encontraban vinculadas por una cercana y duradera relación de negocios.

La idea de que las relaciones de negocios a largo plazo engendran deberes precontractuales de información peculiares parece ser bastante común en los ordenamientos europeos. Por ello, ha sido recogida en los *Principles of European Private Law "Long-Term Commercial Contracts: Commercial Agency, Distribution, Franchise"* (PECL-LTCC), cuyo artículo 1:201 bajo la rúbrica *Pre-contractual information* dispone²⁰⁹:

"(1) A reasonable time before the contract is concluded each party must provide the other with adequate information.

²⁰⁸ KÖTZ, "Precontractual Duties", p. 8.

²⁰⁹ Ver HESSELINK, M., RUTGERS, J., BUENO DÍAZ, O., SCOTTON, M. y VELDMANN, M., *Commercial Agency, Franchise and Distribution Contracts Principles of European Law*, Oxford University Press, Nueva York, 2006.

En el DCFR la norma equivalente es el artículo IV.E.-2:101, bajo la rúbrica "Pre-contractual information duty", con el siguiente tenor:

"A party who is engaged in negotiations for a contract within the scope of this Part has a duty to provide the other party, a reasonable time before the contract is concluded and so far as required by good commercial practice, with such information as is sufficient to enable the other party to decide on a reasonably informed basis whether or not to enter into a contract of the type and on the terms under consideration."

(2) Adequate information means information which is sufficient to enable the other party to decide on a reasonably informed basis whether or not to enter into a contract of the type and on the terms under consideration.

(3) If a party's non-compliance with paragraph 1 leads the other party to conclude a contract when the first party knew or could reasonably be expected to have known that the other party, had it been provided with adequate and timely information, would not have entered the contract, or would have entered the contract only on fundamentally different terms, the other party may avoid the contract for mistake (Article 4:103 PECL).

(4) Parties may not derogate from this provision".²¹⁰

No obstante el hecho de que una relación comercial sea duradera y, eventualmente, cercana, es necesario considerar las cosas con alguna cautela. Volviendo al caso alemán citado anteriormente, KÖTZ considera que la sentencia del *Bundesgerichtshof* es discutible; así, afirma:

"The defendant was a professional licensing agent. He had himself proposed the deal, clearly a speculative one, and he could easily have discovered for himself that the market had improved. It might be different if there had been a fiduciary relationship between the parties, but there was simply a close business relationship such that neither party could count on the other to disclose all relevant information".²¹¹

Un segundo ejemplo en el que la confianza puede derivarse de la facticidad de la relación se encuentra en algunos supuestos de *misrepresentation* que ya han sido considerados, especialmente el cambio de circunstancias y las declaraciones literalmente ciertas, pero

²¹⁰ Un análisis de la norma en JANSSEN, A., "The Information Requirements in the Principles of European Private Law 'Long-Term commercial Contracts: commercial Agency, Distribution, Franchise' –A Model for a European Civil Code?", en Howells, G., Janssen, A. y Schulze, R. (eds.), *Information Rights and Obligations*, Ashgate, Aldershot, 2005, pp. 193-197.

²¹¹ KÖTZ, "Precontractual Duties", p. 8.

engañosas.²¹² En ambos supuestos se asume que una parte puede confiar en que si existe un cambio en las circunstancias se le informará o que la información que se le suministra le permite ponderar la situación adecuadamente.

e. El grado de protección de la confianza

La protección de la confianza no es un asunto binario, sino de grado. No es que en ciertas relaciones se proteja cualquier confianza y en otras ninguna, sino más bien que el nivel de confianza protegida en algunas relaciones es mayor que en otras. Así, por ejemplo, volviendo una vez más al caso de las sublicencias narrado más arriba²¹³, lo que KÖTZ discute no es que entre las empresas haya existido una relación cercana y duradera, sino que la confianza protegida en esa especie de relación no alcanzaba a cubrir información como la que, en los hechos, se silenció. Es conveniente advertir que la información que no se suministró en este caso tiene la peculiaridad de que no recaía sobre la prestación de la parte que conocía la información, sino sobre la de quien la ignoraba y, además, aumentaba su valor. La parte ignorante cedió el derecho de sublicencia por 10.000 dólares a la otra parte quien, tenía una oferta por 8.3 millones de marcos alemanes. En pocas palabras, lo que tendría que haber informado la parte que recibió la oferta a la parte ignorante es que el derecho de sublicencia que le estaba ofreciendo tenía un precio muy superior a aquel en que se lo ofreció. ¿Debe confiar una empresa que otra con la que está negociando le suministre ese tipo de información, que, además, puede adquirir por si misma? La respuesta de KÖTZ es que no y se trata de una respuesta sensata. No parece razonable que entre dos actores económicos sofisticados se impongan deberes cercanos al altruismo.

²¹² Ver p. 269-271.

²¹³ Ver p. 484.

Lo anterior no significa que dichos deberes nunca deban imponerse. Hay ciertas relaciones en las que el grado de confianza es mayor y justifica un amplio deber de información, incluida la del ejemplo de KÖTZ. Así, por ejemplo, basta pensar que entre las partes hubiera existido un contrato de mandato ¿debe el mandatario informar a su mandante que está haciendo un mal negocio? La respuesta es que sí y la razón es que quien celebra un contrato de mandato puede confiar razonablemente en que el mandatario tutelaré adecuadamente sus intereses.

Pues bien, la protección de la confianza funciona como un continuo, no existen relaciones en las que no se proteja en absoluto la confianza ni existen relaciones en las cuales se proteja cualquier grado de confianza. Lo que hay son relaciones donde se protege más o menos la confianza. Lo que me interesa advertir ahora es que en toda relación existe algún nivel de confianza que debe ser tutelada. Como ya ha quedado dicho, en toda relación debe respetarse, al menos, un umbral mínimo de confianza.²¹⁴

*

A propósito de la ponderación de los intereses que efectúan los jueces cuando deben decidir sobre el carácter excusable del error, mi tesis es que lo primero que debe tenerse en cuenta es si existe una confianza razonable de quien padece el error. Si dicha confianza existe, se debilitan las exigencias de la autorresponsabilidad, por lo tanto, el error será excusable y la reticencia de la parte que conoce dicho error y no lo informa será ilícita.

3. AUTORRESPONSABILIDAD

El principio de autorresponsabilidad exige que, durante la negociación de un contrato cada parte sea diligente en procurarse su propia información.

²¹⁴ Ver pp. 473-478.

Se trata de lo que en forma levemente retórica puede denominarse "deber de informarse".

La aceptación de un deber de informarse parece ser cosa pacífica, lo que despierta más dudas es el nivel de diligencia que se exige en el cumplimiento de este deber. En las páginas siguientes intentaré formular algunas precisiones que contribuyan a concretar dicho nivel de diligencia.

a. El deber de informarse y el acceso a la información

Más allá del umbral mínimo de confianza y no existiendo una relación de confianza entre las partes que justifique el suministro de información, la regla es cada parte debe procurarse su propia información. Sin embargo, tal y como han entendido los tribunales dicha regla, para que sea aplicable, es necesario que la conducta de quien padeció el error haya sido negligente. Es decir, que la información haya sido accesible y quien incurre en el error no se la haya procurado.

(i) El deber de informarse

En reiteradas ocasiones el Tribunal Supremo ha señalado que la buena fe no sólo impone el deber de informar, sino, además, el de informarse.²¹⁵ 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".²¹⁶ En caso contrario, se le imputan los efectos de su declaración, aún cuando ésta haya quedado determinada por un error.

²¹⁵ 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".

²¹⁶ Ver STS 18 de febrero de 1994, *supra* nota 15.

Por otra parte, la doctrina que se ha preocupado de estudiar los deberes precontractuales de informar, advierte, en general, que, para que surjan dichos deberes, no basta que una parte ignore cierta información relevante, sino que además es necesario que dicha ignorancia sea legítima.²¹⁷ De otra manera el error se considera como inexcusable.

Legitimidad implica aquí que la ignorancia no se deba a la negligencia de quien padece el error. El principio de autorresponsabilidad exige que cada una de las partes se procure información acerca de las circunstancias o condiciones que son esenciales o relevantes para ella. Desde esta perspectiva, la posibilidad de alegar infracción de un deber precontractual de informar queda determinada por el hecho de haberse comportado diligentemente al momento de procurarse la propia información, esto es lo que exige el principio de autorresponsabilidad.²¹⁸

(ii) *El acceso a la información*

Según el TS, cada parte debe procurarse su propia información, pero, en numerosas ocasiones a ello añade: "en los casos en que tal información le es fácilmente accesible".²¹⁹

²¹⁷ En este sentido puede considerarse, aunque algo retóricamente, al deber de informarse como un límite al deber de informar. Ver, por ejemplo, GHESTIN, *Traité*, p. 625; FABRE-MAGNAN, *De l'obligation d'information*, p. 197; JOURDAIN "Le devoir", p. 139; DE LEYSSAC, "L'obligation de renseignement", p. 325; GÓMEZ CALLE, *Los deberes precontractuales*, p. 89; PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, *Las cláusulas abusivas*, p. 27 (previniendo, sin embargo, que esa idea no puede seguir admitiéndose en la contratación en masa) y PÉREZ GARCÍA, *La información*, pp. 173-176 (advirtiendo que en el caso de los consumidores el deber se extendería únicamente hacia aquellos hechos que sean fácilmente aprensibles por los sentidos).

²¹⁸ Ver JOURDAIN, "Le devoir", p. 138. Se trata de una afirmación que encuentra un cómodo encaje en célebres brocardos como: "de non vivillantibus non curat praetor", que puede traducirse, según señalan MALAURIE, AYNES, y STOFFEL-MUNCK (*Les obligations*, p. 237) como: "la ley no protege al imbécil", o "*emptor debet esse curiosus*" y, más generalmente, dentro de la máxima "caveat emptor".

²¹⁹ 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

De aquí parece desprenderse que, en lo que respecta a los deberes precontractuales de informar, el principio de autorresponsabilidad reposa sobre la posibilidad de acceso a la información.²²⁰ Lo que justifica imputarle a una persona su declaración de voluntad, aunque esta haya estado determinada por un error, es el juicio de reproche que se le formula a quien pudiendo informarse no lo hizo.

(iii) Asunción del riesgo

La racionalidad de imputar los defectos de su declaración a quien pudiendo informarse no lo hizo y padeció un error radica en la presunción según la cual si una persona puede evitar la posibilidad de cometer un error y no lo hace es simplemente porque decide asumir el riesgo de equivocarse. Expondré a continuación dos manifestaciones de esta asunción del riesgo a equivocarse que contribuirán a explicar esta solución.

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 (*supra* nota 122) y de 12 de julio de 2002 (*supra* nota 52), 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).

²²⁰ Después de todo la idea de deber implica la de poder, sólo es posible reprocharle a alguien que incumplió aquella conducta que debía si dicha conducta era posible. Por lo mismo, sólo se puede reprochar a una persona no haberse procurado la información cuando ésta era accesible.

(aa) Ignorancia consciente

La denominada "ignorancia consciente" (*conscious ignorance*) es un supuesto que ha recibido especial atención en el derecho estadounidense. Una mirada al *Restatement (Second) of Contracts* y al *Restatement (Third) of Restitution* muestra que si una parte concluye una negociación consciente de su ignorancia, generalmente deberá soportar el riesgo de cometer un error.²²¹ Refiriéndose a estas reglas FARNSWORTH 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".²²²

Un caso contribuirá a explicar el uso de esta doctrina. En *Nelson v. Rice*²²³, 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 valorar adecuadamente los cuadros. 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

²²¹ El § 154 del *Restatement (Second) of contracts*, refiriéndose al problema de la ignorancia consciente dispone:

"A Party bears the risk of conscious ignorance when (...) b) he is aware, at the time the contract is made, that he has only limited knowledge with respect to the facts to which the mistake relates but treats his limited knowledge as sufficient."

²²² FARNSWORTH, A., *Alleviating Mistakes. Reversal and Forgiveness for Flawed Perceptions*, Oxford University Press, 2004, p. 37.

²²³ *Nelson v. Rice*, 12 P.3d 238 Ariz. Ct. App. 2000.

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 asignársele a quien opta por ella.

(bb) El contexto social

Junto a casos como el anterior, existen otros supuestos en los cuales es el contexto social lo que permite inferir que la parte ignorante ha aceptado el riesgo de su ignorancia. Un ejemplo suficientemente ilustrativo de esto se encuentra en la búsqueda de "gangas", en mercados callejeros o en ferias de libros usados.²²⁴

El contexto en que se desarrollan este tipo de operaciones determina que posean un carácter marcadamente especulativo, por este motivo quienes participan en ellas deben asumir los riesgos que, eventualmente, entrañe su ignorancia, vendiendo, por ejemplo, un incunable, o una famosa antigüedad a precio de ganga.²²⁵

²²⁴ Así, por ejemplo, CASTRO Y BRAVO, *El negocio jurídico*, p. 113.

²²⁵ Aceptando la importancia del contexto social en este tipo de supuestos, EISENBERG ("Disclosure in Contract Law", pp. 1686-1687) sugiere que la explicación de que en este tipo de situaciones se permita no revelar información radica en que, en conjunto, dicha solución beneficia incluso a la parte que vende una obra de arte a precio de ganga. Este autor realiza su análisis a propósito de la venta de libros usados. Señala que, aún cuando algún librero venda una obra de gran valor como una ganga, ese tipo de contratos beneficia, en general, a quienes se dedican a la venta de libros usados toda vez que alienta a potenciales

b. La valoración de la conducta

Las decisiones del Tribunal Supremo parecen señalar que una parte debe procurarse su propia información siempre que ésta sea fácilmente accesible ¿Qué significa esto?

Una mirada a las decisiones del Tribunal Supremo sobre excusabilidad del error muestra que para considerarlo como excusable se exige al *errans* una diligencia regular o media.²²⁶ Sin embargo conviene intentar dar mayor precisión a esta afirmación identificando los factores a los que han recurrido los tribunales españoles para determinar la diligencia de quien padece un error.

(i) Algunos factores para determinar la diligencia de quien padece el error²²⁷

Los tribunales han sido pródigos al identificar factores que pueden emplearse para medir la diligencia de quien padece un error. Algunos de ellos son especialmente importantes por la frecuencia con que son utilizados. A continuación voy a intentar ilustrarlos a través de algunas sentencias judiciales.

compradores a entrar a las tiendas de libros usados en busca de una ganga, no obstante, la mayoría de las veces no la encontrarán, aún así, adquirirán otros productos. Por otra parte, una regla que permita al comprador mantenerse en silencio establece incentivos a los vendedores de libros para especializarse y ser más cuidadosos en la venta de sus productos.

²²⁶ Ver, por ejemplo, STS de 3 de julio de 2006 (RJ 2006,5813, pte. Excmo. Sr. D. J.A. Xiol Ríos, FD 4) señalando que: "Es inexcusable el error cuando pudo ser evitado empleando una diligencia media o regular" y la STS de 11 de diciembre de 2006 refiriéndose al error que hubiera podido ser evitado con una "diligencia media o regular" (RJ 2006, 9893, pte. Excmo. Sr. D. J. Corbal Fernández, FD. 3). En el mismo sentido la STS de 12 de noviembre de 2004 (RJ 2004,6900, pte. Excmo. Sr. D. P. González Poveda, FD 2), la STS de 12 de julio de 2002 (RJ 2002,7145, pte. Excmo. Sr. D. A. Romero Lorenzo, FD 5), y la, tantas veces citada, STS de 18 de febrero de 1994 (ver *supra* nota 15).

²²⁷ En la confección de este catálogo de factores me ha resultado muy útil VERDA Y BEAMONTE, *Error y responsabilidad*, pp. 64-74.

(aa) La condición de experto o profesional

La STS de 18 de febrero de 1994 señala, en lo que es de interés aquí, que “es exigible mayor diligencia cuando se trata de un profesional o de un experto.” En cambio, “[l]a diligencia exigible es por el contrario, menor, cuando se trata de persona inexperta que entre en negociaciones con un experto.”²²⁸ Actualmente puede considerarse esta afirmación como doctrina jurisprudencial.

- La STS de 9 de abril de 1980²²⁹ 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 1981²³⁰, dispone que la excepcionalidad del error impide su invocación “cuando éste pudo ser evitado con tal 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 4 de enero de 1982²³¹, toma en cuenta para estimar la excusabilidad del error alegado que los compradores de un manantial para el negocio de las aguas minerales carecían de una preparación específica en el tipo de negocio que estaban adquiriendo.

- La STS de 30 de septiembre de 1999²³² trata sobre un caso en el que se vendió un inmueble como cuerpo cierto, en términos tales que uno de sus linderos no coincidía con el indicado en los documentos de la venta.²³³ La compradora solicitó la anulación del contrato por error. El TS, en el

²²⁸ Ver *supra* nota 15.

²²⁹ Ver *supra* nota 116.

²³⁰ RJ 1981,3595. Pte. Excmo. Sr. M. González Alegre y Bernardo.

²³¹ Ver *supra* nota 215.

²³² RJ 1999,7003. Pte. Excmo. Sr. A. Villagómez Rodil.

²³³ La razón es que se trataba de una finca respecto de la cual se había cedido una parte al Ayuntamiento, alterándose su lindero norte. En los documentos de venta no figuraba esta variación, conservándose el lindero norte tal como era con anterioridad a la cesión.

fundamento de derecho primero de la sentencia, consideró que el error era inexcusable, teniendo en especial consideración que la demandante era:

“(...) una empresa dedicada a la promoción urbanística, a la que cabe atribuir la profesionalidad necesaria para adoptar las medidas de precaución y aseguramiento medias respecto a la compra de terrenos para su explotación mercantil mediante su edificación; Y (sic) por esta razón la jurisprudencia viene exigiendo una diligencia más expresa cuando se trata de expertos o profesionales”.

- La STS de 12 de julio de 2002²³⁴ 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.²³⁵ 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 2005²³⁶ 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.

(bb) El asesoramiento de expertos

Un segundo factor que aparece con frecuencia y es tenido en cuenta en las decisiones del TS es la asistencia por expertos a alguna de las partes.

²³⁴ Ver *supra* nota 52.

²³⁵ Aparentemente el error se refirió a una edificación que los compradores creyeron que se encontraba en la propiedad y que, en realidad no existía.

²³⁶ Ver *supra* nota 121.

Si durante las negociaciones del contrato una persona se hace asesorar por un experto, el juicio de excusabilidad se torna más severo.

- La STS de 4 de diciembre de 1990²³⁷, 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:

“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”.²³⁸

- La STS de 24 de enero de 2003²³⁹ 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”.

(cc) El acceso a la información

- La STS de 12 de julio de 1988²⁴⁰ recae sobre la venta de un chalet en el que los compradores alegaron subsidiariamente haber sufrido un error esencial consistente en su desconocimiento del hecho de que dicho

²³⁷ Ver *supra* nota 37, FD 2

²³⁸ 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.

²³⁹ RJ 2003,1995. Pte. Excmo. Sr. D, J. de Asís Garrote, FD 3

²⁴⁰ RJ 1988,10735, Pte. Excmo. Sr. D. F. Morales Morales.

chalet, aparentemente, se encontraba construido incurriendo en una infracción urbanística. El TS declara inexcusable el error, declarando que:

“(…) la situación urbanística del chalé litigioso hubiera podido ser fácilmente conocida por los recurrentes, antes de decidirse a la compra del mismo, solamente con haber hecho uso del derecho a información pública”.

-La STS de 25 de enero de 1996²⁴¹ 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 2002²⁴² 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”.

- Finalmente, la STS de 17 de noviembre de 2006²⁴³ rechaza un recurso de casación por infracción del artículo 1.483 CC en el que los

²⁴¹ RJ 1996,318. Pte. Excmo. Sr. D. A. Villagómez Rodil, FD 1.

²⁴² RJ 2002,4796. Pte. Excmo. Sr. D. A. Villagómez Rodil.

²⁴³ RJ 2006, 8932. Pte. Excmo. Sr. D. V. Montes Penadés.

compradores de una parcela reclamaban que no se les había informado que la propiedad se encontraba afectada por cargas urbanísticas. En lo que interesa aquí el TS señala:

“(…) no puede decirse que la buena fe exigible, como comportamiento honesto y leal en los tratos (artículos 7.1 y 1258 CC), imponga un especial deber de información en los vendedores que venga a coincidir con lo que pueda obtenerse mediante la consulta de los Registros y de las Oficinas Públicas que la dispensan, entre otras razones porque la misma buena fe exige en la contraparte un comportamiento diligente”.

(dd) Las circunstancias personales

En forma menos reiterada que los factores anteriores, los tribunales españoles también han tenido en cuenta algunas circunstancias personales de las partes, así, por ejemplo, la edad, el hecho de que sean extranjeros, o que tengan bajo nivel de instrucción.²⁴⁴

- La STS de 15 de julio de 1987²⁴⁵, 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 1994²⁴⁶ 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”.

²⁴⁴ Además de las sentencias que cito aquí pueden consultarse otras en VERDA Y BEAMONTE, *Error y responsabilidad*, pp. 73-74.

²⁴⁵ Ver *supra* nota 146.

²⁴⁶ Ver *supra* nota 50.

- La STS de 17 de noviembre de 2006²⁴⁷ aprecia, en su fundamento de derecho tercero, que la condición de extranjeros de los compradores de un inmueble pudiera ocasionarles mayor dificultad de comprensión, sin embargo, no le asigna mayor importancia al hecho, toda vez que acudieron representados por un letrado.

- Finalmente, la SAP de Salamanca de 26 de febrero de 2007²⁴⁸ 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 80 años.²⁴⁹

*

La lectura de las decisiones de los tribunales muestra que es posible detectar ciertos factores que permiten definir con mayor precisión el nivel de cuidado que se exige a las partes que negocian. A partir de estos factores es posible deslindar algunas reglas.

La primera de ellas es que se exige un mayor nivel de cuidado a quien negocia en áreas en las que tiene experiencia o pericia. Se trata de una regla que el Tribunal Supremo aplica desde hace ya algunas décadas²⁵⁰ y

²⁴⁷ Ver *supra* nota 243.

²⁴⁸ JUR 2007,254071.

²⁴⁹ Sorprendentemente esta SAP de Salamanca considera como prueba de la diligencia que los vendedores hayan contratado a un profesional del ramo para que los asesorara. Digo sorprendentemente porque, como se ha visto la posición del TS a este respecto es que quien contrata a un profesional asume el riesgo de que el profesional se comporte con diligencia.

²⁵⁰ Así, por ejemplo, la STS de 18 de febrero de 1994 (ver *supra* nota 15) cita dos SSTS, una de 28 febrero 1974 (RJ 1974,742. Pte. Excmo. Sr. D. G. García Ruíz) y otra de 18 abril 1978 (RJ 1978,1361. Pte. Excmo. Sr. D. F. Rodríguez Solano y Espín) en este sentido. A ellas todavía se puede agregar la STS de 9 de abril de 1980 (RJ 1980,1411. Pte. Excmo. Sr. D. J. Santos Briz), todas ellas sobre inexcusabilidad del error. En la primera de las sentencias citadas el TS sostuvo que "No es racional presumir en unos anticuarios (...) la inexperiencia en asunto de su profesión que el supuesto error en la época del cuadro implica". En las otras dos sentencias se trata de constructores y se considera inexcusable el error cometido sobre la edificabilidad del terreno en un caso y la extensión del

que, como se ha visto, tiene un precedente en la disciplina de los vicios redhibitorios.²⁵¹ La racionalidad de esta regla es evidente, aquello que es fácilmente perceptible para un profesional no lo es, necesariamente, para un lego, de ahí que, a ese respecto, se juzgue de manera más severa al primero. Así, por ejemplo, una sentencia de la Audiencia Provincial de León de 15 de marzo de 1994²⁵² acogió una demanda de indemnización de daños y perjuicios contra un vendedor de un mostrador frío que no había suministrado información al comprador sobre las características del mismo acerca de su falta de idoneidad para la conservación de helados. Probablemente, el error del comprador hubiera sido inexcusable si éste se hubiera dedicado profesionalmente a esta rama de actividades.²⁵³

La segunda regla que es posible deslindar de las sentencias examinadas posee una relación cercana con la primera. Según esta regla, se exige mayor cuidado a quien negocia asesorado por expertos. La racionalidad de esta regla es idéntica a la de la primera.

Una tercera regla se refiere a la accesibilidad de la información, específicamente respecto de aquella que consta en registros públicos. Se

terreno en el otro. En ambos supuestos la profesión de los compradores fue determinante para desechar la existencia de error excusable.

²⁵¹ Ver pp. 97-98.

²⁵² AC 1994, 396.

²⁵³ Otro ejemplo se encuentra en la SAP de Barcelona de 5 de enero de 1998 (AC,1998,4, FD 2), una de las razones para desestimar la indemnización solicitada por una paciente por una intervención quirúrgica en la vista (que, en definitiva, supuso un empeoramiento respecto a la situación anterior a ella), fue que no se consideró que existiera infracción en el deber de informar de los médicos. En lo que es de interés aquí, el tribunal consideró que no se trataba de una persona profana en medicina, sino de una enfermera en activo del Hospital de Manresa, específicamente de su Servicio de Oftalmología. Estima el Tribunal que "no resulta creíble que, previamente, en su centro de trabajo no se le informara adecuadamente de la naturaleza y riesgos de la técnica a la que iba a ser sometida".

considera que incumple con la diligencia requerida quien no consulta la información disponible en los registros públicos.²⁵⁴

Una cuarta regla, bastante obvia, es que se considera inexcusable el error cuando no resulta creíble que se ignorara la información toda vez que ésta se encuentra a la vista y no puede ser ignorada sino con culpa grave. Así sucede en la STS de 25 de enero de 1996²⁵⁵ en la que se considera inexcusable el error de una arrendataria que creyó que el local que alquiló disponía de algunas terminaciones de las que, en los hechos, carecía. No es creíble que ignorara la ausencia de estas terminaciones considerando que había visitado el local antes de la celebración del contrato en numerosas ocasiones.

Finalmente, una quinta regla es que al momento de determinar el nivel de diligencia exigible se toman en cuenta factores subjetivos para atenuar dicho nivel. Así sucede, como se ha visto, cuando se trata de una persona analfabeta, muy inexperta en los negocios, de muy avanzada edad, de extranjeros que no comprenden bien el idioma del país en el que están negociando, etc.²⁵⁶

²⁵⁴ La posibilidad de consulta de los registros públicos ha sido, en opinión de VERDA Y BEAMONTE (*Error y responsabilidad*, pp. 73-74) uno de los factores que han utilizado los tribunales para determinar el carácter excusable o no del error.

²⁵⁵ Ver *supra* nota 241.

²⁵⁶ Otro ejemplo de factores subjetivos se encuentra en lo que EISENBERG, M. ("The Bargain Principle and its limits", *Harv. L. Rev.*, nº 95, 1982, p. 763) ha denominado "incapacidad transaccional" (*transactional incapacity*). El autor utiliza la expresión para referirse a personas que siendo de inteligencia normal, carecen de aptitud, experiencia o capacidad de juicio suficiente como para decidir adecuadamente una negociación compleja (*Loc. cit.*). Este criterio no resulta extraño al derecho español. Así, por ejemplo, la ya citada STS de 4 de enero de 1982 (ver *supra* nota 215) toma en consideración, a propósito de la inexcusabilidad del error, que se trata de una persona inexperta que negocia con una experta, señalando que en ese caso se le exigirá menor diligencia a la primera de ellas.

Por otra parte, se trata de un criterio recogido por los PECL en su artículo 4:109: *Excessive Benefit or Unfair Advantage*, donde uno de los requisitos para que tenga lugar la rescisión del contrato por esta causa es que la parte que resultó perjudicada a través del negocio fuera: *improvident, ignorant, inexperienced or lacking in bargaining skill*.

(ii) *La comparación de las posiciones de las partes*

Presentados los principales factores que emplean los tribunales para determinar la diligencia exigible a quien padece el error, es importante agregar ahora que el examen de la diligencia precisa comparar las posiciones de ambas partes respecto del acceso a la información. Así parece desprenderse, por ejemplo, de las sentencias que señalan que cuando un experto negocia con un lego se le exige menor diligencia a este último²⁵⁷, o de la opinión de un sector de la doctrina según el cual, para fijar los límites de los deberes precontractuales de informar, es necesario prestar atención a la posición de las partes frente a la información y determinar si el acceso a ella era simétrico o asimétrico.²⁵⁸

(aa) Simetría y asimetría en el acceso a la información: el sentido económico de la distinción

La simetría o asimetría en el acceso a la información es una de las distinciones que se utilizan con mayor asiduidad al momento de delimitar los contornos del deber de informar.²⁵⁹ Se trata de una distinción que tiene sentido económico. La información suele ser costosa de producir, y es frecuente que una de las partes se encuentre en mejores condiciones

Habría que agregar que la rescisión por beneficio excesivo o ventaja injusta (*Excessive Benefit or Unfair Advantage*) no debería tener lugar cuando la parte que se encuentra en una posición desventajosa por su falta de experiencia o ignorancia asume conscientemente el riesgo. Sobre esto ver pp. 490-492.

²⁵⁷ Ver *supra* nota 256.

²⁵⁸ Ver, por ejemplo, GÓMEZ CALLE, *Los deberes precontractuales*, pp. 21-22 y VERDA Y BEAMONTE, "La reticencia", pp. 19-21.

²⁵⁹ Ver, por ejemplo, GHESTIN, *Traité*, p. 625 y ss.; FABRE-MAGNAN, *De l'obligation d'information*, pp. 199 y 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.

de acceder a ella o producirla que la otra.²⁶⁰ Por este motivo, suele afirmarse que, en una situación de asimetría –es decir cuando una parte puede acceder a la información en mejores condiciones que la otra–, el riesgo de la ignorancia debe asignársele a esa parte, pues eso es lo que hubieran convenido si hubieran negociado racionalmente el contrato.

Desde una perspectiva económica la asimetría en el acceso a la información se plantea en términos de costos.²⁶¹ Si una de las partes posee altos costos de información y los costos de la otra son, en cambio, bajos, queda configurada la asimetría en el acceso a la información. Así, sucede, utilizando un ejemplo de SCHÄFER Y OTT, tratándose de la venta de un vehículo usado que tiene una fisura en el motor, asumiendo que el vendedor se dedica a ese tipo de negocios y el comprador no.²⁶² El costo de informarse acerca de la fisura es menor para el vendedor –un experto en el rubro– que para el comprador –un lego, sin experiencia en esa actividad. Por esta razón, en este caso tiene sentido económico imponer un deber de informar al vendedor del coche usado.

(bb) Un enfoque complementario

Un enfoque complementario al descrito ha sido desarrollado por SCHEPPELLE, quien, en un trabajo profusamente citado en el ámbito estadounidense, se ha preocupado de precisar con mayor acuciosidad la forma de determinar la simetría o asimetría en el acceso a la información.²⁶³ Señala esta autora que puede considerarse que las personas tienen igual acceso a la información si se satisfacen dos condiciones copulativamente. La primera de ellas es que tengan las mismas probabilidades de adquirir la información con los mismos niveles

²⁶⁰ KRONMAN, "Mistake, Disclosure", p. 4.

²⁶¹ Ver SCHÄFER y OTT, *Manual*, p. 324.

²⁶² *Ibid.*, p. 325.

²⁶³ SCHEPPELLE, *Legal Secrets*, pp. 120-121.

de esfuerzo. La segunda condición es que las partes sean capaces de realizar ese esfuerzo. Un ejemplo, suministrado por VERDA Y BEAMONTE, contribuirá a explicar esto.²⁶⁴ Se trata de una venta entre dos anticuarios, el vendedor cree que el objeto es una imitación de una mesa antigua, el comprador, en cambio, sospecha que se trata de un mueble de época y encarga un dictamen a un experto. La mesa resulta ser una antigüedad ¿debe informárselo el comprador al vendedor?

Desde el enfoque de SCHEPPELLE la respuesta es negativa. La razón es que ambas partes del contrato tenían igual acceso a la información, es decir los dos contratantes podían adquirir la información con el mismo esfuerzo y ambos estaban en condiciones de realizar ese esfuerzo.

En otras situaciones no sucede lo mismo. En algunos supuestos, las partes no tienen las mismas probabilidades de adquirir la información con niveles de esfuerzo semejantes. Así, será frecuente que esto suceda cuando entre las partes existe una desigualdad “estructural” en el acceso a la información.²⁶⁵ Esto significa que, debido a la posición que ocupa una de las partes, ésta puede adquirir la información con mayor sencillez que la otra. El caso emblemático tiene lugar en las relaciones entre profesionales y legos o entre empresarios y consumidores.

En otros supuestos, la desigualdad se produce porque las partes no son igualmente capaces de realizar el esfuerzo de adquirir la información. SCHEPPELLE señala como ejemplo de esto tres hipótesis.²⁶⁶ La primera de ellas tiene lugar cuando una de las partes sabe que existe la información y la otra ni siquiera lo sospecha. Un caso real contribuirá a esclarecer esta primera hipótesis. Se trata de un caso resuelto por el *Tribunal de*

²⁶⁴ VERDA Y BEAMONTE, “El dolo *in contrahendo*”, p. 49.

²⁶⁵ Ésta es una explicación bien plausible –aunque parcial– del tratamiento que reciben los vicios redhibitorios en el Código Civil: el vendedor, por su contacto con la cosa, estará, generalmente, en una mejor posición que el comprador para conocer sus defectos.

²⁶⁶ SCHEPPELLE, *Legal Secrets*, p. 121.

Grande Instance de París en 1985.²⁶⁷ 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 franceses. Entre dichos objetos se encontraba una pintura que más tarde fue adquirida por un restaurador de pinturas por 4.000 francos. Después de una lenta restauración y una considerable cantidad de dinero invertida en 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 al Museo del Louvre en 3.250.000 francos.

La segunda hipótesis tiene lugar cuando una de las partes dispone de menos recursos que la otra, de manera que, aunque lo desee no puede invertir en la adquisición de la información. Finalmente, la tercera hipótesis, se presenta cuando una de las partes tiene menor capacidad intelectual o experiencia que la otra.²⁶⁸

Cuando el acceso a la información es desigual, desde la perspectiva de SCHEPPELLE, existe una buena razón para imponer un deber de informar.

*

Según el principio de autorresponsabilidad, los efectos de la declaración se le imputan a la parte que formuló dicha declaración, aún cuando haya padecido un error. La posibilidad de imputar los efectos jurídicos de la declaración, sin embargo, depende de que la información haya sido accesible. Lo que, en general, significa que el error haya podido ser vencido con una diligencia media o regular.

En las páginas anteriores me he dedicado a presentar los principales factores empleados por los tribunales para determinar el nivel de diligencia que se exige para considerar el error excusable y, a propósito

²⁶⁷ En la narración de los hechos sigo a GHESTIN, J., "The Precontractual Obligation to Disclose Information", en Harris D. y Tallon, D. (edits.), *Contract Law Today*, Oxford University Press, Oxford, 1991, p. 159.

²⁶⁸ Un ejemplo de esto se encuentra en la incapacidad transaccional a la que se refiere EISENBERG, ver *supra* nota 256.

de dichos factores he formulado algunas reglas. Además, he sugerido que el análisis de la diligencia de quien padece el error debe ser comparativo y considerar la posición de la otra parte. En las páginas siguientes me interesa completar este análisis con un tema que no ha llamado especialmente la atención de los tribunales españoles: los recursos endógenos de la negociación. A propósito de ellos, me detendré sobre el deber de responder.

(iii) Los recursos endógenos de la negociación

SCHEPPELLE considera que la razón para no imponer un deber de informar al vendedor en *Laidlaw v. Organ* es que ambas partes tenían un acceso relativamente semejante a la información, tanto el vendedor como el comprador eran mercaderes, ubicados en la misma zona, y ambos podrían haber estado alerta a las noticias acerca del alza del bloqueo.²⁶⁹

Sin embargo, cuando se recuerda los hechos del caso²⁷⁰ esto no parece tan obvio: el comprador se enteró primero porque un hermano de su socio estaba presente en la negociación del levantamiento del bloqueo. Con todo, esto no significa que el vendedor no pudiera acceder a la información. Uno de los hechos que no aparece suficientemente documentado en la sentencia –sólo mencionado– es que el vendedor preguntó al comprador si tenía noticias acerca del alza del bloqueo, la respuesta que dio éste, si es que dio alguna, no aparece mencionada en la sentencia, pero, lo que aquí importa es una cosa distinta: el hecho de que se haya preguntado.

Aún en los supuestos en los que existe asimetrías en el acceso a la información, es posible que la parte ignorante pueda acceder a la información a través de técnicas de negociación comúnmente

²⁶⁹ SCHEPPELLE, *Legal Secrets*, p. 121.

²⁷⁰ Ver pp. 32-38.

aceptadas²⁷¹, 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 negociación. En situaciones como esas, las partes poseen suficientes recursos endógenos para protegerse a sí mismas sin necesidad de intervención de legislador o del juez.²⁷²

Tomando en cuenta los recursos endógenos de la negociación, la regla de la asimetría de información tal como se desprende del planteamiento de SCHEPPELLE puede ser adicionada de la siguiente manera: aún cuando el acceso a la información sea asimétrico, no debe imponerse el deber de informar cuando dicha información pueda ser adquirida por la parte ignorante a través del uso de técnicas de negociación. Una formulación semejante puede encontrarse en lo que se ha denominado el “principio de negociación” (*bargaining principle*) que puede presentarse en los siguientes términos:

“Bargaining duties must not be structured in a way that requires one party to confer upon another party any benefit or advantage (that could be taken from the bargaining process) that the latter party has not bargained for”.²⁷³

Será útil ilustrar la utilidad de este “principio de la negociación” con un ejemplo.²⁷⁴ Durante el verano de 1966, Paul Curtis, un conocido agente inmobiliario de Orlando, contactó con Robert Chapman, otro agente

²⁷¹ Ver NORTON, E., “Bargaining and the Ethics”, p. 532.

²⁷² COLEMAN, *et al.*, *Bargaining Theory*, p. 698.

²⁷³ RAMSAY, I. “The Buyer, Seller Asymmetry”: Corrective Justice and Material Non-Disclosure”, *University of Toronto Law Journal*, vol. LVI, nº 1, 2006, p. 140. Ver también NORTON, “Bargaining and the Ethics”, p. 549, señalando que el deber de informar no tiene lugar cuando la información puede ser adquirida utilizando técnicas propias de la negociación.

²⁷⁴ Tomo el ejemplo de BULLARD GONZÁLEZ, A., *Derecho y Economía. El análisis económico de las instituciones legales*, Palestra Editores, Lima, 2003, p. 303.

inmobiliario, para manifestarle su interés en adquirir un inmueble propiedad del primero ubicado en Lake County, Orlando. El precio que pagó el comprador ascendía a 47.500 dólares y correspondía a una vez y medio el valor de mercado del terreno. Algún tiempo después de la celebración del contrato el vendedor descubrió que la razón de su ventajosa venta radicaba en el hecho –desconocido para él- que en esos terrenos se construiría *Disneyworld* con lo que los precios de los terrenos afectados aumentó varias veces de valor. El vendedor demandó a su comprador con el objeto de dejar sin efecto el contrato de compraventa alegando que el silencio de éste lo había inducido a error.

Pues bien, aun aceptando que el dueño de la finca no hubiera podido saber ni sospechar la construcción de *Disneyworld*, debería haberle preguntado al comprador por el precio que estaba recibiendo. Después de todo, ambos (comprador y vendedor) eran agentes inmobiliarios de la zona y el precio al que le ofrecía comprarle la propiedad era de 1,5 valor de mercado. Una posibilidad es que el vendedor no haya querido preguntar simplemente porque consideró que estaba haciendo un magnífico negocio y que preguntar pondría sobreaviso al comprador, pero en ese caso, parece evidente que así como esperaba la ganancia de su silencio, debería aceptar el riesgo del silencio del comprador.

(iv) Preguntas y respuestas

De los recursos endógenos que poseen las partes para protegerse frente a la información que ignoran y que la otra parte conoce, el más evidente es la posibilidad de formular preguntas a esta última. Ahora bien, la aptitud de este recurso –la formulación de preguntas- para autoprotegerse depende de dos cosas, la primera de ellas es que la parte necesitada de información se encuentre en posición de formular las preguntas adecuadas y ello no siempre sucede. La segunda es que el éxito de la pregunta depende de que exista un deber de responder correctamente a dicha pregunta. Queda pendiente la cuestión acerca de

si siempre es necesario responder o, formulada aún más radicalmente, si siempre es necesario responder con la verdad a la pregunta formulada. A continuación me detengo sobre estos dos asuntos.

(aa) La posibilidad de formular preguntas: secretos profundos y secretos superficiales

GÓMEZ CALLE señala que la parte necesitada de información puede intentar acceder a ella formulando preguntas a la otra.²⁷⁵ Advierte, sin embargo, que aún aceptándose que la otra parte debe responder correctamente a las preguntas, la posibilidad de formular éstas no garantiza que se superen las asimetrías informativas. La razón es que, en ciertas ocasiones, la parte que ignora la información ni siquiera tiene conciencia acerca de su ignorancia.²⁷⁶

Pues bien, sirviéndose de una clasificación realizada por SCHEPPELLE es posible distinguir entre "secretos profundos" y "secretos superficiales".²⁷⁷ En ambos tipos de secretos una parte sabe aquello que la otra ignora, la diferencia que existe entre ambos es que, tratándose de secretos superficiales, la parte ignorante tiene –o puede, razonablemente, tener– conciencia acerca de su falta de conocimiento, es decir, puede intuir que existe información que desconoce. En el caso de un secreto profundo lo determinante es que la parte que ignora la información ni siquiera puede sospechar la existencia de dicha información.

La utilidad de la clasificación expuesta es que permite explicar la aplicación de lo que he denominado el principio de la negociación²⁷⁸: si se trata de un secreto superficial (piénsese en el caso de la propiedad de

²⁷⁵ GÓMEZ CALLE, *Los deberes precontractuales*, p. 88.

²⁷⁶ *Loc. cit.*

²⁷⁷ SCHEPPELLE, *Legal Secrets*, p. 21

²⁷⁸ Ver p. 507.

Lake County²⁷⁹) quien desee información debe solicitarla. Si se trata, en cambio, de un secreto profundo (un ejemplo se encuentra en la venta del cuadro de Lotto a la que me he referido más arriba²⁸⁰) no se puede exigir a la parte ignorante que pregunte por aquella información que desconoce. O, dicho de otra manera, tratándose de secretos profundos la falta de preguntas es perfectamente compatible con un comportamiento diligente de aquel contratante que ignora la información. En cambio, si se trata de un secreto superficial es deber de quien desea la información preguntar por ella, lo que sin embargo no resulta totalmente claro es que siempre exista para la otra parte un deber de responder a la pregunta que le han planteado.

(bb) Un deber de responder ¿y un derecho a mentir?

En opinión de DÍEZ-PICAZO, tratándose de los deberes precontractuales de información existen dos premisas claras desde donde arrancar, la primera de ellas es que cada parte debe procurarse su información, la segunda – que es la que interesa aquí– es “el deber de dar respuesta a las peticiones expresas de información que la otra parte pueda formular”.²⁸¹ Se trata de una opinión bastante difundida.²⁸² En su estudio comparativo sobre el dolo, PROBST señala que:

“It is often said that if a contracting party asks (permissible) questions, the party addressed is under a duty to answer them truthfully.”²⁸³

Las opiniones de DÍEZ-PICAZO y PROBST son semejantes y tratándose de dos juristas importantes deben ser consideradas con seriedad. Al hacerlo de esta manera se advierte que existe entre ellas un matiz que las

²⁷⁹ Ver pp. 507-508.

²⁸⁰ Ver pp. 504-505.

²⁸¹ DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos*, I, p. 312.

²⁸² Ver, por ejemplo, BEALE, et al., *Contract Law* p. 417 y MARKESINIS, et al., *The German Law*, p. 307.

²⁸³ PROBST, “Deception”, p. 99.

diferencia. El jurista español parece señalar que siempre debe responderse a las preguntas que la otra parte haya formulado. Su par suizo, en cambio, limita el deber de responder exclusivamente a las preguntas "permisibles".

De la opinión de PROBST se sigue que no cualquier pregunta es legítima. A este respecto conviene recordar el ejemplo de BARNETT a propósito de *Laidlaw v. Organ*²⁸⁴, nadie pretendería que, en una negociación, alguien responderá sinceramente a la pregunta de si estaría dispuesto a pagar un precio mayor por el bien o servicio que adquiere. Por otra parte, en el ámbito español, GÓMEZ CALLE ha señalado que, tratándose de preguntas sobre la esfera íntima o privada:

"(...) el interrogado podrá no responder o incluso mentir en su contestación cuando se le pregunte sobre su ideología, religión o creencias religiosas (art. 16.2 CE), pertenencia a un partido político o a un sindicato, situación familiar, gustos, hábitos sexuales, etc. Lo mismo cabe decir cuando se trate de preguntas que, aun sin tener por objeto establecer una discriminación, entren en la esfera personal del afectado: v. *gr.*, debe considerarse inadmisibles preguntar a quien aspira a un trabajo acerca del salario que percibía en su anterior empleo, ya que su finalidad es tan solo perjudicar la posición negociadora del aspirante".²⁸⁵

¿Qué se saca en limpio de estas opiniones? Lo más evidente, en mi opinión, es que el deber de dar respuesta a las peticiones expresas de información que la otra parte pueda formular depende de la legitimidad de la pregunta. No cualquier pregunta merece respuesta o que la respuesta sea verdadera. Existen supuestos donde esto es evidente, así por ejemplo, sucede con el contrato de seguros²⁸⁶, o con los supuestos

²⁸⁴ Ver p. 41.

²⁸⁵ GÓMEZ CALLE, *Los deberes precontractuales*, p. 129 (citas internas omitidas)

²⁸⁶ En el derecho español el ejemplo más conspicuo de deber de responder preguntas se encuentra en la regulación del contrato de seguros. Convendrá realizar una breve mirada, prestando atención, en primer lugar a la consagración del deber de respuesta; en segundo lugar a su relación con la carga que pesa sobre la compañía de seguros de presentar el cuestionario; finalmente, en tercer lugar, será útil considerar algunas excepciones al deber de respuesta.

El artículo 10 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre (LCS) dispone en su apartado primero:

“El tomador del seguro tiene el deber, antes de la conclusión del contrato, de declarar al asegurador, de acuerdo con el cuestionario que éste le someta, todas las circunstancias por él conocidas que puedan influir en la valoración del riesgo. Quedará exonerado de tal deber si el asegurador no le somete cuestionario o cuando, aun sometiéndoselo, se trate de circunstancias que puedan influir en la valoración del riesgo y que no estén comprendidas en él”.

Tanto los autores como los tribunales consideran que lo que impone el apartado transcrito al tomador del seguro es un deber precontractual de contestación o de respuesta. Para un estudio de la doctrina puede consultarse SÁNCHEZ CALERO, F., “Comentario artículo 10”, en Id. (dir.), *Ley de Contrato de Seguro. Comentario a la Ley 50/1980, de 8 de octubre, a sus modificaciones*, 3ª ed., Thomson Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2005, pp. 230-231 y LATORRE CHINER, N., “Artículo 10. El deber de declaración del riesgo”, en Bataller Grau, J., Boquera Matarredona, J., Olavarría Iglesia, J. (coords.), *El contrato de seguro en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 110, y CAMPUZANO TOMÉ, H., “El cumplimiento del deber de declaración del riesgo. Especial problemática de los seguros derivada de los seguros vinculados a contratos de préstamo”, *RdPat*, nº 21, 2008, p. 106. Respecto de la jurisprudencia del Tribunal Supremo pueden consultarse las SSTs de 11 de noviembre de 1997 (RJ 1997,7870. Pte. Excmo. Sr.D. J. Almagro Nosete, FD 4), de 1 de junio de 2006 (RJ 2006,3063. Pte. Excmo. Sr. D. C. Auger Liñán, FD 3), de 24 de noviembre de 2006 (RJ 2006,7895. Pte. Excmo. Sr. D. C. Auger Liñán, FD 2), de 15 de noviembre de 2007 (RJ 1200,2007. Pte. Excmo. Sr. D. C. Auger Liñán, FD 3).

Este deber de respuesta ha venido a sustituir el antiguo deber de declarar espontáneamente toda la información relevante impuesta por el antiguo artículo 381 CCO, con el objeto de ampliar la tutela del tomador del seguro. Ver LATORRE CHINER, N., “Comentario Artículo 10”, en Boquera Matarredona, J., Bataller Grau, J. y Olavarría Iglesia, J. (coords.), *Comentarios a la Ley de Contrato de Seguro*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, p. 164. La ampliación de la tutela del tomador tiene lugar toda vez que el artículo 10 LCS acota el deber de declarar del tomador circunscribiéndolo al cuestionario a que lo someta el asegurador. En este sentido se lee en el fundamento de derecho segundo de la STS de 23 de septiembre de 1997(RJ 6822,1997. Pte. Excmo. Sr. D. R. García Varela, FD 2).:

“el cuestionario previo actúa como instrumento definido para poder concretar la concurrencia del actuar incumplidor contractual que se imputa al asegurado, de manera que, constatada la ausencia del mismo, ha sido la compañía la que no acomodó su actuación al artículo 10 de la Ley de Contrato de Seguro, que es bien explícito al disponer que las aseguradoras han de someter a cuestionario a los futuros contratantes con respecto a todas aquellas circunstancias que les sean conocidas para la adecuada valoración, lo que, según dicha decisión, vale para concluir que el deber del tomador ha de conjugarse con el deber de respuesta al cuestionario a que debe someterle la entidad aseguradora; ahora bien, si ésta no exige dicho cuestionario debe pechar con las consecuencias, por haber revelado al tomador del deber de cumplimentar dicha información previa al contrato”.

Puede consultarse, además, la STS de 18 de mayo de 1993 (RJ 1993,3567. Pte. Excmo. Sr. D. A. Villagómez Rodil, FD 1). Un amplio número de SSTS pueden encontrarse en LATORRE CHINER, "Art. 10. El deber de declaración del riesgo", pp. 110-111).

El párrafo de la sentencia transcrito es muy valioso, aunque hubiera sido deseable una redacción más cuidadosa. Con todo, lo primero que se extrae de él es que el cuestionario que debe presentar el asegurador al tomador concreta el incumplimiento. Lo que se quiere decir con esto es que el incumplimiento del deber de responder del tomador queda determinado por las preguntas que formule el asegurador, de manera que si éste no formula preguntas debe "pechar con las consecuencias". Esto significa, en palabras de SÁNCHEZ CALERO ("Comentario artículo 10", pp. 237-238), que:

"será el cuestionario el que determine los límites y el contenido de la declaración. Por ello, el asegurador no podrá invocar incumplimiento del deber de declaración si no presenta el cuestionario, ni hay reticencia del tomador sobre las circunstancias que no aparezcan en el cuestionario".

Si la información no es requerida en el cuestionario no existe deber de suministrarla. Esta parece ser, en general, la opinión de la doctrina (con todo, ver CALBACHO LOSADA, F., RODRÍGUEZ JIMÉNEZ, L. y BARRIOLA URRICOTECHEA, L., "El deber de declaración de riesgo en la Ley de contrato de seguro", *La Ley*, nº 4, 1988, p. 863).

Ahora bien, es necesario advertir que tampoco existe un deber de suministrar toda la información requerida en el cuestionario, no siempre se debe responder a las preguntas formuladas.

En primer lugar, el deber de respuesta se refiere únicamente a las preguntas que afectan a circunstancias que puedan influir en la valoración del riesgo. La razón es que son esas las únicas respuestas relevantes para el asegurador en términos de afectar su decisión de concluir o no el contrato, o bien de hacerlo en términos diversos. Esto plantea la pregunta acerca de cómo se determina cuáles son las circunstancias que afectan al riesgo asegurado. Se trata de una cuestión que excede los márgenes de este estudio (ver SÁNCHEZ CALERO, "Comentario artículo 10", pp. 239 y CAMPUZANO TOMÉ, "El cumplimiento del deber", pp. 127-128).

En segundo lugar no se incumple el deber de contestar si no se revela un dato que era desconocido para el tomador (ver *Ibid.*, p. 128). Ahora bien, esto que parece obvio no lo es. Lo determinante en estos casos no es que el tomador conozca o no la información, sino si debía conocerla o no. Así, CAMPUZANO TOMÉ (*Ibid.*, p. 130), señala que no se entenderá infringido el deber de contestación si a la fecha de la perfección del contrato el tomador no tenía noticias acerca de su enfermedad, pero la falta de consentimiento no obstará al incumplimiento del deber de respuesta cuando el tomador del seguro:

"habiendo podido conocer su enfermedad o padecimiento no quiso informarse de ella, o cuando, aún sin conocer el alcance exacto de su enfermedad o padecimiento no quiso informarse o, cuando, aun sin conocer el alcance exacto de su enfermedad, disponía de indicios suficientes para sospechar de su existencia".

Finalmente, en tercer lugar, agrega una autora que en aquellos supuestos en que existan indicios que la aseguradora conocía o debía conocer la información que solicita en el cuestionario, la falta de respuesta por parte del tomador no determina el incumplimiento de su deber de respuesta (ver LATORRE CHINER, "Art.

que afectan a datos protegidos por un derecho fundamental como los mencionados por GÓMEZ CALLE. En otros casos es necesario desarrollar una justificación convincente como la de BARNETT respecto a la pregunta acerca de si una persona estaría dispuesta a pagar más, o la de GÓMEZ CALLE respecto al salario del anterior empleo. Como sea, lo importante es que el deber de responder depende de la legitimidad de la pregunta a que se responde, qué es lo que hace una pregunta permisible o no, es un problema diverso que deberá enfrentarse caso a caso, ponderando los diversos intereses en juego.

Lo segundo que es posible extraer de estas opiniones mencionadas es que, en aquellos casos donde la pregunta no es legítima no sólo se extingue el deber de contestar a la pregunta, sino que –mucho más sorprendente²⁸⁷- existe la posibilidad de mentir lícitamente. A partir de esta constatación surgen dos preguntas. La primera de ellas es ¿por qué no basta el silencio y es necesario mentir? La segunda es ¿por qué permitir la mentira?

10. El deber de declaración del riesgo”, pp. 112-113). Esto queda bien ilustrado en una de las STS citada por esta misma autora, se trata de la STS de 23 de junio de 1993 (RJ 1993,4781. Pte. Excmo. Sr. D. M. Malpica González-Elipe, FD 3). Con motivo de un contrato de seguro de vida en el que el tomador no informó de su adicción a las drogas. El asegurador alegó que la información omitida modificaba el riesgo cubierto por el contrato. El Tribunal Supremo negó que hubiese lugar a la defensa del asegurador, señalando que el artículo 10 LCS permite al asegurador utilizar los procedimientos adecuados para obtener el conocimiento de la reserva o inexactitud de la declaración del tomador, en este caso, un examen médico, si no lo hizo, no puede alegar ahora su ignorancia de dicha adicción.

²⁸⁷ Como se ha visto a lo largo de esta investigación existen múltiples autores que justifican el derecho a no informar; muy pocos, en cambio, justifican un derecho a mentir. Se trata de una distinción –la de callar y mentir- con un conspicuo pedigrí filosófico. Así, por ejemplo, Kant, pese a su célebre aversión a las mentiras, parecía considerar que al mantenerse en silencio no se violaba ningún deber respecto a otros. Así parece desprenderse *a fortiori* de su ejemplo de la persona que empaqueta sus cosas para producir la sensación de que se va de viaje, aún cuando no tiene intención de hacerlo. Sobre este ejemplo puede consultarse ALEXANDER, L. y SHERWIN, E., “Deception in Morality and Law”, *Law and Philosophy*, vol. 22, nº 5, 2003, p. 401. Sobre la reconocida aversión de Kant a las mentiras puede consultarse KORSGAARD, C., “The Right to Lie: Kant on Dealing with Evil”, *Philosophy and Public Affairs*, vol. 15, nº 4, 1986, pp. 325-349.

Una ingeniosa defensa de la posibilidad de mentir lícitamente ha sido ensayada –hasta donde llegan mis noticias– por LEVMORE²⁸⁸, presentarla contribuirá a dar respuesta a las dos preguntas planteadas.

(cc) Levmore y la “deshonestidad óptima”

LEVMORE presenta su teoría señalando que en el derecho estadounidense no existe, en general, un deber de informar; el ordenamiento jurídico respeta, las más de las veces el silencio de las partes mientras negocian un contrato.²⁸⁹ El autor considera que existen buenas razones para que así sea, tanto de justicia como en términos de eficiencia. Ambas pueden ser bien ilustradas a través de un caso estadounidense utilizado por LEVMORE.

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 de propiedad de los herederos 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. Los depósitos que existían bajo el terreno de los herederos de Hendrie resultaron extraordinariamente valiosos, con un valor aproximado de mil millones de dólares. 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*).

²⁸⁸ LEVMORE, S., “Securities and Secrets: Insider Trading and the Law of Contracts”, *Va. L. Rev.*, vol. 68, 1982, pp. 117-159.

²⁸⁹ *Ibid.*, p. 138.

Expuestos los hechos del caso, ahora es posible ir sobre las razones que justifican el silencio de la empresa compradora. La primera, según LEVMORE, obedece a consideraciones de justicia, la segunda se explica por consideraciones de eficiencia.²⁹⁰ Respecto de las consideraciones de justicia en un caso como el descrito, si se impone el deber de informar al comprador, el vendedor se aprovecharía de una inversión hecha por el primero.²⁹¹ Tratándose de las consideraciones de eficiencia, si se impone al comprador un deber de informar, es posible que las empresas de prospección minera reduzcan considerablemente sus estudios sobre probables yacimientos, la razón es que si tienen que informar a los dueños de los terrenos en que se encuentran terminarán externalizando una buena parte de los beneficios de su investigación y, en cambio, internalizarán todos los costos.²⁹²

Pues bien, expuestas las razones por las que LEVMORE justifica la licitud del silencio; esas mismas razones son empleadas por el autor para justificar un derecho a mentir. Ahora bien, ¿por qué no basta el silencio y es necesaria la mentira? La respuesta es que, aún si se protege el silencio del contratante que dispone de mejor información, permitiéndole no revelarla, llegará un momento en el que las partes que creen tener menos información comenzarán a preguntar en términos extremadamente amplios. En un ejemplo como el de *Texas Gulf Sulphur* donde es el comprador quien tiene mayor información, LEVMORE plantea la siguiente pregunta del vendedor:

“Do you have any information about natural resources such as gas, oil, and minerals, proposed legislation, nearby constructions, or the like,

²⁹⁰ *Ibid.*, p. 139.

²⁹¹ *Ibid.*, pp. 139-140.

²⁹² KRONMAN (“Mistake, Disclosure”, p. 21) señala que antes de encontrar el yacimiento en cuestión *Texas Gulf Sulphur* había gastado alrededor de tres millones de dólares investigando anomalías geológicas que, finalmente, no condujeron a nada.

such that if I shared you knowledge, I would be likely to increase my sale price by ten percent or more?"²⁹³

Si la respuesta es: "no le responderé a esa pregunta", la pregunta acaba de ser contestada afirmativamente. Frente a preguntas de tal amplitud, la negativa a responder es el equivalente más cercano a la revelación de información. La única manera de que el contratante que posee mejor información proteja su ventaja es mintiendo.²⁹⁴

Pues bien, es importante aclarar que de lo anterior no se sigue que la persona que tiene mejor información pueda mentir siempre, sino que, excepcionalmente, podrá hacerlo cuando concurren las circunstancias de lo que LEVMORE denomina "deshonestidad óptima" (*optimal dishonesty*), según el autor:

"The unfairness and inefficiencies of the buyer-explorer's dilemma suggests that the law ought to allow dishonest disclosure in cases in which the misinformation would only cause the misinformed party to behave as he would have without the information, and in which it would be unfair –because of the cost and risk of extortion– to require disclosure of the informed party".²⁹⁵

La teoría de LEVMORE no parece haber gozado de mucha aceptación en el ámbito estadounidense²⁹⁶ y ello no sorprende, después de todo, una mentira constituye *misrepresentation* y ya se ha visto el rigor con que

²⁹³ LEVMORE, "Securities and Secrets", p. 139

²⁹⁴ Otra posibilidad que considera LEVMORE (*Loc. cit.*) es que la oferta se haga a través de un intermediario. En ese supuesto el intermediario puede contestar con toda honestidad a la pregunta diciendo que no lo sabe. Sin embargo, como advierte el mismo autor, la pregunta que se le formulará al intermediario será algo así como: ¿a nombre de quién me está haciendo esta oferta? Y la situación será exactamente la misma que si se hubiera actuado sin intermediario (*Ibíd.*, p. 141).

²⁹⁵ *Ibíd.*, p. 140.

²⁹⁶ En un trabajo de 1998 HEIDT, R. ("Maintaining Incentives for Bioprospecting: The Occasional Need for a Right to Lie", *Berkeley Tech. L.J.*, vol. 13, 1998, p. 675) señala, a propósito del caso de *Texas Gulf Sulphur* que nadie, salvo Levmore, defiende un derecho a mentir.

tratan los sistemas del *common law* las declaraciones falsas.²⁹⁷ En el ámbito español, ya se ha visto, GÓMEZ CALLE, defiende, en algunos supuestos, la posibilidad de mentir, pero, el ejemplo que utiliza se refiere a un derecho fundamental (el consagrado en el artículo 16.2 CE)²⁹⁸, en cambio, el ejemplo de LEVMORE se refiere más bien a una ventaja negociadora (la existencia de minerales en el subsuelo del terreno).

La diferencia entre referirse a la protección de un derecho fundamental y de una ventaja negociadora es importante. Para comprender esta importancia es necesario advertir que, jurídicamente, no informar y mentir no son equivalentes. Basta considerar la relación de ambos con el daño –que es lo que interesa al derecho civil. Quien simplemente se abstiene de informar no produce un daño, simplemente no lo evita. Quien miente si produce el daño. Esta diferencia determina que los argumentos empleados para justificar la licitud de una mentira sean mucho más exigentes que aquellos que se emplean para justificar una simple abstención.

Por esta razón, aun aceptando que consideraciones de justicia, en el sentido que las entiende LEVMORE, o de eficiencia sean suficientes para justificar la legitimidad de la reticencia de ello no se sigue que esas mismas razones basten para justificar una mentira.²⁹⁹ De ahí que, probablemente GÓMEZ CALLE esté en lo correcto cuando justifica la posibilidad de mentir si se afecta un derecho fundamental a través de la pregunta³⁰⁰, un derecho fundamental parece una justificación suficientemente poderosa, pero, no es claro que consideraciones de eficiencia, o evitar que se enriquezca a costa de otro que no ha invertido

²⁹⁷ Ver pp. 265-283.

²⁹⁸ Ver p. 511.

²⁹⁹ Ver algunas críticas al planteamiento de Levmore en DUGAN, BRYAN, HANKS, *Contractual Non-Disclosure*, pp. 169-170. Una razón económica para oponerse a la mentira en POSNER, *Economic Analysis*, p. 113.

³⁰⁰ Ver p. 511.

en la producción de la riqueza sean una justificación suficiente de la mentira.³⁰¹

C. RECAPITULACIÓN

El examen de la excusabilidad permite advertir cuáles son los intereses que consideran los tribunales a propósito del error y del dolo para determinar si debe o no informarse el error conocido.

Con respecto a los intereses, la formulación más clásica de la excusabilidad que es posible extraer de las decisiones judiciales indica que su función básica es impedir que se proteja a quien ha padecido el error cuando se ha comportado en forma negligente trasladando entonces la protección a la otra parte contratante, que la merece por la confianza infundida por la declaración.

De esta formulación es posible extraer que los tribunales consideran, de una parte, la autorresponsabilidad y la seguridad jurídica en términos tales que cuando aquel que ha padecido el error se comporta negligente la protección del ordenamiento jurídico se desplaza hacia quien ha confiado en la declaración.

Ahora bien, no es claro que estas consideraciones sean aplicables en los supuestos de error conocido que son los que importan a esta investigación. La razón es que el desplazamiento de la protección del ordenamiento jurídico de una parte a otra a que aluden las decisiones del TS se justifica porque el destinatario de la declaración ha "confiado" en ella. Sin embargo, ¿en qué sentido puede hablarse de confianza del

³⁰¹ Una posible objeción a este argumento es que parece bastante evidente que frente a la pregunta ¿estaría dispuesto a pagar más por lo que le estoy vendiendo?, la respuesta negativa no tiene ninguna consecuencia jurídica, aunque la verdad sea que sí estaría dispuesto a pagar una cantidad más elevada. Pero la razón es que en supuestos como éste la mentira carece de entidad para engañar.

destinatario cuando éste sabe que la otra parte está padeciendo un error?³⁰²

El hecho de que no exista una confianza legítima que proteger no significa, sin embargo, que el error conocido siempre deba informarse, sino más bien que es necesario adoptar un enfoque que no sólo preste atención a la legitimidad de la ignorancia sino que, además, tenga en cuenta la legitimidad de la reticencia, en términos tales que ésta será ilegítima únicamente si es contraria a las exigencias de la buena fe.

En los casos de error conocido, sea que se canalicen a través de la disciplina del error o la del dolo lo determinante para los tribunales es, según se desprende de sus decisiones, precisar si una de las partes indujo la confianza de la otra. El interés protegido aquí es la lealtad comercial. Si existió una inducción a confiar, entonces, la reticencia se considera ilegítima. Una mirada a las sentencias judiciales mencionadas en este capítulo muestra que existe lo que puede denominarse un umbral mínimo de confianza que se protege en toda relación contractual. A partir de dicho umbral lo que será necesario determinar es si entre las partes existe o no una relación de confianza.

Si la información no se encuentra dentro del umbral mínimo de confianza y tampoco existe un nivel de confianza especial entre las partes, la regla es que cada una de ellas se procura su propia información. Sin embargo, una mirada a las decisiones de los tribunales muestra que esta regla debe ser complementada con una importante adición y es que la información ignorada sea accesible. La pregunta que se plantea, entonces, es cómo determinar la accesibilidad de la información. Las sentencias judiciales entregan valiosos aportes a este respecto y, a partir de ellos, es posible deslindar algunas reglas.³⁰³ A estas reglas es posible

³⁰² Ver VERDA Y BEAMONTE, (*Error y responsabilidad*, p. 82) quien señala respecto del error conocido que: "no puede decirse que la declaración ajena suscitara en [el destinatario de la declaración] una confianza legítima y razonable respecto de la validez del contrato".

³⁰³ Ver pp. 499-501.

añadir dos importantes consideraciones que contribuyen a perfilar con mayor precisión el principio de la autorresponsabilidad. La primera de ellas es que no basta valorar aisladamente la situación de quien padece el error, es necesario compararla con la de la otra parte. La segunda consideración es que la información puede ser accesible no sólo por fuera de la negociación, sino que, además, a través de la negociación; por lo mismo, la diligencia que se exige a quien padece el error debe requerirse en ambos ámbitos.

Pues bien, en términos muy resumidos, cuando existe una confianza que lo justifique, surge un deber precontractual de informar atípico. Si dicha confianza no existe y la información es accesible para quien padece el error, entonces no surge dicho deber de información.

Presentadas las cosas de esta manera, resta una pregunta: ¿qué sucede si no existe confianza que proteger y la información no es accesible para quien padece el error?

IV. LA FUNCIÓN INTERSTICIAL DE LAS CONSIDERACIONES DE EFICIENCIA

El escenario que resta por estudiar es aquel en el que no existe confianza entre las partes y la información es inaccesible para la parte que la ignora. En estos términos, ni la protección de la confianza, entendida como lealtad contractual, ni el principio de autorresponsabilidad prestan ayuda para determinar si surge un deber precontractual de informar.

La idea que voy a defender es que en este escenario existe un interés que puede contribuir a concretar las exigencias de la buena fe y de esta manera determinar la existencia de un deber precontractual de informar atípico. Este interés es el de la creación de incentivos o, en términos más precisos, se trata de consideraciones de eficiencia.³⁰⁴

³⁰⁴ No es, desde luego, el único interés que está en juego en este escenario. Otro interés podría ser la seguridad jurídica. Se puede afirmar que si no existe confianza que proteger, la seguridad del tráfico jurídico demanda, por ejemplo, que no se pueda privar de eficacia al contrato. Me inclino, sin embargo, por la eficiencia porque la gran mayoría de los autores que han prestado atención a los deberes precontractuales de informar en el derecho español se sirven de este tipo de consideraciones de eficiencia. Esto no obsta, desde luego, a que sea posible –y deseable– ponderar entre la creación de incentivos y la seguridad jurídica. Mi afirmación es que se puede utilizar la creación de incentivos para enfrentar este escenario, no que éste sea el “único” interés que deba ser considerado.

Para desarrollar esta idea será necesario completar dos tareas distintas. La primera de ellas consiste en ilustrar la situación a través de un ejemplo y mostrar de qué manera la pregunta se refiere a la relevancia de los deberes precontractuales de informar respecto del error en este escenario. La segunda tarea es exponer las consideraciones de eficiencia y mostrar en qué forma pueden utilizarse.

A. EL ESCENARIO

1. BALDUS, NI CONFIANZA NI AUTORRESPONSABILIDAD

a. El caso

En términos muy sencillos, los hechos del caso son que 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.³⁰⁵ 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 mercado.³⁰⁶ El comprador, desde luego, conocía la autoría de las fotos.

Una vez que la vendedora se entera del verdadero valor de las fotografías solicita la anulación del segundo contrato de compraventa por dolo del comprador, consistente en no haberle informado acerca de la autoría de

³⁰⁵ 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, "Duties to Inform", p. 182).

³⁰⁶ El comprador revendió el primer lote en dos millones de francos.

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.

b. 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 al vendedor 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 de 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 prestación.³⁰⁷ Para que una parte confíe razonablemente

³⁰⁷ 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*, p. 151 y ss; EISENBERG, "Disclosure in Contract Law", p. 1.676; VILLA, G., "Errore riconosciuto, annullamento del contratto ed incentivi della ricerca di informazione", *Quadrimestre*, n° 1, 1988, p. 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

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

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", p. 115) a propósito del contrato 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, que la cosa tenía un vicio oculto no confiere ningún beneficio al comprador que éste pueda utilizar en futuras transacciones.

interesado en ellas. En este sentido, el hecho de que las fotografías fueran obra de Baldus es un "secreto profundo".³⁰⁸

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 deber precontractual de informar.

2. EL ERROR MÁS ALLÁ DE LA DILIGENCIA DEL *ERRANS*

El *affaire Baldus* muestra con singular elocuencia la importancia de determinar si existe o no un deber precontractual de informar en una situación en la que la protección de la confianza y el principio de autorresponsabilidad no resultan útiles. ¿Qué sucede, sin embargo, cuando en situaciones como la descrita, se acude a la disciplina del error? ¿Sigue teniendo importancia cuestionarse acerca de deberes precontractuales de informar? Una vez más, un caso servirá para ilustrar la importancia de estas preguntas.

a. Fragonard

En 1966, el señor Spoturno-Coty hereda un cuadro que se consideraba una réplica de "Le Verrou", una famosa pintura realizada por Fragonard.³⁰⁹ El año siguiente, constituye una prenda sobre dicho lienzo a favor de un banco. Al constituir la prenda el cuadro es sometido al examen de un experto que mantiene la opinión de que se trata de una réplica. Durante 1968, el señor Spoturno-Coty presta su consentimiento para la realización de la prenda. El cuadro fue vendido por 55.000 francos

³⁰⁸ Ver pp. 509-510.

³⁰⁹ Tomo la relación del caso de FABRE-MAGNAN (*De l'Obligation d'information*, pp. 179-180).

franceses al señor Heim, director de una galería de arte. Después de una minuciosa restauración, el comprador comprueba que se trata de un Fragonard auténtico. El 25 de febrero de 1974, el comprador vendió el cuadro al Museo del Louvre por 5.095.000 francos. Los herederos del Señor Spoturno-Coty solicitan la anulación de la primera venta por error sobre la sustancia de la obra de arte. La Corte de Casación declara la nulidad del contrato de compraventa por error.

b. Reticencia y anulabilidad

Al comienzo de este capítulo, he señalado que puede hablarse de deberes precontractuales de informar atípicos a propósito del error y el dolo en la medida en que las consecuencias de estas figuras jurídicas se encuentran conectadas a la reticencia de una de las partes.³¹⁰

Aceptando lo anterior –y asumiendo que en el caso *Fragonard* el comprador conocía la autoría de la tela- ¿en qué sentido se encuentra relacionada la anulación del contrato con el silencio del comprador? Dicho de otra manera, parece ser que el hecho de que el comprador conociese la verdadera autoría del cuadro es irrelevante respecto de la declaración de nulidad porque si no la hubiese conocido, el contrato igualmente habría sido declarado nulo, en la medida que se considere que dicho error es esencial y excusable.

Para estos efectos consideraré, aunque sea discutible, que el error sobre la autoría de un cuadro es esencial en el sentido del artículo 1.266 CC.³¹¹

³¹⁰ Ver pp. 410-417.

³¹¹ La autenticidad en las obras de arte es un problema espinoso que, aquí, convendrá, al menos, reseñar. El problema, como ha sugerido alguna autora es que la autenticidad de una obra es un asunto bastante relativo y volátil (LEQUETTE-DE KERVENOAËL, S., *L'authenticité des œuvres d'art*, LGDJ, París, 2006, p. 252). Se trata de un asunto relativo porque los medios de determinar la paternidad de una obra no son exactos, y volátil porque, como demuestra el caso *Fragonard*, lo que hoy no es atribuido a un autor mañana puede serlo y pasado mañana dejar de serlo. Si esto es correcto, entonces, como ha sugerido Chatelain (citada en *Ibíd.*, p. 333), una obra de arte es naturalmente un bien

Pero ¿qué sucede, sin embargo, con la excusabilidad? Asumiré que en el caso en cuestión no existe un problema de autorresponsabilidad, en el sentido de que la conducta del vendedor pueda ser considerada negligente.³¹² En estas condiciones, la relación entre anulabilidad y deber precontractual de informar únicamente existe si se considera que el error puede ser declarado inexcusable aún cuando el *errans* haya sido diligente, siempre y cuando la reticencia del destinatario de la declaración haya sido lícita, es decir no haya sido contraria a las exigencias de la buena fe.

Una tesis semejante a la que acabo de exponer ha sido defendida por MORALES MORENO para el derecho español. Señala este autor:

“Según un criterio bastante extendido (que incluso se emplea en la fundamentación teórica de las decisiones jurisprudenciales, aunque no tenga siempre verdadero carácter decisivo) el que se equivoca merece protección cuando su error es esencial (art. 1266) y resulta excusable, porque se ha producido a pesar de haber mantenido una conducta diligente. Frente a este criterio puede proponerse otro, que parece reflejar mejor el funcionamiento real del error. En los contratos onerosos, el contratante que padece error debe, en principio, soportar

aleatorio cuya venta implica riesgos para el comprador y el vendedor, por lo tanto, salvo en los supuestos en los que la cualidad se ha incorporado al contrato a través de un deber de garantía o de otra forma, cualquier duda que mantengan las partes en el momento de la celebración del contrato –y este será el caso salvo en aquellas raras ocasiones en las que se disponga de información indubitada respecto a la paternidad o el carácter apócrifo de la obra- determina que ambas estén asumiendo el riesgo de falsedad o autenticidad y que luego no puedan alegar el error. En las palabras de LEQUETTE-DE KERVENOAEËL: “Elles ont joué: l’ une a gagné, l’ autre a perdu” (*Ibid.*, p. 622).

Con todo, en el derecho español parece posible considerar la autenticidad de una obra de arte como una cualidad esencial en términos del artículo 1.266 CC. Así, por ejemplo, en la STS de 9 de octubre de 1981 (ver *supra* nota 230) en la que se discute la excusabilidad del error cometido sobre la autoría de un cuadro atribuida a Sorolla parece asumirse, sin mayores cuestionamientos, que la autoría del cuadro es una cualidad que, eventualmente, justifica la declaración de anulación del contrato.

³¹² Aunque podría haberlo pues el vendedor había consultado antes un experto.

sus consecuencias, salvo en aquellos casos en que dicho error, siendo esencial, pueda ser imputado al otro contratante”.³¹³

De esta opinión parece desprenderse que la excusabilidad, en tanto requisito del error, no atiende tanto a la diligencia del *errans* como a la imputabilidad del error al destinatario de la declaración. Esto queda totalmente claro cuando, a propósito de la relación entre los artículos 1.266 y 1.302 CC, señala MORALES MORENO que este último:

“(…) limita el ejercicio de la acción de nulidad a los supuestos en que el error es imputable al otro contratante, y, por tanto, que no cabe ejercitar dicha acción si el mismo es casual o imputable al que lo padece”.³¹⁴

Para entender la relación entre el deber precontractual de informar y la anulabilidad en la concepción de MORALES MORENO, conviene volver por algunos momentos al caso *Fragonard*. Si se asume que puede haber inexcusabilidad aún cuando el *errans* haya sido diligente, es necesario prestar atención a la conducta del comprador y preguntarse si es posible imputarle el error sufrido por el vendedor. Según señala MORALES MORENO, la imputabilidad puede tener lugar porque el destinatario de la declaración provocó el error o bien, debiendo hacerlo, no colaboró en deshacerlo.³¹⁵ La información es el antídoto del error³¹⁶, colaborar en deshacer un error equivale a suministrar información, por ello, la pregunta respecto de la imputabilidad en un caso como *Fragonard* es si el comprador debe o no informar al vendedor, y si se llega a una respuesta afirmativa, entonces es posible concluir que la anulabilidad es una consecuencia de la infracción de un deber precontractual de informar atípico.

³¹³ MORALES MORENO, *El error*, p. 226.

³¹⁴ *Ibíd.*, pp. 239-240.

³¹⁵ Ver *supra* nota 96.

³¹⁶ KRONMAN, “Mistake, Disclosure”, p. 4.

La posición de MORALES MORENO, sin embargo, no es pacífica en la doctrina española. Así, por ejemplo, en lo que aquí concierne, VERDA Y BEAMONTE, critica la opinión de MORALES MORENO³¹⁷ y sugiere una forma diversa de comprender el vínculo entre imputabilidad del error y excusabilidad del error. Para VERDA Y BEAMONTE la imputabilidad del error a la otra parte no reemplaza a la excusabilidad, sino que convive con ella en términos tales que si el error es imputable al destinatario de la declaración, la negligencia del *errans* pierde toda relevancia para los efectos de la excusabilidad, pero si el *errans* se comportó con la diligencia

³¹⁷ VERDA Y BEAMONTE (*Error y responsabilidad*, pp. 214-218) señala que Morales Moreno fundamenta su posición en dos argumentos. El primero de ellos es de carácter jurisprudencial, el cual, a través de la cita de numerosas sentencias del Tribunal Supremo busca mostrar que lo determinante en ellas para considerar el error como excusable ha sido que dicho error fuera inducido de alguna manera por la otra parte. El segundo argumento se encuentra en la interpretación del artículo 1.302 CC que ofrece Morales Moreno según la cual dicho precepto impediría solicitar la anulación del contrato a quienes produjeron el error, incluido el *errans*, salvo en los casos en que el error hubiera sido producido la otra parte, es decir, en aquellos supuestos que el error fuera imputable a la otra parte.

VERDA Y BEAMONTE objeta ambos argumentos. El primero de ellos porque, en su opinión, lo que muestran las sentencias del Tribunal Supremo no es que sea irrelevante la conducta de quien cometió el error, sino que para determinar el grado de diligencia también hay que valorar la conducta de la otra parte. Lo que no acepta es la sustitución de la excusabilidad por la imputabilidad en términos tales que, por muy diligente que hubiera sido el *errans* durante las negociaciones del contrato en la medida en que el error no fuere imputable a la otra parte carecerá de trascendencia anulatoria. En opinión de VERDA Y BEAMONTE, no es posible cuadrar esta opinión con las decisiones del Tribunal Supremo.

El segundo argumento –la interpretación del artículo 1.302 CC que propone Morales Moreno– tampoco le parece convincente, considerando, en primer lugar, que la posible influencia en el precepto español del precepto sobre el error del Código austriaco propuesta por Morales Moreno no es cierta. En segundo lugar porque, en opinión de VERDA Y BEAMONTE, el artículo 1.302 no pretende establecer los requisitos para la relevancia del error invalidante, sino que se limita a determinar quiénes están legitimados para solicitarla.

También critican la posición de Morales Moreno DELGADO ECHEVERRIA, J. y PARRA LUCÁN, M^a.A., específicamente su interpretación del artículo 1.302 CC (ver *Las nulidades de los contratos*, Dykinson, Madrid, 2005, p. 76). Señalan estos autores que no es correcto sostener que el artículo 1.302 CC permita pedir la anulación del contrato únicamente en los casos que el error padecido por un contratante sea imputable al otro, la razón es que según estos autores: “[s]u texto [el del artículo 1.302 CC] dice simplemente que quien produjo el error no está legitimado; no que sólo está legitimado quien, enfrente, tiene a quien produjo el error.”

requerida y aún así padeció el error puede solicitar la anulabilidad del contrato aún cuando el error no sea imputable a la otra parte.³¹⁸

Probablemente sea deseable algún matiz en el carácter tan rotundo de la afirmación de MORALES MORENO según la cual la imputabilidad del error ha reemplazado a la diligencia del *errans*.³¹⁹ Sin embargo, la opinión criticada posee, al menos, dos virtudes que conviene destacar.

La primera de ellas es que se separa frontalmente de una visión voluntarista y unilateral del error, alertando sobre la necesidad de considerar la conducta de ambas partes.³²⁰

La segunda virtud que conviene subrayar es el énfasis que pone en la importancia de la confianza al momento de examinar la excusabilidad. Probablemente una lectura más débil –pero, a la vez, más inmune a las críticas– de la posición de MORALES MORENO sea que, en el momento de examinar la excusabilidad del error, lo fundamental –aunque no lo único– sea determinar si una parte indujo a la otra al error o, dicho con otras palabras, si le indujo a confiar en ella. Esta conclusión que MORALES MORENO extrae a propósito de la excusabilidad del error³²¹, me parece que puede ser extrapolada para un número importante de sentencias del Tribunal Supremo sobre errores dolosos.³²²

Otra característica de la opinión de MORALES MORENO que conviene subrayar es su convergencia con algunos aspectos del tratamiento del error en los Principios UNIDROIT y en los PECL. En los primeros, su

³¹⁸ VERDA Y BEAMONTE, *Error y responsabilidad*, pp. 214-218.

³¹⁹ Básicamente porque formulada de esa manera no resulta sencillo encontrarle un encaje cómodo en la jurisprudencia del Tribunal Supremo de donde parece extraerse que la imputabilidad convive con la excusabilidad y no la reemplaza.

³²⁰ Un mérito que, dicho sea de paso, le reconocen DELGADO ECHEVERRÍA y PARRA LUCÁN (*Las nulidades de los contratos*, p. 76) y VERDA Y BEAMONTE (*Error y responsabilidad*, p. 214).

³²¹ Ver MORALES MORENO, *El error*, p. 221, señalando que la confianza infundida es el criterio determinante de la estimación del error en la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

³²² Ver pp. 352-354.

artículo 3.5 dispone que una de las condiciones necesarias para que el error anule el contrato es que la otra parte haya incurrido en el mismo error, lo haya causado o lo conoció o lo debió haber conocido. No obstante –se preceptúa más adelante– la parte que padeció el error no podrá anular el contrato si ha incurrido en culpa grave al cometer el error. Por su parte, el artículo 4:103 de los PECL es, a este respecto, básicamente similar.

En ambos preceptos, como en la opinión de MORALES MORENO, el énfasis se desplaza desde la excusabilidad hacia la imputabilidad, de forma tal que, a la luz de esta última, se considera la diligencia o negligencia del *errans*. Se trata de un enfoque que resulta consistente con la aplicación restrictiva del error (los contratos se celebran para cumplirse) a la que constantemente se refiere el Tribunal Supremo, por otra parte establece una comparación de las conductas más adecuada que la posición según la cual basta la sola excusabilidad del error esencial para permitir la anulación del contrato. Es razonable que quien comete un error cargue con sus consecuencias, al menos resulta más razonable que traspasarle ese costo a la otra parte que simplemente confió en la declaración de voluntad del *errans*.³²³ El traspaso se justifica sólo cuando es posible formularle un juicio de reproche a la otra parte. Desde luego es correcto afirmar que este requisito –la imputabilidad– no se encuentra en el artículo 1.266 CC, ése, sin embargo, no fue un obstáculo para que la jurisprudencia lo aceptara desde temprano. Tampoco debería serlo ahora, en particular si se tiene en cuenta la aplicación restrictiva del error y se calibra la importancia que los tribunales han asignado a la conducta de la otra parte.

Ahora bien, aunque no se acepte la relación entre imputabilidad y anulabilidad a propósito del error en los términos expuestos considerar la existencia de un deber de informar puede, todavía, prestar utilidad en

³²³ Desde luego, éste no será el caso cuando exista error común. Así lo dispone, por ejemplo, el artículo 3.5 de los Principios UNIDROIT. La norma tiene, al menos, sentido económico. Ver KRONMAN, "Mistake, Disclosure", pp. 6-7.

términos de indemnización de daños y perjuicios. La razón es que, como se ha visto, la anulación del contrato no es incompatible con la indemnización de daños y perjuicios según la disciplina del artículo 1.902 CC, al emplear dicho precepto será necesario acreditar que la reticencia del destinatario de la declaración es ilícita.³²⁴

B. CONSIDERACIONES DE EFICIENCIA

Una enseñanza que deja el estudio de los deberes precontractuales de informar en el derecho inglés es que entre los intereses que deben considerarse para determinar si es oportuno o no establecer deberes atípicos de informar es la creación de incentivos, es decir el establecimiento de algún tipo de remuneración a la investigación y el conocimiento.³²⁵

Los tribunales no han aludido, al menos expresamente, a este interés, sin embargo, en mi opinión, es necesario tenerlo presente al intentar concretar las exigencias de la buena fe en lo que a deberes precontractuales de informar atípicos se refiere. Así lo ha entendido, por lo demás, en general, la doctrina española que se ha referido al tema.

A continuación, en primer lugar, intentaré ilustrar este interés con algunos casos y, a través de ellos mostraré cómo se ha referido la doctrina española a este interés. En segundo lugar, indicaré qué criterios se pueden extraer a propósito de este interés y cómo pueden ser utilizados.

³²⁴ Ver *supra* nota 26.

³²⁵ Ver p. 378.

1. UN ENFOQUE *EX ANTE*

Para ilustrar la creación de incentivos como el interés que es necesario considerar a propósito de los deberes precontractuales de informar, me serviré de tres casos que ya he mencionado: *Texas Gulf Sulphur*³²⁶, *Baldus*³²⁷ y *Fragonard*³²⁸.

Hay dos formas de aproximarse a estos tres casos. La primera es desde una perspectiva *ex post*, la segunda, desde una perspectiva *ex ante*. En general, los juristas acuden a la primera y los economistas la segunda.

Con frecuencia, los juristas utilizan una visión retrospectiva para analizar los problemas. Existe un conflicto concreto que debe resolverse acudiendo a reglas y decisiones judiciales pasadas y lo que, las más de las veces, se evalúa es cómo afecta la solución encontrada a las partes involucradas en el conflicto presente.³²⁹ Los economistas, en cambio, utilizan una visión prospectiva y desplazan su atención desde el bienestar de las partes directamente involucradas en el conflicto hacia:

“(...) las repercusiones más generales del Derecho sobre todos los litigantes y potenciales individuos que probablemente puedan encontrarse en circunstancias similares”.³³⁰

La creación de incentivos pertenece a esta segunda aproximación. Una vez que el error de una de las partes se ha producido deja, en términos sociales, de tener importancia, lo que se torna relevante a partir de ese error es diseñar una solución jurídica que, en lo que importa aquí, no desincentive hacia el futuro la producción y uso de la información. Así,

³²⁶ Ver pp. 527-528.

³²⁷ Ver pp. 524-525.

³²⁸ Ver pp. 515-516.

³²⁹ Sigo en esto a VELJANOVSKY, C., *Economía del derecho. Un texto introductorio*, trads. I. de la Maza Gazmuri, I. y R. Mery Nieto, Ediciones de la Universidad Diego Portales, Santiago, 2007, pp. 57-60. Una introducción clásica al tema puede encontrarse en EASTERBROOK, F., “The Court and the Economic System”, *Harv. L. Rev.*, vol. 98, 1984, pp. 4-60.

³³⁰ *Ibíd.*, p. 57.

por ejemplo, en un caso como *Texas Gulf Sulphur*, lo importante es una solución que no desincentive a las empresas de prospección de minerales a seguir invirtiendo en esta labor. En casos como *Baldus* o *Fragonard*, lo importante es que las obras de arte (cuadros o fotografías) se desplacen hacia sus usos más valiosos y para eso es necesario que los compradores dispongan de incentivos para utilizar la información de la que disponen.

* * *

La doctrina española no ha sido ajena a la aproximación prospectiva de los fenómenos jurídicos.

MORALES MORENO utiliza como criterio para determinar si existe o no un deber de informar los costes de la adquisición de la información, si ésta ha supuesto un coste no existe deber de informar. La justificación más conocida de este criterio fue popularizada por Anthony KRONMAN y, aunque luego me detendré con mayor morosidad sobre ella³³¹, en lo que importa ahora, dicha justificación es que una regla que imponga el suministro de información costosa perjudicaría los incentivos que, hacia el futuro, tienen las personas para invertir recursos en producir información.

PAZ-ARES, como ya ha quedado dicho, propone como criterio a emplear que tiene en cuenta los efectos de la información –productivos o redistributivos–, una distinción cuyos orígenes pueden rastrearse en un trabajo del economista Jack HIRSHLEIFER, sobre patentes de investigación.³³² En la larga cita que he hecho del trabajo de PAZ-ARES, se advierte, más allá de cualquier duda, la importancia de los beneficios sociales para este enfoque.³³³ Con él se protege la información productiva

³³¹ Ver p. 542-548.

³³² HIRSHLEIFER, J., "The Private and Social Value of Information and the Reward to Incentive Activity", *American Economic Review*, vol. 61, 1971, pp. 561-574.

³³³ Ver pp. 346-347.

porque puede ser empleada para incrementar el producto social; no se protege la información redistributiva porque simplemente altera la distribución de la riqueza existente a favor de la parte que la posee. Ambas razones se justifican desde una perspectiva social, no desde los intereses de las partes involucradas en el conflicto.

Finalmente, se puede decir que GÓMEZ CALLE y VERDA Y BEAMONTE emplean, en definitiva, las mismas distinciones: información costosa y no costosa, costos simétricos y asimétricos, e información que aumenta y que disminuye el valor de la prestación. Si se presta atención a los autores que ambos citan para justificar estas distinciones, se advierte un claro enfoque económico. Ambos autores se sirven de trabajos de Anthony KRONMAN³³⁴, de Hans-Bernd SCHÄFER y Claus OTT³³⁵, de Bernard RUDDEN³³⁶ y de Giuseppe VILLA.³³⁷ En todos ellos existe un claro compromiso con los efectos sociales de las normas jurídicas que imponen un deber de informar.

2. LOS CRITERIOS

La creación de incentivos es un interés que, según se deduce de las opiniones de los autores españoles, debe ser tomado en cuenta. Por otra parte, la preocupación por este interés también puede advertirse en el tratamiento que prodigan los PECL al error y al dolo³³⁸ y en el DCFR, uno de cuyos principios subyacentes (*underlying principles*) es la eficiencia.³³⁹

³³⁴ KRONMAN, "Mistake, Disclosure", pp. 1-34.

³³⁵ SCHÄFER y OTT, *Manual*.

³³⁶ RUDDEN, "Le juste et l'inefficace", pp. 91-103.

³³⁷ VILLA, "Errore riconosciuto", pp. 286-300.

³³⁸ Ver pp. 327 y 388.

³³⁹ Ver DCFR, p. 13. Ver, además, EIDENMÜLLER, *et al.*, "The Common Frame", pp. 673-674.

A continuación presentaré los principales criterios propios del razonamiento económico que pueden contribuir a concretar las exigencias de la buena fe en aquellas situaciones en las cuales no existe una confianza que deba ser protegida y la información no resulta accesible para quien la ignora.

a. Algunas consideraciones de eficiencia asignativa

La eficiencia asignativa se refiere a la forma en que se asignan los recursos. Se afirma que los recursos están eficientemente asignados cuando se han desplazado hacia quienes les conceden mayor valor, esto es, a quienes están dispuestos a pagar más por ellos.³⁴⁰ Sin embargo,

³⁴⁰ También se le denomina "eficiencia paretiana". La eficiencia según el criterio de Pareto –o eficiencia paretiana– se utiliza como un criterio para comparar dos situaciones diversas y decidir cuál es preferible. Se trata de un criterio que busca evitar las dificultades que presenta el utilitarismo en los cálculos interpersonales de utilidad. La ventaja de la eficiencia paretiana es, precisamente, que no requiere comparaciones de utilidad entre las partes involucradas. Ver COLEMAN, J., "The Grounds of Welfare", *Yale L. J.*, vol. 112, 2003, p. 1516. Sobre esta crítica al utilitarismo ver POSNER, R., "Utilitarianism, Economics, and Legal Theory", *J. Legal Stud.*, vol. 8, 1979, pp. 113-115.

Se afirma que una situación X es "superior Pareto" a otra situación Y si y sólo si en la situación X es posible mejorar a alguien sin que con esta mejora se empeore la posición de nadie. Así, por ejemplo, la asignación de recursos que produce un contrato cumplido –asumiendo que las partes son racionales y cuentan con suficiente información– puede ser superior Pareto a la que existía antes de dicho cumplimiento: las dos partes tienen ahora algo que valoran más que aquello a que se obligaron y, en principio –es posible que el cumplimiento empeore la posición de terceros, por ejemplo la de otros acreedores del deudor que vean mermadas sus posibilidades de cobrarse en los bienes del deudor– nadie ha visto empeorada su situación.

Una situación es un "óptimo de Pareto" cuando los recursos se encuentran asignados de tal manera que sólo se puede mejorar la situación de una persona a expensas de otra. El óptimo de Pareto tiene lugar una vez que se han producido todas las transacciones voluntarias posibles, los recursos se encuentran en manos de quienes los valoran más. Ver COLEMAN, J., "Efficiency, Utility and Wealth Maximization", *Hofstra L. Rev.*, vol. 8, 1979-1980, pp. 512-513.

La ventaja de la eficiencia paretiana es que logra concitar unanimidad. Si en el tránsito de un estado de cosas a otro nadie resulta perjudicado y, al menos, una persona resulta beneficiada, no existe razón para oponerse al cambio. Mirada desde otro ángulo, sin embargo, esta exigencia –la unanimidad– es una severa

toda transacción, sin embargo, desplaza los recursos hacia usos más valiosos. Como sugirió alguna vez FRIEDMAN

“The possibility of coordination through voluntary cooperation rest on the elementary –yet frequently denied- proposition that both parties to an economic transaction benefit from it, provided the transaction in bilaterally, voluntary and informed”.³⁴¹

Una de las razones que determina que el desplazamiento de recursos no sea eficiente –la que interesa aquí- es que no exista información suficiente. Un ejemplo contribuirá a aclarar esta situación. En principio, un contrato de compraventa produce una asignación eficiente de recursos

desventaja en la utilización de este criterio, como señala POSNER (*Economic Analysis of Law*, p. 13):

“The fact that the conditions for Pareto superiority are almost never satisfied in the real world, yet economists talk quite a bit about efficiency, means that the operating definition of efficiency in economics cannot be Pareto superiority. And in fact when an economist says that free trade or competition or the control of pollution or some other policy or state of the world is efficient, nine times out of ten he means Kaldor-Hicks efficient”.

El criterio de eficiencia Kaldor-Hicks evita el requisito de la unanimidad en la medida que permite que al mejorar la posición de algunos se empeore la de otros, siempre y cuando “potencialmente” con las ganancias de quienes mejoraron su posición se pueda compensar las pérdidas que experimentaron quienes vieron desmejorada su posición y, aún así, obtener una ganancia en términos de bienestar.

Conviene ilustrar esto. En la situación X existe un deber de informar impuesto sobre las empresas de prospección minera en términos tales que si detectan yacimientos de minerales en propiedades que desean adquirir deben comunicarle a los actuales propietarios dicha información. En la situación Y se suprime ese deber. La situación Y, desde luego empeora la situación de los eventuales propietarios, sin embargo, las ganancias que obtendrán las empresas de prospección permiten –aunque potencialmente- compensar a los propietarios y, aún, dejar una ganancia neta.

Actualmente, quienes se dedican al análisis económico del derecho suelen utilizar el criterio de Kaldor-Hicks en la versión de POSNER, esto es como maximización de la riqueza. Sobre esto puede consultarse POSNER, “Utilitarianism, Economics”, pp. 103-140; DWORKIN, R., “Is Wealth a Value”, *The Journal of Legal Studies*, vol. 9, nº 2, 1980, pp. 191-226; *idem*, “Why Efficiency? A Response to Professors Calabresi and Posner”, *Hofstra L. Rev.*, vol. 8, 1980, pp. 563-590; y POSNER, R., “The Ethical and Political Basis of the Efficiency Norm in Common Law Adjudication”, *Hofstra L. Rev.*, vol. 8, 1980, pp. 531-540.

³⁴¹ FRIEDMAN, M., *Capitalism and Freedom*, University of Chicago Press, Chicago, 1962, p. 13.

en la medida que ambas partes obtienen algo a lo que confieren mayor valor que lo que ceden. Si el objeto del contrato es un terreno que el comprador cree edificable, se asume que para él la cantidad de dinero que paga es inferior al valor que le asigna a dicho terreno, pero si, finalmente, el terreno no es edificable es muy posible que la cantidad pagada sea muy superior a la que el comprador hubiera estado dispuesto a pagar por dicho terreno sabiendo que no se podía edificar en él.

Por esta razón, en principio, las razones de eficiencia asignativa pueden, perfectamente, ser utilizadas como argumentos para imponer deberes de información durante la negociación del contrato.³⁴² Así, KRONMAN ha señalado que:

“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)”.³⁴³

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)”.³⁴⁴

Lo anterior significa que, en términos de eficiencia asignativa, lo deseable es que la información sobre cambios en el valor de los bienes llegue al mercado tan pronto como sea posible. Sin embargo, la imposición de deberes precontractuales de informar no necesariamente acelera dicha llegada, sino que, eventualmente, la retarda. Así, por ejemplo, volviendo a *Baldus, Fragonard* o a *Texas Gulf Sulphur* lo deseable es que la

³⁴² Ver, por ejemplo, EISENBERG, “Disclosure in Contract Law”, p. 1654.

³⁴³ KRONMAN, “Mistake, Disclosure”, p. 12.

³⁴⁴ *Ibíd.*, p. 13.

información sobre la autoría de las obras de arte en los dos primeros casos o sobre la existencia de yacimientos de minerales en el tercero se haga pública a la mayor brevedad posible a fin de que dichos recursos sean destinados a sus usos más valiosos.

En principio dicho resultado se logra imponiendo el deber de informar a los respectivos compradores. Sin embargo, la imposición de un deber de este tipo puede provocar el resultado contrario, esto es retrasar la llegada de la información al mercado. Así, por ejemplo, si el dueño de una galería de arte sospecha que un cuadro que se vende como una simple imitación, probablemente se trate de una valiosa obra de arte, pero, a la vez sabe que debe invertir recursos en estudios para determinar la autoría y que debe comunicarle sus sospechas al vendedor, probablemente se abstenga de comprarlo y nunca se tenga noticia de que se trata de una obra de arte de gran valor. Algo similar sucede con el comprador de unas valiosas fotografías, si sabe que, eventualmente, la vendedora puede demandarlo alegando dolo o error y obligarlo a restituírselas, existe el riesgo de que no las adquiera y no llegue a saberse de su existencia. Finalmente, una empresa de prospección minera dejará de invertir –o disminuirá su inversión– en esta actividad si se le impone el deber de informar a los dueños de las tierras en las que existen yacimientos acerca de la existencia de estos.³⁴⁵ La razón es que la empresa es quien invierte en producir la información y luego, si se le impone el deber de informar, externaliza los beneficios de ésta al comprador.³⁴⁶ Una forma de permitirle a la empresa apropiarse de los

³⁴⁵ Según relata KRONMAN ("Mistake Disclosure", p.), antes de descubrir el yacimiento que generó el conflicto, *Texas Gulf Sulphur* había gastado alrededor de tres millones de dólares en prospecciones que no produjeron ningún resultado.

³⁴⁶ Acerca de esta idea es necesario advertir que, en tanto bien económico, la información presenta una serie de peculiaridades (sobre esto puede consultarse VARIAN, H., "Market for Information Goods", pp. 3-9, disponible en <http://people.ischool.berkeley.edu/~hal/Papers/japan/index.html>, visitado el 22/12/2008) La característica que interesa aquí es que la información es un bien que se transfiere por su comunicación (ver RUDDEN, "Le juste et l'inefficace, p. 95).

beneficios de su inversión consiste en considerar que su reticencia legítima.

Pues bien, en términos de eficiencia asignativa, la regla, en principio es que existe un deber precontractual de suministrar información, salvo en casos en los que la imposición de un deber de este tipo afecte negativamente a la producción y uso de información en el futuro.

b. Los criterios

En este momento resulta oportuno determinar en qué supuestos la imposición de un deber precontractual de informar crea desincentivos para la producción y utilización de información. Una mirada a la literatura relevante en la materia muestra que es posible aislar dos criterios. El primero de ellos se refiere a la forma en que se adquiere la información. El segundo criterio se refiere a los efectos de la información.

(i) La forma en que se adquiere la información

Una lectura de los trabajos de los autores españoles muestra que éste parece ser uno de los principales criterios que han empleado.³⁴⁷ Será necesario, entonces, detenerse con cierto detalle en él. Con este objetivo lo expondré críticamente en su versión más prestigiosa: la de Anthony KRONMAN.

(aa) Kronman: Información gratuita y deliberada

Una presentación estilizada de las ideas de KRONMAN, en lo que aquí interesa, puede formularse de la siguiente manera: en el caso de que la información haya sido adquirida de forma deliberada no existe deber de

³⁴⁷ Ver pp. 344-351.

informar, en cambio, si ha sido adquirida de forma gratuita, entonces existe el deber de informar.

El autor estadounidense trabaja a partir de una pregunta que puede formularse de la siguiente forma: si en las negociaciones de un contrato una parte sabe o tiene razones para saber que la otra se encuentra en un error acerca de algunas de las presuposiciones fácticas de su voluntad ¿tiene el deber de informárselo o, en cambio, tiene derecho a mantenerse en silencio y capitalizar el error de su contraparte?³⁴⁸

En el derecho estadounidense, la regla general en los casos de error unilateral es que el costo del error es soportado por quien yerra. Sin embargo, como señala este autor, una excepción a esta regla tiene lugar cuando el error era conocido o debió haber sido conocido por la otra parte. Desde su perspectiva, existe una razón económica que explica esta excepción y es que aquella parte que conocía el error era quien podía corregirlo a menor costo en el tiempo que media entre las negociaciones y el perfeccionamiento del contrato³⁴⁹.

La regla, entonces, es que si una de las partes conoce el error de la otra, debe informárselo. Pero, los tribunales estadounidenses no siempre lo han entendido así. Existe una línea de casos donde, bajo los mismos supuestos de hecho –una parte conoce el error de la otra– han considerado que no existe deber de informar. ¿Cómo explicar esta aparente incoherencia? La respuesta de KRONMAN es que no existe tal incoherencia y que la respuesta que explica la diferencia en el tratamiento de los casos posee racionalidad económica. Precisamente a propósito de esta respuesta, el autor estadounidense introduce la conocida distinción entre información adquirida deliberadamente e información adquirida casualmente.³⁵⁰ Basta transmitir qué entiende este

³⁴⁸ KRONMAN "Mistake, Disclosure", pp. 1-2.

³⁴⁹ *Ibid.*, pp. 6-7.

³⁵⁰ *Ibid.*, p. 9.

autor por información deliberada, pues toda aquella que no es deliberada será casual. 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”.³⁵¹

Pues bien, tratándose de información deliberadamente adquirida, existe el derecho a no revelarla en las negociaciones. Si, por el contrario, la información fue casualmente adquirida, existe el deber de revelarla. Lo que explica la distinción son los incentivos para adquirir información. Si a una persona que invirtió en conseguir información no se le permite capturar los beneficios de su inversión, simplemente reducirá o sencillamente dejará de invertir en la producción de información. En cambio, cuando la adquisición de la información es casual no existe este desincentivo pues la adquisición no fue es el resultado de una inversión.

Después de distinguir entre información deliberada y casualmente adquirida, KRONMAN sugiere que el dispositivo adecuado para proteger a quien invierte en la producción de información es concederle un *property right*³⁵² sobre la información cuyo contenido le permita negociar los contratos sin revelar su información de la que dispone y luego exigir su cumplimiento³⁵³. La concesión de este *property right* provee de incentivos a ambas partes de la negociación para invertir en información, una para aprovecharse de ella, y la otra para que no la aprovechen contra ella.³⁵⁴

³⁵¹ *Ibíd.*, p.13.

³⁵² 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 el 27/2/2007).

³⁵³ KRONMAN, “Mistake, Disclosure”, p. 15.

³⁵⁴ En palabras de KRONMAN (*Ibíd.*, p. 14):

“One effective way of insuring that an individual will benefit from the possession of information (...) is to assign him a property right in the information itself – a right or entitlement to invoke the coercive

(bb) Eficiencia asignativa: algunas inconsistencias

Convendrá ahora comentar un par de críticas que se pueden formular a las ideas de KRONMAN en términos de eficiencia asignativa.

La primera de las críticas que se puede formular a los planteamientos de este autor es que si de lo que se trata es que la información llegue lo más pronto posible al mercado, la distinción entre información deliberadamente y casualmente adquirida no necesariamente tiene sentido.³⁵⁵ Lo relevante no debería ser el proceso –cómo se adquirió la información- sino el resultado –que la información llegue lo más pronto posible al mercado. Un ejemplo contribuye a aclarar esto. Alguien se entera accidentalmente –simplemente porque lo escucha en una conversación de expertos- que existe un cuadro perdido de *Fragonard* –o ciertas fotografías de *Baldus*-, luego adquiere dicho cuadro o las fotografías sin informar al vendedor y más tarde los vende a un museo. Se trata de un caso en el que la información se adquiere accidentalmente, pero si lo que se pretende es que la información sobre

machinery of the state in order to exclude others from its use and enjoyment. The benefits of possession become secure only when the state transforms the possessor of information into an owner by investing him with a legally enforceable property right of some sort or other”.

En la aplicación de la distinción entre información deliberada y casualmente adquirida por parte de los tribunales KRONMAN distingue dos escenarios. En el primero, los jueces pueden discriminar fácilmente (esto es sin costos de administración relevantes) una y otra. Cuando esto sucede, existen consideraciones económicas justifican el derecho a no revelar la información cuando ha sido deliberadamente adquirida y el deber de informar cuando ha sido casualmente adquirida. La razón es que, si bien es cierto que la parte que tiene la información está en la mejor posición para prevenir el error y evitar de esta manera su costo, los costos que se ahorran al prevenir el error entrañan otros: la pérdida de los beneficios de la inversión para la parte que fue obligada a revelar. Si se toman en consideración esos últimos, deja de ser claro que la parte que tenía la información sea la que puede reducir los costos del error a menor precio (*Ibid.*, p. 16).

En el segundo escenario –el más plausible- distinguir entre información deliberada y casualmente adquirida tiene costos de administración relevantes para el tribunal. Allí el autor sugiere que se debería aplicar presunciones (*blanket rule*) para distintos grupos de casos según si lo más probable es que en ellos la información haya sido adquirida deliberada o gratuitamente (*Ibid.*, pp. 17-18).

³⁵⁵ Sobre esta crítica puede consultarse BARNETT, “Rational Bargaining”, p. 7.

la verdadera autoría del cuadro –o de las fotografías- llegue lo más pronto posible al mercado, el hecho de que haya sido adquirida gratuitamente es irrelevante, la justificación de permitir el secreto desde una perspectiva de eficiencia asignativa es el resultado: que la información llegue lo antes posible al mercado.

La segunda crítica que es posible formular a las ideas de KRONMAN es que cuando este autor defiende que se debe proteger el secreto de la información deliberadamente adquirida parece suponer que siempre es socialmente valioso proteger el secreto en la medida en que éste disminuye el lapso de tiempo que media entre el descubrimiento de una circunstancia que modifica el valor de un cierto recurso y el momento en que esa información se hace pública. Sin embargo, desde una perspectiva de bienestar social esto no es cierto, para que lo sea, los beneficios sociales de la información deben ser superiores a los costos sociales involucrados en la producción o adquisición de dicha información.³⁵⁶

Para advertir esto último conviene detenerse primero en los costos y luego en los beneficios.

Producir o adquirir información suelen involucrar costos y, por lo tanto, el uso de recursos, los cuales poseen usos alternativos, es decir, de no haberse consumido en la producción o adquisición de información podrían haberse empleado en otros usos. Como ha señalado con toda 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

³⁵⁶ Ver, en un sentido similar, BIRMINGHAM, R., “The Duty to Disclose and the Prisoner’s Dilemma: Laidlaw v. Organ”, *Wm. & Mary L. Rev.*, vol. 29, 1988, pp. 259-260 y SHAVELL, S., “Acquisition and Disclosure of Information Prior to Sale”, *The Rand Journal of Economics*, vol. 25, nº 1, 1994, p. 21.

produce.” The resources used to produce this information might have produced something else”.³⁵⁷

Por lo que respecta a los beneficios, desde una perspectiva de eficiencia asignativa, el principal beneficio es que al proteger el secreto, la información sobre las circunstancias que modifican el precio de los recursos llegará antes al mercado. La respuesta a la pregunta acerca de por qué es bueno que la información llegue antes al mercado debería ser evidente: permite que los recursos se dediquen a sus usos más valiosos. Así, por ejemplo, analizando *Laidlaw*, KRONMAN sugiere que cuanto antes llegaran las noticias del cese del bloqueo, antes podrían los agricultores dedicar sus tierras al cultivo del tabaco (cuyo precio aumentaba) y no al del maíz (cuyo precio, supondré, se mantendría igual).³⁵⁸

Pero, aceptado lo anterior, resta todavía una pregunta: ¿En qué medida permite el secreto que la información llegue antes al mercado? BARNETT ha sugerido que:

“Imposing a duty to disclose on those in possession of information concerning a future change in market demand for a resource eliminates the possibility of profiting from the information, and thereby greatly reduces any incentive for potential traders to engage in information-revealing transactions”.³⁵⁹

Si se obliga a informar, las personas no utilizarán su conocimiento en transacciones en las que el beneficio para ellas provenga de su información. Aunque esto pueda ser correcto, lo que resulta menos evidente es que esas transacciones, consideradas en sí mismas, revelen información o, empleando las palabras de BARNETT, sean *information-revealing transactions*. Así, por ejemplo, ¿en qué sentido la compraventa de tabaco en *Laidlaw* revelaba información sobre el cambio de precio del

³⁵⁷ Ver BIRMINGHAM, “The Duty to Disclose”, p. 259.

³⁵⁸ KRONMAN, “Mistake, Disclosure”, p. 11.

³⁵⁹ BARNETT, “Rational Bargaining”, p. 797.

tabaco a un observador externo?³⁶⁰ En realidad, como ha sugerido EISENBERG, resulta extremadamente improbable que las transacciones consideradas individualmente revelen cambios en el precio de los recursos.³⁶¹ Si esto último es correcto, entonces los beneficios de la eficiencia asignativa no son especialmente atractivos y, comparados con los costos, parecen prevalecer estos últimos y, por lo tanto, justificar, en la gran mayoría de los casos, la imposición de un deber de informar.³⁶²

Resumiendo esta segunda crítica, desde una perspectiva de eficiencia asignativa es necesario que la información sea socialmente valiosa, esto es que, descontados los costos que irroga, produzca una ganancia social neta, en términos de permitir que los recursos se desplacen hacia sus usos más eficientes.

(ii) Los efectos de la información

En lo que importa al deber de informar es útil comenzar distinguiendo entre aquella información que es meramente redistributiva de aquella que es predominantemente productiva.

Esta distinción se endereza a partir de un trabajo de HIRSHLEIFER³⁶³ sobre el cual resulta útil detenerse brevemente. El autor estadounidense distingue entre dos tipos de información: conocimiento previo (*foreknowledge*) y descubrimientos (*discovery*), el primero queda ejemplificado por la habilidad de predecir exitosamente el tiempo, el segundo tipo de información refiere al reconocimiento de algo que

³⁶⁰ Como sugieren BAIRD, D., GERTNER, R. y PICKER, R. (*Game Theory and the Law*, Harvard University Press., Cambridge, 1994, p. 98), respecto del mismo caso: "[t]his information (...) only gave the person who gathered it the ability to profit at someone else's expense".

³⁶¹ EISENBERG, "Disclosure in Contract Law", p. 1672

³⁶² La razón es que, como ha sugerido SHAVELL ("Acquisition and Disclosure", p. 21) al proteger el derecho a no informar lo que se hace es incentivar un gasto (adquirir información) que, en términos sociales, es un desperdicio.

³⁶³ HIRSHLEIFER, J., "The Private and Social Value", pp. 561-574.

probablemente existe, pero se encuentra oculto y no se revelará a menos que alguien lo descubra³⁶⁴. En el caso del conocimiento previo, en cambio, la información será revelada, por decirlo así, naturalmente de todas maneras, el único valor que tiene para quien dispone de esa información es la posibilidad de adelantarse y capturar los beneficios, pero al hacerlo no se genera nueva riqueza, sino que, únicamente, se redistribuye la existente.³⁶⁵ El caso de los descubrimientos es distinto porque en ellos la información permite asignar los recursos existentes en sus usos más eficientes y al hacer esto no solo produce ganancias para quien ha producido la información, sino que enriquece a la sociedad en su conjunto.³⁶⁶ La razón de esto es que, como sostuvo ARROW, una de las peculiaridades de la información considerada como bien económico –que resulta especialmente relevante en el caso de los descubrimientos– es que la persona que la produce no suele ser capaz de apropiarse de todos los beneficios que genera dicha información, y aquellos beneficios de los que no se apropia son aprovechados por la sociedad en su conjunto.³⁶⁷

El análisis de HIRSHLEIFER se estructura a partir de las implicaciones que tienen sus ideas para en las políticas de patentes industriales, por ello, no se ocupa del problema del deber de informar, sin embargo, sienta las bases para que otros lo hagan a través de la distinción entre información

³⁶⁴ *Ibid.*, p. 562.

³⁶⁵ *Loc. cit.* Un ejemplo ayudará a comprender esto. Un agricultor sabe –no importa cómo– que su siembra será destruida por el granizo, por este motivo vende la tierra a otro que lo ignora. La información que posee el agricultor sólo lo beneficia a él, desplazando riqueza desde el vendedor al comprador, no a la sociedad en su conjunto. El beneficio del agricultor es simétrico al daño que sufre el vendedor, la sociedad no aprovecha nada.

³⁶⁶ Nótese aquí la relación entre consideraciones de eficiencia estática y dinámica.

³⁶⁷ Citado en BISHOP, W., “Negligent misrepresentation: an economic reformulation”, en Barrows, P. y Veljanovsky, C., *The Economic Approach to Law*, Butterworths, London, 1981, p. 170.

productiva y redistributiva. Así lo han hecho, entre otros COOTER y ULEN³⁶⁸, COLEMAN ET ALII³⁶⁹, SCHÄFER y OTT³⁷⁰, SHAVELL³⁷¹, y PAZ-ARES³⁷².

En su tratamiento del error unilateral COOTER y ULEN vuelven a analizar el caso *Laidlaw v. Organ* y, con la finalidad de precisar el análisis, sugieren distinguir según se trate 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".³⁷³ Desde la perspectiva de estos autores, la distinción 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".³⁷⁴

Por su parte, COLEMAN *et al.*, utilizan la distinción de HIRSHLEIFER para advertir que no siempre es eficiente el reconocimiento de un *property right* sobre la información³⁷⁵, sino que únicamente será eficiente cuando recaiga sobre información cuyos efectos son predominantemente productivos³⁷⁶.

³⁶⁸ COOTER, R. y ULEN, T., *Derecho y economía*. Fondo de Cultura Económica, México D.F. 1998, pp. 348 y ss.

³⁶⁹ COLEMAN, *et al.*, "A Bargaining Theory", pp. 693-696.

³⁷⁰ SCHÄFER y OTT, *Manual*, p. 307.

³⁷¹ SHAVELL, "Acquisition and Disclosure", p. 20.

³⁷² PAZ-ARES, "Principio de eficiencia", p. 2890.

³⁷³ COOTER y ULEN, *Derecho y economía*, p. 350.

³⁷⁴ *Loc. cit.*

³⁷⁵ Sobre *property rights* e información ver pp. 544-545.

³⁷⁶ COLEMAN, *et al.*, "A Bargaining Theory", pp. 693-694.

En un sentido similar, SCHEFFER y OTT distinguen entre información productiva e improductiva.³⁷⁷ Es productiva la información que genera ganancias netas en bienestar social, es improductiva aquella información que es ventajosa para un particular, pero no para la sociedad en su conjunto. Según los ejemplos que proporcionan los propios autores, es productiva la información respecto de los efectos de los fertilizantes químicos de las plantas en la medida en que permite aumentar la producción mundial de alimento de una manera que no sería posible sin dicha información. En cambio, es improductiva la información que tiene un agente de propiedad inmobiliaria sobre un plan de urbanización que le permite comprar un terreno por un precio y venderlo por otro cien veces mayor. Se trata de información que le otorga un beneficio al titular, pero no hay beneficios sociales.³⁷⁸ Desde esta perspectiva, existen razones para no imponer un deber de información cuando se trata de informaciones productivas (a fin de crear incentivos para su adquisición), 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 términos semejantes, SHAVELL considera que sólo debe incentivarse la adquisición de información socialmente valiosa y no, en cambio, la información que constituye "conocimiento previo" en los términos que utiliza esta expresión HIRSHLEIFER.³⁷⁹

Pues bien, será útil considerar los casos que han sido expuestos anteriormente para ilustrar las anteriores consideraciones. En *Baldus*, *Fragonard* y *Texas Gulf Sulphur*, evidentemente, el uso de la información redistribuye riqueza desde los vendedores a los compradores, pero, eso no es todo. Existe un interés social en que se descubran yacimientos minerales u obras de arte desconocidas hasta ese momento. En este

³⁷⁷ SCHÄFER y OTT, *Manual*, p. 307.

³⁷⁸ *Loc. cit.*

³⁷⁹ SHAVELL, "Acquisition and disclosure", p. 21.

sentido, se trata de información predominantemente productiva. En cambio, en casos como el de *Laidlaw v. Organ* o en el de quien sabe que en unos determinados terrenos se construirá próximamente una carretera, la información es predominantemente redistributiva, no se crea nueva riqueza, sino que, simplemente se adelanta, brevemente, la llegada de la información al mercado.

*

En la última parte de este capítulo me ha interesado desarrollar la idea de la creación de incentivos como un interés que debe ser tenido en cuenta al momento de configurar los deberes precontractuales de informar atípicos. Se trata de un interés que no se deduce directamente de las decisiones de los tribunales, sin embargo, la doctrina lo considera insistentemente. He sugerido un escenario en el que este interés puede ser tomado en cuenta, aquel en el que no existe confianza entre las partes y la información es inaccesible para la parte que la ignora. En dicho escenario es posible considerar el interés en la creación de incentivos a través de ciertas consideraciones de eficiencia. Dichas consideraciones pueden ser expuestas a través de dos criterios: la forma en que se produce o adquiere la información y los efectos de la información. En términos de eficiencia asignativa, el primero de estos criterios presenta algunas carencias³⁸⁰; el segundo es más coherente, sin

³⁸⁰ Esto no significa que la inversión en información no sea un buen argumento; significa que en términos de eficiencia asignativa no lo es. Sin embargo, puede utilizarse vinculado a consideraciones de justicia. Así, por ejemplo FRIED, CH. (*Contract as a Promise*, Harvard University Press, Cambridge, Mass., 1981, p. 79) ha señalado que no es justo que una persona se aproveche del esfuerzo de otra, apropiándose de beneficios en cuya generación no participó. El autor citado utiliza un ejemplo inspirado en *Texas Gulf Sulphur*. Una compañía de prospecciones mineras que invierte elevadas sumas de dinero en detectar yacimientos de minerales y cree haber dado con uno que se encuentra bajo el terreno de un granjero. La compañía contrata el servicio de unos agentes inmobiliarios que compran la propiedad a su nombre, sin informar al vendedor de la probable existencia del mineral. La pregunta que se plantea es si la compañía debió haber informado al granjero. Una respuesta basada en ciertas consideraciones de justicia es que no, y la razón es que si se obligara a informar

embargo, es necesario considerar cuidadosamente si, en términos de creación de incentivos, es necesario proteger a quien tiene la información.³⁸¹

* * *

a la compañía, el granjero se beneficiaría de una ganancia por la cual no asumió ningún riesgo. Se trataría de una ganancia injusta. Un criterio como éste no repara, como lo hacen otros de carácter instrumental, en la línea de Kronman, en las consecuencias de esta decisión para futuros inversionistas, sino en la legitimidad de la ganancia por parte de la empresa compradora. La información fue adquirida por medios socialmente aceptados –hubo una gran inversión– y no hay forma de compartir esa información sin que los beneficios de la inversión se externalicen hacia quien no invirtió ni asumió riesgos para adquirirla, después de todo, la información es un tipo de bien que se transfiere a través de su comunicación. Por otra parte, la compañía no engañó al granjero, adquirió su propiedad a través de un conocido agente inmobiliario que se revela al vendedor como tal y le informa de que tiene instrucciones de no revelar quién es el comprador. Nada obstaba entonces a que el granjero hubiera condicionado la venta al revelamiento de la identidad del comprador.

³⁸¹ Los límites de este enfoque no son conceptuales, sino fácticos. Es decir, a diferencia de la aproximación de KRONMAN respecto de la eficiencia asignativa, aquí no hay reproche de incoherencia conceptual, el problema está, más bien, en determinar en qué supuestos la imposición de un deber de informar desincentiva a los actores económicos a adquirir, producir o utilizar información que crea nueva riqueza. Convendrá justificar el motivo de esta sospecha.

Probablemente, el supuesto más socorrido a la hora de justificar las consideraciones de eficiencia dinámica sea uno que se base en los hechos de *Texas Gulf Sulphur*. Este es el epítome de los ejemplos que justifican, según consideraciones de eficiencia dinámica, proteger la reticencia. En teoría, posee una precisión algorítmica, el único problema es que, en la práctica, es falso.

Para demostrar esta afirmación conviene dar noticia acerca de una investigación llevada a cabo por EISENBERG ("Disclosure in Contract Law", pp. 1688-1689) 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*. La pregunta se formulaba 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?"

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

El objetivo de este último capítulo era examinar cómo pueden concretarse las exigencias de la buena fe para establecer deberes precontractuales de informar atípicos. La mayor parte del mismo ha estado destinada a determinar qué intereses son tenidos en cuenta por los tribunales y cómo los ponderan cuando se trata de error conocido, sea que se reclame a través de la disciplina del error o de la del dolo. Una vez que se identifican dichos intereses y se determina la forma en que los ponderan los tribunales para concretar las exigencias de la buena fe es posible advertir que no consideran un interés –la creación de incentivos– que ha sido reconocido, en forma casi unánime por la doctrina española. He intentado concebir un escenario en el cual dicho interés puede ser relevante, sin interferir con aquellos que, actualmente, emplean los tribunales.

En términos extremadamente sintéticos la conclusión de este capítulo es que ahí donde el legislador no ha establecido deberes precontractuales de informar las preguntas que debe plantearse el operador jurídico son, en este orden: (1) ¿existe entre las partes una confianza, que deba proteger el ordenamiento jurídico, en virtud de la cual la parte ignorante pudiera fiarse de que se le suministraría la información? Si la respuesta es afirmativa, entonces existe un deber de informar. Si la respuesta es negativa, la siguiente pregunta es (2) ¿era accesible, en términos razonables, la información para quien la ignoraba? Si la respuesta es afirmativa, no existe un deber para la otra parte de suministrarle dicha información. Hasta aquí llegan las decisiones de los tribunales. Si se toman en cuenta consideraciones de eficiencia –aunque, desde luego, no son las únicas que se pueden utilizar– es posible plantearse un escenario en el cual no existe confianza y la información es inaccesible para quien la ignora. A partir de aquí surge la pregunta de si debe la otra parte suministrarla. La respuesta es que sí, salvo que al imponer deberes de información en casos como estos, se desincentive la producción y utilización de información socialmente valiosa.

CONCLUSIONES

El objeto de esta investigación han sido los deberes precontractuales de informar; la tesis que defiende es que la buena fe no necesariamente impone dichos deberes; por lo tanto, el objetivo de este trabajo ha sido determinar bajo qué condiciones los impone. Éste es el hilo conductor.

Para determinar las condiciones bajo las cuales surgen los deberes precontractuales de informar es necesario tener presente que, en el ordenamiento jurídico, existen intereses cuya protección justifica imponer deberes precontractuales de informar (así, por ejemplo, la libertad contractual y la lealtad contractual) y otros que, en cambio, aconsejan establecer límites a la imposición de dichos deberes (*v. gr.*, el principio de autorresponsabilidad y la creación de incentivos). Un estudio de los deberes precontractuales de informar precisa identificar los intereses cuya protección justifica la imposición o limitación de dichos deberes y determinar cómo organiza el ordenamiento jurídico su convivencia –es decir, cómo los pondera– cuando son contradictorios.

Tanto la labor de identificación de los intereses en juego como su ponderación se simplifica notablemente si se distingue entre deberes precontractuales de informar típicos y atípicos. El estudio de la muestra de deberes de informar típicos considerados en esta investigación permite distinguir dos modelos de regulación. Según el primero, la imposición de estos deberes es excepcional, se trata de supuestos circunscritos cuyo alcance está limitado a ciertas hipótesis determinadas por el legislador. El segundo modelo opta por un alcance más general, la regla es que en la negociación del contrato una de las partes debe

preocuparse de suministrar a la otra parte toda aquella información que le resulte necesaria para una correcta formación del consentimiento. Este último es el modelo que impera en las relaciones de consumo, en las cuales se imponen al empresario deberes de informar extremadamente amplios.

*

A diferencia del derecho continental, el derecho inglés ofrece un modelo de regulación de los deberes precontractuales de informar extremadamente estricto. Cuando los comparatistas se refieren a la renuencia del derecho inglés frente a la imposición de dichos deberes no están, desde luego, afirmando que en dicho ordenamiento jurídico no existan estos deberes, sino, más bien, lo que señalan es que únicamente existen deberes de informar típicos y que no se permite a los jueces avanzar más allá de ellos. Una mirada a este sistema jurídico es extremadamente relevante para una investigación como ésta en la medida en que pone de relieve las razones que justifican el rechazo a la imposición de deberes precontractuales de informar atípicos, es decir, deberes que el juez extrae directamente de una cláusula general como la buena fe. En el derecho español –y en el continental, en general- no solamente existen deberes precontractuales típicos de informar, sino, además, deberes atípicos. La existencia de estos últimos es posible por la forma en que se encuentra concebida la buena fe. Tanto la doctrina como los tribunales han considerado que sus exigencias se extienden al periodo de negociación del contrato y que una de dichas exigencias es el deber de las partes de suministrarse información recíprocamente.

Aceptar que es posible extraer de las exigencias de la buena fe deberes precontractuales de informar directamente –esto es, sin intermediación legislativa-, no implica conceder que la buena fe exija a las partes siempre, o en términos muy generales, el deber de suministrarse información recíprocamente. Lo que es necesario es buscar la forma de concretar las exigencias de la buena fe y, de esta manera, conjurar el riesgo de arbitrariedad judicial. Dicha concreción, precisa identificar los

intereses en juego y la manera en que se ponderan cuando son contradictorios. Esta labor de concreción pertenece a los tribunales, son ellos quienes realizan una labor de "tipificación jurisprudencial" de los deberes precontractuales de informar atípicos.

En el derecho español, las principales figuras jurídicas que es necesario considerar son el error y el dolo. Tratándose del error, los supuestos son el error conocido y el error reconocible. En el caso del dolo, el supuesto es el dolo por omisión. A propósito de las decisiones judiciales recaídas sobre estos supuestos se pueden identificar los intereses en juego y la forma en que los ponderan los tribunales. En dicha situación, tanto los intereses en juego como la forma en que se ponderan precisan valorar la legitimidad de la ignorancia y a la legitimidad de la reticencia. En el derecho español la evaluación de ambas circunstancias tiene lugar a propósito de la determinación de la excusabilidad del error, sea que se recurra a la disciplina del error o a la del dolo.

Si se observa con atención la forma en que los tribunales conciben el requisito de la excusabilidad, no es difícil advertir que, en la práctica, se ha convertido en un tópico, un elemento complejo que condensa las reglas de apreciación de conductas y circunstancias personales en la valoración del error.

Según la formulación más habitual de la excusabilidad del error, la función que se atribuye a este requisito es privar de protección a quien se ha comportado negligentemente, desplazando esta protección a la otra parte que ha confiado legítimamente en la declaración de voluntad de quien padeció error. Ahora bien, esta formulación, que considera como intereses dignos de tutela jurídica la libertad contractual, la autorresponsabilidad y la seguridad jurídica, no parece ser la más adecuada para supuestos de error conocido, porque, en estos últimos, una de las partes sabe que la otra padece un error y, por lo tanto, no resulta del todo correcto apreciar que aquí existe una confianza legítima en la validez del contrato que deba ser protegida.

Tratándose del error conocido, los tribunales entran a valorar, en primer lugar, si la parte que padece el error ha sido inducida, de alguna manera, a confiar en la otra. Si dicha confianza existe y es razonable, prevalece el principio de la lealtad contractual de forma que, infringe un deber precontractual de informar quien no comunica el error a la otra parte que lo está padeciendo. Esta regla puede ampliarse, en mi opinión a todos aquellos casos en los que existe una relación de confianza, sea que ésta quede determinada por la naturaleza del contrato, la relación de las partes o la facticidad de la relación. Por otra parte, con independencia de si concurre una relación de confianza entre las partes, existe lo que he denominado un "umbral mínimo de confianza". La información que queda cubierta por él siempre debe suministrarse. Así, por ejemplo, si una parte conoce ciertas circunstancias que determinarán el incumplimiento del contrato o que afectarán la validez del negocio y sabe, o no puede ignorar, que la otra parte las desconoce, debe informárselas.

Si la información no se encuentra cubierta por el umbral mínimo de confianza y no existe entre las partes una relación que justifique el suministro de dicha información, entonces prevalece el principio de autorresponsabilidad, cada parte debe procurarse su propia información. Esta regla, sin embargo, supone que la información es accesible para las partes. Por lo que, si en el caso concreto, la información no es accesible para aquella parte que la ignora, el argumento pierde tracción ¿cómo podría imputársele a una parte, en virtud de su negligencia, un error que no pudo, razonablemente evitar?

La pregunta es, entonces, cómo determinar qué información es accesible y cuál no. Las sentencias de los tribunales aportan una serie de factores que contribuyen a aligerar el peso de esta pregunta. Estas aportaciones de los tribunales pueden ser, en mi opinión, fructíferamente, complementadas, si se añaden dos factores más: (1) la comparación de la posición de las partes, con el objeto de intentar averiguar si la información era o no igualmente accesible para ambas, y (2) los recursos

internos que poseen las partes, es decir la posibilidad que tienen de extraer la información de la propia negociación.

El análisis anterior deja una situación sin respuesta –al menos si, únicamente, se consideran como intereses dignos de protección la lealtad contractual y la autorresponsabilidad-. Se trata de aquella situación en la que, por un lado, no existe confianza que proteger y, por otro, la información no es accesible para aquella parte que la ignora.

He sugerido que en esa situación se puede acudir a la creación de incentivos para la producción y utilización de información socialmente valiosa como interés digno de ser tutelado por el ordenamiento jurídico. No es, desde luego, el único interés que puede considerarse –la seguridad jurídica sería otro-, sin embargo, la atención con que la ha considerado la doctrina española aconseja preferirlo.

Una vez que la creación de incentivos se enfoca a través de la lente de las consideraciones de eficiencia, la regla que puede enunciarse es que las consideraciones de eficiencia asignativa justifican la imposición de deberes precontractuales de informar atípicos, salvo que dicha imposición entrañe costos significativos en términos de producción y utilización de información socialmente valiosa.

ÍNDICE DE JURISPRUDENCIA

- STS de 3 de febrero de 1863 (CL 1863, nº 30) Ponente: Excmo. Sr. D. D. Antonio de Puga.
- STS de 29 de enero de 1965 (RJ 1965, 261) Ponente: Excmo. Sr. D. J. Bernal Algora.
- STS de 20 de noviembre de 1973 (RJ 4234/1973) Ponente: Excmo. Sr. D. M. Prieto Delgado.
- STS de 28 de febrero de 1974 (RJ 1974, 742) Ponente: Excmo. Sr. D. G. Díez-Canseco y de la Puerta.
- STS de 18 de abril de 1978 (RJ 1978, 1361) Ponente: Excmo. Sr. D. Rodríguez-Solano y Espín.
- STS de 21 de junio de 1978 (RJ 1978, 2359). Ponente: Excmo. Sr. D. J. Castro García.
- STS de 12 de febrero de 1979 (RJ 1979,439) Ponente: Excmo. Sr. D. A. Fernández Rodríguez.
- STS de 9 de abril de 1980 (RJ 1980, 1411) Ponente: Excmo Sr. D. J. Santos Briz
- STS de 10 de octubre de 1980 (RJ 1980,3619) Ponente: Excmo. Sr. D. J. Santos Briz).

- STS de 8 de julio de 1981 (RJ 1981,3053) Ponente: Excmo. Sr. D. C. de la Vega Benayas.
- STS de 9 de octubre de 1981 (RJ 1981,3595) Ponente: Excmo. Sr. M. González Alegre y Bernardo.
- STS de 26 de octubre de 1981 (RJ 1981,4001) Ponente: Excmo. Sr. D. C. de la Vega Benayas.
- STS de 4 de enero de 1982 (RJ 1982,179) Ponente: Excmo. Sr. J., de Castro García.
- STS de 27 de mayo de 1982 (RJ 1982, 2605) Ponente: Excmo. Sr. D. A. Fernández Rodríguez.
- STS de 1 de octubre de 1986 (RJ 1986,5229) Ponente: Excmo. Sr. D. M. Malpica González-Elipe.
- STS de 9 de julio de 1987 (RJ 1987,5214) Ponente: Excmo. Sr. D. A. Carretero López.
- STS de 15 de julio de 1987 (RJ 1987,5494) Ponente: Excmo Sr. D. R. López Vilas.
- STS de 21 de septiembre de 1987 (RJ 1987,6186) Ponente: Excmo. Sr. D. A Sánchez Jáuregui.
- STS de 12 de julio de 1988 (RJ 1988, 10375) Ponente: Excmo. Sr. D. F. Morales Morales.
- STS de 27 de marzo de 1989 (RJ 1989,2201) Ponente: Excmo. Sr. D. J. Santos Briz.
- STS de 27 de abril de 1989 (RJ 1989,3270, Ponente: Excmo. Sr. D. A. Carretero Pérez.
- STS de 7 de junio de 1989 (RJ 1989,4348) Ponente: Excmo. Sr. D. R. López Vilas.

- STS de 4 de diciembre de 1990 (RJ 1990,9546) Ponente: Excmo. Sr. D. J. Santos Briz.
- STS de 8 de julio de 1991 (RJ 1991,6300) Ponente: Excmo. Sr. D. Mariano Martín-Granizo Fernández.
- STS es de 15 de julio de 1991 Sala de lo Social (RJ 1991,5989) Ponente: Excmo. Sr. D. V. Fuentes López.
- STS de 6 de marzo de 1992 (RJ 1992,2398) Ponente: Excmo. Sr. D. J. Santos Briz.
- STS de 11 de mayo de 1993 (RJ 1993, 5339) Ponente: Excmo. Sr.D. P. González Poveda.
- STS de 18 de mayo de 1993 (RJ 1993,3567) Ponente: Excmo Sr. D. A. Villagómez Rodil.
- STS de 29 de mayo de 1993 (RJ 1993, 4052) Ponente: Excmo. Sr. D. González Poveda.
- STS de 23 de junio de 1993 (RJ 1993,4781) Ponente: Excmo. Sr. D. M. Malpica González-Elipe.
- STS de 9 de octubre de 1993 (RJ 1993,8174) Ponente: Excmo. Sr. D. P. González Poveda.
- STS de 15 de noviembre de 1993 (RJ 1993,8917) Ponente: Excmo. Sr. A. Villagómez Rodil.
- SAP de Córdoba de 14 de diciembre de 1993 (AC 1993,2400).
- STS de 14 de febrero de 1994 (RJ 1994,1469) Ponente: Excmo. Sr. D. F. Morales Morales.
- STS de 18 de febrero de 1994 (RJ 1994,1096) Ponente: Excmo. Sr. D. L. Martínez-Calcerrada y Gómez.

- STS de 26 de febrero de 1994 (RJ 1994,1198) Ponente: Excmo. Sr. A. Villagómez Rodil.
- STS de 29 de marzo de 1994 (RJ 1994,2304) Ponente: Excmo. Sr. D. P. González Poveda.
- STS de 15 de junio de 1995 (RJ 1995, 5296) Ponente: Excmo. Sr. D. J. Santos Briz.
- STS de 29 de diciembre de 1995 (RJ 1999,9380) Ponente: Excmo. Sr. D. I. Sierra Gil de la Cuesta.
- STS de 25 de enero de 1996 (RJ 1996,318) Ponente: Excmo. Sr. D. A. Villagómez Rodil.
- STS de 28 de septiembre de 1996 (RJ 1996,6820) Ponente: Excmo. Sr. D. P. González Poveda.
- STS de 6 de noviembre de 1996 (RJ 1996,7912) Ponente: Excmo. Sr. D. G. Burgos Pérez de Andrade.
- STS de 23 de septiembre de 1997 (RJ 6822,1997) Ponente: Excmo. Sr. D. R. García Varela.
- STS de 11 de noviembre de 1997 (RJ 1997,7870) Ponente: Excmo. Sr.D. J. Almagro Nosete.
- SAP de Barcelona de 5 de enero de 1998 (AC,1998,4).
- STS de 6 de febrero de 1998 (RJ 1998,408) Ponente: Excmo. Sr. D. P. González Poveda.
- STS de 23 de julio de 1998 (RJ 1998,6199) Ponente: Excmo. Sr. D. E. Fernández-Cid de Temes.
- STS de 27 de noviembre de 1998 (RJ 1998,9324) Ponente: Excmo. Sr. D. I. Sierra Gil de la Cuesta.

- STS de 5 de abril de 1999 (RJ 1999, 1873) Ponente: Excmo. Sr. L. Martínez-Calcerrada y Gómez.
- SAP de Ciudad Real de 3 de mayo de 1999 (AC 1999,5400).
- STS de 14 de junio de 1999 (RJ 1999,4105) Ponente: Excmo. Sr. R. García Varela.
- STS de 29 de julio de 1999 (RJ 1999,5722) Ponente: Excmo. Sr. D. J. Menéndez Hernández.
- STS de 30 de septiembre de 1999 (RJ 1999,7003) Ponente: Sr. D. A. Villagómez Rodil.
- STS de 25 de octubre de 1999 (RJ 1999,7624) Ponente: Excmo. Sr. D. Jesús Corbal Fernández.
- SAP de Córdoba de 22 de noviembre de 1999 (AC 1999,2096).
- STS de 16 de diciembre de 1999 (RJ 1999,8978) Ponente: Excmo. Sr. I. Sierra Gil de la Cuesta.
- SAP de Palencia de 10 de abril de 2000 (AC 2000,3560).
- SAP de Zaragoza de 20 de junio de 2000 (JUR 2000,272927).
- STS de 26 de julio de 2000 (RJ 2000, 9177) Ponente: Sr. D. J. Corbal Fernández.
- STS de 30 de julio de 2000 (RJ 2000, 6747) Ponente: Excmo. Sr. D. A. Villagómez Rodil.
- STS de 23 de julio de 2001 (RJ 2001,8413) Ponente: Excmo. Sr. D. A. Gómez Lorenzo.
- STS de 31 de octubre de 2001 (RJ 2001,9639) Ponente: Excmo. Sr. A. Villagómez Rodil.

- STS de 20 de diciembre de 2001 (RJ 2001,352) Ponente: Excmo. Sr D. P. González Poveda.
- STS de 30 de abril de 2002 (RJ 2002,4796) Ponente: Excmo Sr. D. A. Villagómez Rodil.
- SAP de Toledo de 4 de junio de 2002 (JUR 2002,228812).
- STS de 12 de julio de 2002 (RJ 2002,7145) Ponente: Excmo Sr. D. A. Romero Lorenzo.
- SAP de Burgos de 31 de diciembre de 2002 (JUR 2003,44358).
- STS de 24 de enero de 2003 (RJ 2003,1995) Ponente: Excmo. Sr. D, J. de Asís Garrote
- SAP de Málaga de 3 de abril de 2003 (JUR 2003\238722).
- SAP Málaga de 13 mayo de 2003 (JUR 2003,188896).
- STS de 3 de junio de 2003 (RJ 2003,5331) Ponente: Excmo. Sr. D. A. Romero Lorenzo.
- STS de 11 de junio de 2003 (RJ 2003,5347) Ponente: Excmo. Sr. D. P. González Poveda.
- SAP de Sevilla de 8 de octubre de 2003 (JUR 2003,276152).
- SAP Barcelona de 24 octubre de 2003 (JUR 2003\261265).
- SAP Bizkaia de 14 enero de 2004 (JUR 2004\100837).
- SAP Navarra de 1 marzo de 2004 (JUR 2004,113039).
- SAP Toledo, de 9 marzo de 2004 (JUR 2004\106567).
- SAP de Madrid de 28 de julio de 2004 (JUR 2004,233081)
- SAP Las Palmas de 1 octubre de 2004 (AC 2004\2025).

- STS de 12 de noviembre de 2004 (RJ 2004,6900) Ponente: Excmo. Sr. D. P. González Poveda.
- SAP Granada (Sección 3ª), de 2 diciembre de 2004 (AC 2004,517).
- SAP de Zaragoza de 2 de diciembre de 2004 (AC 2005,347).
- SAP Barcelona de 23 diciembre de 2004 (AC 2004\433).
- STS de 17 de enero de 2005 (RJ 2005,517) Ponente: Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz.
- SAP Castellón de 26 enero de 2005 (AC 2005\870).
- SAP Salamanca de 31 de enero de 2005 (AC 2005,181).
- SAP Valencia de 8 febrero de 2005 (JUR 2005\80789).
- STS de 17 de febrero de 2005 (RJ 2005,1680) Ponente: Excmo. Sr. D. A. Romero Lorenzo.
- SAP Ourense de 28 febrero 2005 (JUR 2005\96814).
- SAP de La Coruña de 11 de marzo de 2005 (AC 2005,2259).
- SAP de Tarragona de 5 de abril de 2005 (JUR 2005,172706).
- SAP Madrid de 22 abril de 2005 (JUR 2005\114028).
- SAP Málaga de 22 abril de 2005 (JUR 2005\143273).
- SAP de Sevilla de 22 de abril de 2005, (JUR 2005,138060).
- SAP de Bizkaia de de 29 de abril de 2005 (AC 2005,1525).
- SAP de Las Palmas de 8 de junio de 2005 (JUR 2005,186999).
- SAP Zaragoza de 21 octubre de 2005 (JUR 2005\241170).
- SAP de Cantabria de 25 de octubre de 2005 (JUR 2006,1816).

- SAP Madrid de 17 noviembre de 2005 (JUR 2005\46462).
- SAP Valencia de 30 diciembre de 2005 (JUR 2005\65499).
- SAP Granada de 20 enero 2006 (JUR 2006/796).
- STS de 2 de febrero de 2006 (RJ 2006,2694) Ponente: Excmo. Sr. J.A. Seijas Quintana.
- STS 17 de febrero de 2006 (RJ 2006, 1680) Ponente: Excmo. Sr. Romero Lorenzo.
- SAP Gipuzkoa de 22 febrero 2006 (JUR 2006\168358).
- SAP Tarragona 13 de marzo de 2006 (AC 2006, 1162).
- SAP Salamanca de 25 de abril de 2006 (RJ 201/2006).
- STS de 22 de mayo de 2006 (RJ 2006,3280) Ponente: Excmo. Sr. A. Salas Carceller.
- STS de 1 de junio de 2006 (RJ 2006,3063) Ponente: Excmo. Sr. D. C. Auger Liñán.
- SAP de Ciudad Real de 14 de junio de 2006 (AC 2007,365).
- SAP de Castellón de 23 de junio de 2006 (AC 2006,1610).
- SAP Castellón de 25 de junio de 2006 (RJ 327/2006).
- STS de 3 de julio de 2006 (RJ 2006,5813) Ponente: Excmo. Sr. D. J.A. Xiol Ríos.
- STS de 17 de julio de 2006 (RJ 2006,6309) Ponente: Excmo. Sr. D. I. Sierra Gil de la Cuesta .
- SAP Baleares de 19 de julio de 2006 (JUR 2005,216602).
- SAP La Coruña de 20 de julio de 2006 (RJ 349,2006).

- SAP Madrid de 26 de septiembre de 2006 (JUR 2006, 268732).
- STS de 15 de noviembre de 2006 (RJ 114,2006) Ponente: Excmo. Sr. D. C. Auger Liñán.
- STS de 17 de noviembre de 2006 (RJ 2006, 8932) Ponente: Excmo. Sr. V.L. Montés Penadés.
- STS de 24 de noviembre de de 2006 (RJ 2006,7895) Ponente: Excmo. Sr. D. C. Auger Liñán.
- STS de 11 de diciembre de 2006 (RJ 2006, 9893) Ponente: Excmo. Sr. D. J. Corbal Fernández.
- SAP Murcia de 13 diciembre de 2006 (JUR 2006\65162).
- SAP Barcelona de 15 diciembre de 2006 (JUR 2006\74702).
- STS de 13 de febrero de 2007 (RJ 2007,716) Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller .
- SAP de Salamanca de 26 de febrero de 2007 (JUR 2007,254071).
- SAP de Vizcaya de 23 de mayo de 2007 (JUR 2007,303873).
- STS de 3 de julio de 2007 (RJ 2007,4676) Ponente: Excmo. Sr. D. J.A. Xiol Ríos.
- STS de 13 de julio de 2007 (RJ 2007,5093) Ponente: Excmo. Sr. D. J.A. Xiol Ríos.
- STS de 11 de julio de 2007 (RJ 2007,5132) Ponente: Excmo. Sr. F. Marín Castán.
- SAP de Barcelona de 18 de julio de 2007 (JUR 2008,16684).
- SAP de Cantabria de 7 de noviembre de 2007 (AC 2007, 2012).

- STS de 15 de noviembre de 2007 (RJ 1200,2007) Ponente: Excmo. Sr. D. C. Auger Liñán.

BIBLIOGRAFÍA

AA.VV., *Projet de cadre commun de référence. Principes contractuels communs*, Société de Législation Comparée, París, 2008 [*Principes contractuels communs*].

AA.VV., *Las condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas*, Civitas, Madrid, 1996.

ACQUIS GROUP (RESEARCH GROUP ON THE EXISTING EC PRIVATE LAW), *Contract I: precontractual obligations, conclusion of contract, unfair terms*, Sellier, European Law Publishers, Munich, 2007 [ACQUIS GROUP, *Contract I*].

ALBALADEJO, M., *Derecho civil*, t. I, *Introducción y parte general*, 16ª ed., Edisofer, Madrid, 2004.

- *Derecho civil*, t. I, *Introducción y parte general*, 17ª ed. Edisofer, Madrid, 2006. [*Derecho civil*, I].
- *Derecho civil*, t. II, 12ª ed., Edisofer, Madrid, 2004 [*Derecho civil*, II].

ALCHIAM, A., "Property Rights", en *The Concise Encyclopedia of Economics*, disponible en <http://www.econlib.org/LIBRARY/Enc/PropertyRights.html> (visitado el 27/2/2007).

ALEMANY GARCÍA, M., *El paternalismo jurídico*, Iustel, Madrid, 2006.

ALEXANDER, L. y SHERWIN, E., "Deception in Morality and Law", *Law and Philosophy*, vol. 22, nº 5, 2003, pp. 393-450.

ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. E. Garzón Valdés, C.E.C., Madrid, 1997 [*Teoría de los derechos*].

ALFARO ÁGUILA-REAL, J., *Las condiciones generales de la contratación estudio de las disposiciones generales*, Civitas, Madrid, 1991.

- "Protección de los consumidores y derecho de los contratos", Nota crítica a Martínez de Aguirre, "Trascendencia del principio", *ADC*, 47-2, 1994, pp. 305-323.

ALLEN, D., *Misrepresentation*, Sweet & Maxwell, Londres, 1988 [*Misrepresentation*].

ALONSO PÉREZ, M., "La responsabilidad precontractual", *RCDI*, nº 485, 1971, pp. 859-922 ["La responsabilidad"].

ALONSO UREBA, A. y VIERA GONZÁLEZ, J., "Formación y perfección de los contratos a distancia celebrados por Internet", en Mateu de Ros, R. y López-Monís Gallego, M. (coords.), *Derecho de Internet. La Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico*,

Bankinter y Thomson Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2003, pp. 271-386.

ÁNGEL YAGÜEZ, R. DE, *Tratado de responsabilidad civil*, 3ª ed., Universidad de Deusto – Civitas, Madrid, 1993.

- "Consentimiento informado: Algunas reflexiones sobre la relación de causalidad y el daño", *PDD*, nº 3, 2003, pp. 5-30.

ANTUNES VARELA, J., *Das Obrigações em general*, 7ª ed., Almedina, Coimbra, 1993.

AQUINO, SANTO TOMÁS DE, *Suma de Teología*, t. II, Parte I-II, y t. III, Parte II-II(a), Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid, 1990.

ARANGIO-RUIZ, V., *La compravendita in diritto romano*, vol. II, 2ª ed., Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, Nápoles, 1990 [*La compravendita*].

ARCE Y FLÓREZ-VALDÉS, J., *Los principios generales del Derecho y su formación constitucional*, Civitas, Madrid, 1990.

ARRANZ ALONSO, L., "Los contratos del comercio electrónico", en Mateu de Ros y López-Monís Gallego (coords.), *Derecho de Internet. La Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico*, Bankinter y Thomson Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2003, pp. 197-270.

ARROYO APARICIO, A., *Los contratos a distancia en la Ley de Ordenación del Comercio Minorista*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2002 [*Los contratos a distancia*].

ARROYO I AMAYUELAS, E., "Los principios de Derecho contractual comunitario", *ADC*, 61-1, 2008, pp. 211-239.

- "¿Qué es *forma* en el derecho contractual comunitario de consumo?", *ADC*, 61-2, 2008, pp. 519-542 ["¿Qué es *forma*"].

ASÚA GONZÁLEZ, C., *La culpa in contrahendo*, Servicio Editorial Universidad del País Vasco, 1989 [*La culpa in contrahendo*].

ATIENZA, M. y RUIZ MANERO, J., "Sobre principios y reglas", *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, nº 10, 1991, pp. 101-120.

ATYIAH, P., *The Rise and Fall of Freedom of Contract*, Clarendon Press, Oxford, 1979 [*The Rise and Fall*].

- *An Introduction to the Law of Contract*, 4ª ed., Clarendon Press, Oxford, 1989 [*An Introduction*].

AUER, M, "The Structure of Good Faith: A Comparative Study of Good Faith Arguments", *SSRN*, 2006, disponible en <http://ssrn.com/abstract=945594> (visitado el 11/10/2007) ["The Structure of Good Faith"].

AYRES, I. y KLASS, G., *Insincere Promises*, Yale University Press, New Haven, 2006.

BADENES GASSET, R., *El contrato de compraventa*, 3ª ed., Bosch, Barcelona, 1995 [*El contrato de compraventa*].

BADOSA COLL, F., *La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil*, Real Colegio de España, Bolonia, 1987.

BAIRD, D., GERTNER, R. y PICKER, R., *Game Theory and the Law*, Harvard University Press, Cambridge (Massachusetts), 1994.

BALLESTEROS GARRIDO, J. A. *Las condiciones generales de los contratos y el principio de autonomía de la voluntad*, Bosch, Barcelona-Madrid, 1999 [*Las condiciones generales*].

BALLUGERA GÓMEZ, C., *El contrato no-contrato enigma desvelado de las condiciones generales de la contratación*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2006.

BAR-GILL, O., "Informing Consumers About Themselves", *New York University Law and Economics Working Papers*, 2007, disponible en <http://lsr.nellco.org/cgi/viewcontent.cgi?article=1115&context=nyu/lewp> (visitado el 10/07/2008) ["Informing Consumers"].

- "The Behavioral Economics of Consumer Contracts", *Minn. L. Rev.*, vol. 92, 2008, pp. 749-801.

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, pp. 783-803 ["Rational Bargaining"].

BARROS, E., *Tratado de responsabilidad extracontractual*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2006 [*Tratado de responsabilidad*].

BEALE, H., "Misrepresentation", en *Chitty on Contracts*, 28ª ed., Sweet & Maxwell, Londres, 1999, pp. 337-410 ["Misrepresentation"].

BEALE, H., BISHOP, H. y FURMSTORM, M., *Contract cases and materials*, 2ª ed., Butterworth, Londres, 1990.

BEALE, H., HARTKAMP, A., KÖTZ, H. y TALLON, D., *Contract Law*, Hart, Oxford, 2001 [BEALE, et al., *Contract Law*].

BENATTI, F., Voz: "Responsabilità precontrattuale", en AA.VV., *Enciclopedia Giuridica*, vol. XXVII, Roma, 1991.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., "La protección de los consumidores, la Constitución española y el derecho mercantil", en Bercovitz Rodríguez

Cano, A. y R., *Estudios jurídicos sobre la protección de los consumidores*, Tecnos, Madrid, 1987, pp. 22-43 ["La protección de los consumidores"].

- "Reflexiones críticas sobre la protección de los consumidores en el Derecho español", en Bercovitz Rodríguez-Cano, A. y R., *Estudios jurídicos sobre protección de los consumidores*, Tecnos, Madrid, 1987, pp. 17-21.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., "La naturaleza de las acciones redhibitoria y estimatoria en la compraventa", *ADC*, 22-4, 1969, pp. 777-837.

- "Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de mayo de 1993", *CCJC*, 32, 1993, pp. 673-681.
- "Comentarios a los artículos 40 a 48", en Bercovitz Rodríguez-Cano, R. y Leguina Villa, J. (coords.), *Comentarios a las leyes de ordenación del comercio minorista*, Tecnos, Madrid, 1997, pp. 698-735.
- (coord.) *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, Aranzadi Editorial, Elcano (Navarra), 2000.

BETTI, E., *Teoría general del negocio jurídico* 2ª ed, trad. A Martín Pérez, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1959.

BIGWOOD, R., *Exploitative Contracts*, Oxford University Press, Nueva York, 2003 [*Exploitative contracts*].

BIRMINGHAM, R., "The Duty to Disclose and the Prisoner's Dilemma: Laidlaw v. Organ", *Wm. & Mary L. Rev.*, vol. 29, 1988, pp. 249-283 ["The Duty to Disclose"].

BISHOP, W., "Negligent misrepresentation: an economic reformulation", en Barrows, P. y Veljanovsky, C., *The Economic Approach to Law*, Butterworths, London, 1981, pp. 167-186.

BLANCO PÉREZ-RUBIO, L., "El deber de información en la medicina voluntaria o satisfactiva", en Llamas Pombo (coord.), *Estudios de derecho de obligaciones, Homenaje al profesor Mariano Alonso Pérez*, t. I, La Ley, Madrid, 2006, pp. 175-198.

BLASCO GASCÓ, V., "El contrato antes del contrato (Reflexiones sobre la responsabilidad precontractual)", en Orduña Moreno, F. (dir.) *Contratación y consumo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, pp. 26-51.

BOTANA GARCÍA, G., "Contratos conexos. Deber de información. Responsabilidad del arquitecto técnico en el contrato de obra (Sentencia de 6 de julio de 1990)", *ADC*, vol. 45-1, 1992, pp. 419-432.

BOURIER, CH., *La faiblesse d'une partie au contrat*, Bruylant Academie, Lovaina, 2003.

BULLARD GONZÁLEZ, A., *Derecho y Economía. El análisis económico de las instituciones legales*, Palestra Editores, Lima, 2003.

BURKE, J., "Reinventing Contracts", *Murdoch University Electronic Journal of Law*, vol. 10, 2003, disponible en <http://www.murdoch.edu.au/elaw/issues/v10n2/burke102.html> (visitado el 20/12/2007).

CABANILLAS SÁNCHEZ, A., "El ámbito de la responsabilidad precontractual o *culpa in contrahendo*", *RCDI*, nº 628, 1995, pp. 747-788 ["El ámbito"].

CALABRESI, G., *El costo de los accidentes*, Editorial Ariel, Barcelona, 1984.

CALAIS-AULOY, J., "L'influence du droit de la consommation sur le droit civil des contrats", *RTCD*, 1997, 2, pp. 239-254 ["L'influence du droit"].

CALAMARI, J. y PERILLO, J., *Contracts*, 3ª ed., Westpublishing Co. Minnesota, 1987 [*Contracts*].

CALBACHO LOSADA, F., RODRÍGUEZ JIMÉNEZ, L. y BARRIOLA URRICOTECHEA, L., "El deber de declaración de riesgo en la Ley de contrato de seguro", *La Ley*, nº 4, 1988, pp. 863-868.

CALLEJO RODRÍGUEZ, C., "El deber precontractual de información: del esquema tradicional del Código civil al régimen del derecho de consumo", *Revista Jurídica del Notariado*, nº 47, 2003, pp. 9-63 ["El deber precontractual"].

CÁMARA LAPUENTE, S., "Un derecho privado o un código civil para Europa: Planteamiento, nudo y (esquivo) desenlace", en *Id.* (coord.) *Derecho privado europeo*, Colex, Madrid, 2003, pp. 47-106 ["Un derecho privado"].

- *El arrendamiento de bienes muebles*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2008.

CAMERER, C., ISSACHAROFF, S., LOWENSTEIN, G. y RUBIN, M., "Regulation for Conservatives: Behavioral Economics and the Case for "Asymmetric Paternalism", *U. Pa. L. Rev.*, vol. 151, 2003, pp. 1211-1254.

CAMPUZANO TOMÉ, H., "El cumplimiento del deber de declaración del riesgo. Especial problemática de los seguros derivada de los seguros vinculados a contratos de préstamo", *RdPat*, nº 21, 2008, pp. 106-133 ["El cumplimiento del deber"].

CAPILLA RONCERO, F., "Comentario artículos 1.681 a 1.683", en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. XXI, vol. I, Edersa, Madrid, 1993, pp. 187-279.

CARBONNIER, J., *Derecho Civil*, t. II, vol. II, trad. M. Zorrilla Ruiz, Bosch, Barcelona, 1971.

CARIOTA FERRARA, L., *El negocio jurídico*, trad. M. Albaladejo, Aguilar, Madrid, 1959 [*El negocio jurídico*].

CARTWRIGHT, J., *Contract Law*, Hart Publishing, Portland, 2007

- "The rise and fall of mistake in the English law of contract", en Sefton Green, R. (edit.) *Mistake, Fraud and Duties to Inform in European Contract Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2005, pp. 65-86.
- *Misrepresentation, Mistake and Non-Disclosure*, Sweet and Maxwell, Londres, 2007 [*Misrepresentation*].

CASTELLS, M., *La era de la información. La sociedad red*, vol. I, Siglo XXI editores, México, 1999.

CASTRO Y BRAVO, F. DE, *Derecho civil de España*, 2ª ed., t. I, Instituto de Estudios Públicos, Madrid, 1949 [*Derecho civil de España*].

- *El negocio jurídico*, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1971.
- *Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes*, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1979 [*Las condiciones generales*].
- "Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad", *ADC*, 35-4, 1982, pp. 987-1086 ["Notas"].
- "De nuevo sobre el error en el consentimiento", *ADC*, 41-2, 1988, pp. 403-440 ["De nuevo sobre el error"].

CAZORLA, L. "Comentario artículo 51", en Garrido Falla, F., *Comentarios a la Constitución*, Civitas, Madrid, 1985, pp. 866-873.

CHAZAL, J., "Les nouveaux devoirs des contractants. Est-on allé trop loin?", en Jamin, C. y Mazeaud, D. (dirs.), *La nouvelle crise du contrat*, Dalloz, París, 2003, pp. 99-133.

CHEN-WISHART, M., *Contract Law*, Oxford University Press, Oxford, 2005 [*Contract Law*].

CICERON, M. T., *Sobre los deberes*, Estudio preliminar, traducción y notas de J. Guillén Cabañero, Tecnos, Madrid, 1989 [*Sobre los deberes*].

CIDONCHA MARTÍN, A., *La libertad de empresa*, Thomson Civitas, Cizur Menor, 2006.

CLEMENTE MEORO, M., *La facultad de resolver el contrato por incumplimiento*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998 [*La facultad de resolver*].

- "El ejercicio del derecho de desistimiento en los contratos a distancia", *RdPat*, nº 16, 2006, pp. 163-184.
- "La prestación del consentimiento en los contratos de consumo por vía electrónica y la obligación de información previa y posterior", en Cotina Hueso, L. (coord.), *Consumidores y usuarios ante las nuevas tecnologías*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pp. 85-89 ["La prestación del consentimiento"].

COLEMAN, J., "Efficiency, Utility and Wealth Maximization", *Hofstra L. Rev.*, vol. 8, 1979-1980, pp. 509-551.

- "The Grounds of Welfare", *Yale L. J.*, vol. 112, 2003, pp.1511-1543.

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. 639-709 [COLEMAN, et al., "A Bargaining Theory"].

CONTRERAS PELAÉZ, F., *El Tribunal de la Razón*, Editorial Mad, Sevilla, 2006.

COOTER, R., "Law and the Imperialism of Economics: An Introduction of Economics Analysis of Law and a Review of the Major Books", *UCLA L. Rev.*, vol. 29, 1981-1982, pp. 1260-1269.

COOTER, R. y ULEN, T., *Derecho y economía*, Fondo de Cultura Económica, México D.F., 1998 [*Derecho y economía*].

CORDERO CUTILLAS, I., *El derecho de aprovechamiento por turno en la Ley 42/1998 de 15 de diciembre*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

COSSÍO DEL CORRAL, A., *El dolo en el derecho civil*, Editorial Comares y Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Granada, 2005 [*El dolo*].

COSTA RODAL, L., *Los derechos de aprovechamiento por turno*, Editorial Comares, Granada, 2000 [*Los derechos de aprovechamiento*].

CRASWELL, R., "Taking Information Seriously: Misrepresentation and Nondisclosure in Contract Law and Elsewhere", *Va. L. Rev.*, vol. 92, 2006, pp. 566-632 ["Taking Information Seriously"], pp. 566-632

CRESPO MORA, M., *La responsabilidad del abogado en el derecho civil*, Thomson Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2005 [*La responsabilidad*].

CRESPO VITORIQUE, I., "Comentario artículo 10", en Cremades, J. y González Montes, J. (coords.) *La nueva ley de Internet (Comentarios a la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico)*, La Ley, Madrid, 2003, pp. 209-227 ["Comentario artículo 10"].

CRISTÓBAL MONTES, A., *La estructura y los sujetos de la obligación*, Civitas, Madrid, 1990.

DALLEY, P., "From Horse Trading to Insider Trading: the Historical Antecedents of the Insider Trading Debate", *Wm. & Mary L. Rev.*, vol. 39, 1998, pp. 1289-1353 ["From Horse Trading"].

DAWSON, J., *The Oracles of the Law*, Greenwood Press, Connecticut, 1968 [*The Oracles*].

DE LA MAZA GAZMURI, I., "Contratos por adhesión y cláusulas abusivas: ¿Por qué el Estado y no solamente el mercado?", *Revista Chilena de Derecho Privado*, nº 1, 2003, pp. 109-147 ["Contratos por adhesión"].

- "El control de las cláusulas abusivas y la letra g)", *Revista Chilena de Derecho Privado*, nº 3, 2004, pp. 35-68.
- "Los contratos por adhesión en plataformas electrónicas: una mirada al caso chileno", *SCRIPT-ed*, vol. 2, nº 3, 2005, disponible en <http://www.law.ed.ac.uk/ahrb/script-ed/vol2-3/contratos.asp> (visitado el 25/7/2008).
- "Deber de informar, dolo incidental e incumplimiento contractual. Nota a la STS de 11 de Julio de 2007", *ADC* 60-4, 2007, pp. 1861-1865.

DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI, T., "El régimen jurídico de los derechos sociales estatutarios. Reflexiones tras la STC 247/2007, de 12 de diciembre", *RGDC*, 5, 2008, pp. 1-48.

DE LOS MOZOS, J.L., *Estudios de derecho de contratos, integración europea y codificación*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2005.

DE MAURO, A. y FORTINGUERRA, F., *La responsabilità precontrattuale*, CEDAM, Padua, 2002.

DEL OLMO GARCÍA, P., "Responsabilidad por daño puramente económico causado al usuario de informaciones falsas", *ADC*, 54-1, 2001, pp. 257-367.

DELGADO ECHEVERRÍA, J., "¿Sanción de invalidez? Los conceptos de invalidez y de sanción", en Id. (coord.), *Las nulidades de los contratos: un sistema en evolución*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2007, pp. 89-138 ["¿Sanción de invalidez?"].

DELGADO ECHEVERRÍA, J. y PARRA LUCÁN, M^a.A., *Las nulidades de los contratos*, Dykinson, Madrid, 2005.

DEMOGUE, R., *Traité des obligations en général*, t. VI, Librairie Arthur Rousseau, París, 1931.

DEMOTT, D., "Do You Have the Right to Remain Silent?: Duties of Disclosure in Business Transactions", *Del. J. Corp. L.*, vol. 19, 1994, pp. 65-102.

DÍAZ DE ENTRE-SOTOS FORNS, M., *Obligaciones del arrendador. Artículo 1.554 del Código Civil*, Tecnos, Madrid, 1997.

DÍAZ GÓMEZ, M., *Información y voluntad en la contratación de derechos de aprovechamiento por turno*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

DÍAZ MARTÍNEZ, A., "Comentario de la STS de 17 de noviembre de 2006 (RJ 2006, 8932), CCJC, 2007, pp. 1237-1242.

DÍEZ-PICAZO, L., *La doctrina de los propios actos*, Bosch, Barcelona, 1963.

- "Prólogo" a Wieacker, F., *El principio general de la buena fe*, trad. J.L. Carro, Editorial Civitas, Madrid, 1977 ["Prólogo"].
- "¿Una nueva doctrina general del contrato?", *ADC*, 46-4, 1993, pp. 1709-1718.
- "Comentario artículo 1.258", en *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, Albaladejo, M. y Alabart, S. (dir.), Edersa, Madrid, 1993, pp. 437-438 ["Comentario artículo 1.258"].
- *Derecho de daños*, Civitas, Madrid, 1999.
- (dir.), *Comentarios a la Ley sobre condiciones generales de la contratación*, Civitas, Madrid, 2002.
- "Contrato de consumo y derecho de contratos", *ADC*, 59-1, 2006, pp.11-28.
- *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, t. I, *Introducción, teoría del contrato*, 6ª ed., Thomson Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2007 [*Fundamentos*, I].
- *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, t. II, *Las relaciones obligatorias*, 6ª ed., Thomson Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2008 [*Fundamentos*, II].

DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A., *Sistema de derecho civil*, vol. II, 6ª ed. Tecnos, Madrid, 1989.

- *Sistema de derecho civil*, vol. I, 11ª ed., Tecnos, Madrid, 2003 [*Sistema de derecho civil*, I].
- *Sistema de derecho civil*, vol. II, 9ª ed., Tecnos, Madrid, 2005.

DOBBS, D., *The Law of Torts*, 9ª ed., West Group, Minnesota, 2000 [*The Law of Torts*].

DOMÍNGUEZ LUELMO, A. *Derecho sanitario y responsabilidad médica. Comentarios a la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, sobre derechos del paciente, información y documentación clínica*, 2ª ed., Editorial LexNova, Valladolid, 2007 [*Derecho sanitario y responsabilidad*].

DUGGAN, A., BRYAN, M. y HANKS, F., *Contractual Non-Disclosure. An Applied Study in Modern Contract Theory*, Longman Professional Publishing, Hong Kong, 1994 [*Contractual Non-Disclosure*].

DURÁN RIVACOVA, R., *Evicción y saneamiento*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2002 [*Evicción y saneamiento*].

DWORKIN, G., "Paternalism: Some Second Thoughts", en Sartorius, R. (comp.), *Paternalism*, University of Minnesota Press, Minneapolis, 1987, pp. 19-34.

DWORKIN, R., "Is Wealth a Value?", en *The Journal of Legal Studies*, vol. 9, nº 2, 1980, pp. 191-226.

- Why Efficiency? A Response to Professors Calabresi and Posner", *Hofstra L. Rev.*, vol. 8, 1980, p. 563-580.
- *Los derechos en serio*, trad. M. Guastavino, Ariel, Barcelona, 1984.

EASTERBROOK, F., "The Court and the Economic System", *Harv. L. Rev.*, vol. 98, 1984, pp. 4-60.

EBERS, M., "Unfair Contracts Term Directive (93/13)", en Schulte-Nölke, H., Twigg-Flesner, Ch. y Ebers, M. (edits.), *EC Consumer Law Compendium. The Consumer Acquis and its transposition in the Member States*, Sellier, Munich, 2008, pp. 197-261.

EHMANN, H. y SUTSCHET, H., *La reforma del BGB. Modernización del derecho alemán de obligaciones*, trads. C. López Díaz y U. Salas de Sánchez, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2006 [*La reforma del BGB*].

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", en *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 28-4, 2008, pp. 659-708 [EIDENMÜLLER, et al., "The Common Frame"].

EISENBERG, M., "The Bargain Principle and its limits", *Harv. L. Rev.*, nº 95, 1982, pp. 741-801.

- "Disclosure in Contract Law", *Cal. L. Rev.*, vol. 91, 2003, pp. 1645-1690 ["Disclosure in Contract Law"].

ENGEL, P., *Traité des obligations en droit suisse*, Éditions Idies et Calendes, Neuchâtel, 1973.

EPSTEIN, R., *Cases and Material on Torts*, 8ª ed., Aspen, Nueva York, 2004.

ESPIAU ESPIAU, S. (dir.), *Las condiciones generales de la contratación y la Ley 7/1998, de 13 de abril*, Marcial Pons, Madrid, 1999.

ESPÍN CÁNOVAS, D., "Fundamento de la garantía del vendedor en caso de evicción", *RDP*, 1966, pp. 3-18 ["Fundamento de la garantía"].

ESSER, J., *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado*, trad. E. Valentí Fiol, Bosch, Barcelona, 1961.

FABRE-MAGNAN, M., *De l'obligation d'information dans les contrats. Essai d'une théorie*, LGDJ, París, 1992 [*De l'obligation d'information*].

- "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. 99-120 ["Duties of Disclosure"].

FARNSWORTH, A., *Alleviating Mistakes. Reversal and Forgiveness for Flawed Perceptions*, Oxford University Press, Nueva York, 2004.

FENOY PICÓN, N., *Falta de conformidad e incumplimiento en la compraventa. (Evolución del ordenamiento español)*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1996 [*Falta de conformidad*].

- *El sistema de protección del comprador*, Cuadernos de Derecho Registral, Madrid, 2006 [*El sistema de protección*].

FERNÁNDEZ, P., *La justicia en los contratos. Comentarios a la Summa Theologiae, 77-78*, trads. T. López y M^a. Zorroza, Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 2007.

FERNÁNDEZ HIERRO, J., *Sistema de responsabilidad médica*, 5^a ed., Editorial Comares, Granada, 2007 [*Sistema de responsabilidad médica*].

FINN, P., "Good Faith and Nondisclosure", en Id., *Essays on Torts*, The Law Book Company Limited, Sydney, 1989, pp. 150-182.

FLORES DOÑA, M., *Impacto del comercio electrónico en el derecho de la contratación*, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 2002.

FLUME, W., *El negocio jurídico*, trads. J.M. Miquel González y E. Gómez Calle, Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 1998 [*El negocio jurídico*].

FONT GALÁN, J.I., *Constitución económica y derecho de la competencia*, Tecnos, Madrid, 1987.

FRIED, CH., *Contract as a Promise*, Harvard University Press, Cambridge, 1981.

FRIEDMAN, M., *Capitalism and Freedom*, University of Chicago Press, Chicago, 1962.

FURMSTORM, M., *Cheshire, Fifoot and Furmston's Law of Contract*, 14^a ed., Butterworth Lexis Nexis, Londres, 2001 [*Law of contract*].

GALÁN CORTÉS, J. C., *Responsabilidad médica y consentimiento informado*, Civitas, Madrid 2001.

GALGANO, F., *El negocio jurídico*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1992 [*El negocio jurídico*].

GALLI, R., *Appunti di diritto civile*, Cedam, Padua, 2008.

GALLO, P., "I vizi del consenso", en Rescigno, P. (dir.), *Tratatto dei contratti*, t. I, *I contratti in generale*, UTET, Turín, 1999.

GANDOLFI, G. (coord.), *Code europeen des contrats*, 3ª ed., Giuffrè Editore, Milán, 2002 [*Code europeen*].

GARCÍA AMIGO, M., "Consideraciones a la buena fe contractual", en *Homenaje al profesor Bernardo Moreno Quesada*, vol. I, Universidad de Jaén, Granada, 2000, pp. 611-623.

- *Condiciones generales de los contratos (civiles y mercantiles)*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1969.

GARCÍA CANTERO G., en Castán-García Cantero, *Derecho civil español, común y foral*, t. III, 16ª ed., Reus, Madrid, 1992 [*Derecho civil español*].

- "Comentario artículos 1.475 a 1.490", en *Derecho civil español, común y foral*, t. III, Albaladejo, M. (dir.), 16ª ed., Reus, Madrid, 1992, pp. 286-394 ["Comentario artículos 1.475 a 1.490"].
- "La culpa *in contrahendo* en el Proyecto de Pavía y su posible aplicación al ordenamiento español", en Id. (coord.), *Anotaciones españolas al Proyecto de Pavía*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2005, pp. 44-100.

GARCÍA DEL CORRAL, I., *Cuerpo del Derecho Civil Romano*, t. I (edición facsímil de la de Barcelona, 1889), Valladolid, 1988 [*Cuerpo*, I].

- *Cuerpo del Derecho Civil Romano*, t. II (edición facsímil de la de Barcelona, 1892), Valladolid, 1988.

GARCÍA GOYENA, F., *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, reimpresión de la edición de Madrid, 1852, al cuidado de la Cátedra de Derecho civil de la Universidad de Zaragoza, Zaragoza, 1974 [*Concordancias*].

GARCÍA RUBIO, Ma. P., *La responsabilidad precontractual*, Tecnos, Madrid, 1991 [*La responsabilidad*].

- "Incumplimiento del deber de información, relación de causalidad y daño en la responsabilidad civil médica", en Llamas Pombo, E. (coord.) *Estudios de derecho de obligaciones, Homenaje al profesor Mariano Alonso Pérez*, t. I, La Ley, Madrid, 2006 ["Incumplimiento del deber de información"].

GARZÓN VALDÉS, E., "¿Es éticamente justificable el paternalismo jurídico?", *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, nº 5, 1988, pp. 155-174.

GHESTIN, J., *La notion d'erreur dans le droit positif actuel*, LGDJ, París, 1971.

- "The precontractual obligation to disclose information. French Report", en Harris, D. y Tallon, D. (edits.), *Contract Law Today, Anglo-French Comparisons*, Clarendon Press, Oxford, 1989, pp 151-166 ["French Report"].

- *Traité de droit civil. Les obligations. La formation du contrat*, LGDJ, París, 1993 [*Traité*].

GHESTIN, J. y DESCHE, B., *Traité des contrats. La vente*, LGDJ, París, 1990.

GHESTIN, J. y MARCHESSAUX-VAN MELLE, I., "Contrats d'adhésion et clauses abusives", en Fontaine, M. (dir.), *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels*, LGDJ, París, 1996 ["Contrats d'adhésion"].

GILIKER, P., "Regulating Contracting Behaviour: The Duty to Disclose in English and French Law", *European Review of Private Law*, 5-2005, pp. 621-640 ["Regulating Contracting"].

- "Formation of Contract and Pre-contractual information", en Grundmann, S. y Schauer, M., *The Architecture of European Codes and Contract Law*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2006, p. 301-319.

GÓMEZ CALLE, E., *Los deberes precontractuales de información*, La Ley, Madrid, 1994 [*Los deberes precontractuales*].

- *El contrato de viaje combinado*, Civitas, Madrid, 1998 [*El contrato de viaje combinado*].

GÓMEZ SEGADE, J. A., "Notas sobre el derecho de información del consumidor", *RJC*, nº 3, 1980, pp. 139-164 ["Notas"].

GONZÁLEZ GOZALO, A., *La formación del contrato tras la ley de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico*, Comares, Granada, 2004 [*La formación del contrato*].

GORDILLO CAÑAS, A., *Capacidad, incapacidades y estabilidad de los contratos*, Tecnos, Madrid, 1986.

GORDLEY, J., "Myths of the French Civil Code", *Am. J. Comp. L.*, vol. 42, 1994, pp. 459-505. ["Myths of the French Civil Code"].

- "Good faith in contract law in the medieval *ius commune*", en Whittaker, S. y Zimmerman, R. (edits.), *Good Faith in European Contract Law*. Cambridge University Press, Harvard, 2000, pp. 93-117.
- "Good Faith and Profit Maximization", *Review of Business*, vol. 19, nº 4, 1997, s/p.
- *The philosophical origins of modern contract doctrine*, Clarendon Law Series, 22, 1993 [*The Philosophical Origins*].

GRISI, G., Voz: "Informazione (obblighi di)", en AA.VV., *Enciclopedia Giuridica*, vol. XVI, Roma, 1989, pp. 1-19 ["Informazione (obblighi di)"].

- *L'obbligo precontrattuale di informazione*, Jovene, Nápoles, 1990 [*L'obbligo precontrattuale*].

GROCIO, H., *Del derecho de la guerra y la paz*, trad. J. Torrubiano Ripoll, Editorial Reus, Madrid, 1925 [*Del derecho*].

GRUNDMANN, S., KERBER, W. y WEATHERHILL, S., "Party Autonomy and the Role of Information – an Overview", en Id. (edits.), *Party Autonomy and the Role of Information in the Internal Market*, De Gruyter, Berlín, 2001, pp. 3-38.

GUGGENHEIM, D., *Le droit Suisse des contrats*, Georg Editeur, Ginebra, 1989.

GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, B., *Códigos ó estudios fundamentales sobre el derecho civil español*, t. IV, Madrid, 1869 [*Códigos ó estudios fundamentales*].

HADFIELD, G., HOWSE, R. y TREBILCOCK, M., "Information-Based Principles for Rethinking Consumer Protection Policy", *Journal of Consumer Policy*, vol. 28, 1998, pp [HADFIELD, et al., "Information-Based Principles].

HANSON, J. y KYSAR, D., "Taking Behavioralism Seriously: Some Evidence of Market Manipulation", *Harv. L. Rev.*, vol. 112, pp. 1423-1511.

HARTKAMP, A., "Judicial Discretion Under the New Civil Code of the Netherlands", Roma, 1992, disponible en <http://w3.uniroma1.it/idc/centro/publications/04hartkamp.pdf> (visitado el 07/07/2008) ["Judicial Discretion"].

HARTKAMP, A. y TILEMA, M., *Contract Law in the Netherlands*, Kluwer Law International, La Haya, 1993.

HEIDT, R., "Maintaining Incentives for Bioprospecting: The Occasional Need for a Right to Lie", *Berkeley Tech. L.J.*, vol. 13, 1998, pp. 667-720.

HESELINK, M., "The Principles of European Contract Law: Some Choices Made By The Lando Commission", *Global Jurist Frontiers*, vol. 1, 2001, pp. 5-95.

- "The Concept of Good Faith", en Hartkamp, A., Hesselink, M., Hondius E., Joustra A. y Veldman M. (edits.), *Towards a European Civil Code*, 3ª ed., Kluwer Law International, La Haya, 2004, pp. 471-498.

HESELINK, M., RUTGERS, J., BUENO DÍAZ, O., SCOTTON, M. y VELDMANN, M., *Commercial Agency, Franchise and Distribution Contracts Principles of European Law*, Oxford University Press, Nueva York, 2006.

HILLMAN, R. y RACHLINSKI, J., "Standard-Form Contracting in the Electronic Age", *N.Y.U. L. Rev.*, vol. 77, 2002, pp. 429-456.

HIRSHLEIFER, J., "The Private and Social Value of Information and the Reward to Incentive Activity", *American Economic Review*, vol. 61, 1971, pp. 561-574 ["The Private and Social Value"].

HOLTUG, N. y LIPPERT-RASMUSSEN (edits.), *Egalitarianism. New Essays on the Nature and Value of Equality*, Clarendon Press, Oxford, 2007.

HOCHART, C., *La garantie d'éviction dans la vente*, LGDJ, París, 1993.

HONORÉ, T., "Are Omissions Less Culpable?", en Cane, P. y Stappleton, J., *Essays for Patrick Atiyah*, Clarendon Press, Oxford, 1991, pp. 31-52.

HOWELLS, G., "The Potential and Limits of Consumer Empowerment by Information", *Journal of Law and Society*, vol. 32, 2005, pp. 349-370 ["The Potential and Limits"].

INSTITUTO INTERNACIONAL PARA LA UNIFICACIÓN DEL DERECHO PRIVADO, *Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales 2004*, Thomson Aranzadi, Roma, 2004.

JANSSEN, A., "The Information Requirements in the Principles of European Private Law 'Long-Term commercial Contracts: commercial Agency, Distribution, Franchise' –A Model for a European Civil Code?", en Howells, G., Janssen, A. y Schulze, R. (edits.), *Information Rights and Obligations*, Ashgate, Aldershot, 2005, pp. 189-204.

JAZULOT, B., *La bonne foi dans les contrats*, Dalloz, París, 2001.

JESTAZ, P. y JAMIN, CH., *La doctrine*, Dalloz, París, 2004.

JIMÉNEZ CAMPO, J., *Derechos fundamentales. Concepto y garantías*, Trotta, Madrid, 1999.

JOLLS, C., SUNSTEIN, C. y THALLER, R., "A Behavioral Approach to Law and Economics", en Sunstein, C. (edit.), *Behavioral Law & Economics*, Cambridge University Press, New York, 2000, pp. 13-58.

JORDANO FRAGA, F., "Comentario a la sentencia de 26 de noviembre de 1987: Indemnización en caso de resolución por incumplimiento de contrato sinalagmático. Lucro cesante. Indemnización calculada en moneda extranjera y conversión en moneda nacional. Actualización del importe líquido de la obligación", *CCJC*, 1987, pp. 5183-5207.

- *La responsabilidad contractual*, Civitas, Madrid, 1987.

JÖRS, P. y KUNKEL, W., *Derecho privado romano*, trad. Prieto Castro, Lábor, Barcelona, 1937.

JOURDAIN, P., "Le devoir de «se» renseigner", *Dalloz*, 1983, Chron., pp. 139-144 ["Le devoir"].

JUGLART, M., "L' obligation de renseignements dans les contrats", *RTDC*, 1945, pp. 1-22.

KASER, M., *Derecho romano privado*, trad. J. Santa Cruz Tejeiro, 2ª ed., Reus, Madrid, 1982.

KAYE, J., "Disclosure, Information, the Law of Contracts, and the Mistaken Use of *Laidlaw v. Organ*", pp. 1-4, disponible en http://works.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1000&context=joshua_kaye (visitado el 22/12/2007) ["Disclosure, Information"].

KEETON, W., "Fraud-Concealment and Non-Disclosure", *Texas L. Rev.*, vol. 15, 1936, pp. 1-40.

KELSEN, H., *Teoría pura del derecho*, 2ª ed., trad. R. Vernengo, Universidad Nacional Autónoma de México, México D.F., 1983.

KENNEDY, D., "Form and Substance in Private Law Adjudication", *Harv. L. Rev.*, vol. 89, 1976, pp. 1685-1777.

KESSLER, F., "Contracts of Adhesion – Some Thoughts About Freedom of Contract", *Colum. L. Rev.*, vol. 43, 1943, pp. 629-642.

KOROBKIN, R., "Bounded Rationality, Standard Form Contracts, and Unconscionability", *U. Chi. L. Rev.*, vol. 70, 2003, pp. 1203-1295.

KORSGAARD, C., "The Right to Lie: Kant on Dealing with Evil", *Philosophy and Public Affairs*, vol. 15, nº 4, 1986, pp. 325-349.

KÖTZ, H., "Precontractual Duties of Disclosure: A Comparative and Economic Perspective", *European Journal of Law and Economics*, vol. 9, 2000, pp. 5-19 ["Precontractual Duties"].

KÖTZ, H. y PATTI, S., *Diritto europeo dei contratti*, trad. S. Buchberger, Giuffrè Editore, Roma, 2006 [*Diritto europeo*].

KRALIK, W., "El deber de informar del Notario", en *A.A.M.N.*, t. XXII, vol. 2, 1983.

KRAMER, E., "Mistake", en von Mehren, A. (edit.). *International Encyclopedia of Comparative Law*, vol. VII, *Contracts in General*, parte 2, Mohr Siebeck y Martinus Nijhoff Publishers, Tübingen, 2008, pp. 1-65.

KRAWIEC, K. y ZEILER, K., "Common-Law Disclosure Duties and the Sin of Omission: Testing the Meta-theories", *Va. L. Rev.*, vol. 91, 2005, pp. 1796-1883 ["Common-Law Disclosure"].

KRONMAN, A., "Mistake, Disclosure and the Law of Contract", *The Journal of Legal Studies*, vol. 7, nº 1, 1978, pp. 1-34 ["Mistake, Disclosure"].

LACRUZ BERDEJO, J.L., et al., *Elementos de derecho civil*, t. II, *Derecho de obligaciones*, vol. 1, *Parte general. Teoría general del contrato*, 4ª ed.,

revisada y puesta al día por F. Rivero Hernández, Dykinson, Madrid, 2007 [*Elementos II-1*].

- *Elementos de derecho civil*, t. II, *Derecho de obligaciones*, vol. 2, 3ª ed., revisada y puesta al día por F. Rivero Hernández, Dykinson, Madrid, 2005 [*Elementos II-2*].

LALAGUNA, E., "La libertad contractual", *RDP*, 1972, pp. 871-894.

LAMARCA MARQUÉS, A., "Parágrafo 242", en Lamarca Marquès, A. (dir.), *Código Civil alemán. Bürgerliches Gesetzbuch*, Marcial Pons, Madrid, 2008.

LANDO, O. y BEALE, H., *Principles of European Contract Law*, Kluwer Law International, La Haya, 2000-2003.

LARENZ, K., *Derecho civil. Parte general*, trad. y notas de M. Izquierdo y Macías-Picavea, Editorial Revista de Derecho privado, Madrid, 1978 [*Derecho civil*].

LARROUMET, CH., *Droit civil*, t. III, 1ª parte, *Les obligations. Le contrat*, 6ª ed., Economica, París, 2007 [*Droit civil*].

LATORRE CHINER, N., "Art. 10. El deber de declaración del riesgo", en Bataller Grau, J., Boquera Matarredona, J. y Olavarría Iglesia, J. (coords.), *El contrato de seguro en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pp. 104-115 ["Art. 10. El deber de declaración del riesgo"].

- "Comentario Artículo 10", en Boquera Matarredona, J., Bataller Grau, J. y Olavarría Iglesia, J. (coords.), *Comentarios a la Ley de Contrato de Seguro*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 163-172.

LECCESE, E., "L'errore", en Cendon, P. (dir.), *Il diritto privato nella giurisprudenza. I Contratti in generale*, t. IX, *Errore. Violenza. Dolo. Azione di annullamento*, UTET, Turín, 2002, pp. 47-200 ["L'errore"].

LEGRAND, P., "Pre-Contractual Disclosure and Information: English and French Law Compared", *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 6, nº 3, 1986, pp. 322-352 ["Pre-Contractual Disclosure"].

- "A Diabolical Idea", en Hartkamp, A., Hesselink, M., Hondius E., Joustra A. y Veldman M. (edits.), *Towards a European Civil Code*, 3ª ed., Kluwer Law International, La Haya, 2004, pp. 245-272.

LEQUETTE-DE KERVENOAËL, S., *L'authenticité des œuvres d'art*, LGDJ, París, 2006.

LETE ACHIRICA, J., *El contrato de multipropiedad y la protección de los consumidores*, CEDECS Editorial, Barcelona, 1997.

- "La configuración de la multipropiedad en España: la Ley 42/1998, de 15 de diciembre, sobre derechos de aprovechamiento por turno

de bienes inmuebles de uso turístico y normas tributarias”, *Actualidad civil*, nº 1, 1999, pp. 125-170.

LEVMORE, S., “Securities and Secrets: Insider Trading and the Law of Contracts”, *Va. L. Rev.*, vol. 68, 1982, pp. 117-159 [“Securities and Secrets”].

LEYSSAC, L., “L’obligation de renseignements dans les contrats”, en Loussouarn, Y., *L’information en droit privé travaux de la conférence d’agrégation*, LGDJ, París, 1978, pp. 305-341 [“L’obligation de renseignement”].

LLÁCER MATA CÁS, Ma, *El saneamiento por vicios ocultos en el Código civil: su naturaleza jurídica*, Bosch, Barcelona, 1992 [El saneamiento].

- “El dolo en el saneamiento por vicios ocultos”, *ADC*, 45-2, 1992, pp. 1499-1532 [“El dolo en el saneamiento”].
- “Obligaciones vinculadas a la formación del contrato y codificación del derecho del consumo”, en Llamas Pombo, E. (coord.), *Estudios de derecho de obligaciones, Homenaje al profesor Mariano Alonso Pérez*, t. I, La Ley, Madrid, 2006, pp. 149-179.

LLAMAS POMBO, E., *La responsabilidad civil del médico. Aspectos tradicionales y modernos*, Trivium, Madrid, 1988 [La responsabilidad civil].

LLOBET I AGUADO, J., *El deber de información en la formación de los contratos*, Marcial Pons, Madrid, 1996 [El deber de información].

LLODRÁ GRIMALT, F., *El contrato celebrado bajo condiciones generales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

LÓPEZ-MONÍS GALLEGO, M., “Ámbito de aplicación de la nueva Ley de Servicios de la Información y de Comercio Electrónico (Ley 34/2002, de 11 de julio)”, en Mateu de Ros y López-Monís Gallego (coords.), *Derecho de Internet. La Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico*, Bankinter y Thomson Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2003, pp. 25-64.

LUKES, S., *El individualismo*, trad. J.L. Álvarez, Ediciones Península, Barcelona, 1975 [El individualismo].

LUNA SERRANO, A., en Lacruz Berdejo, et al., *Elementos de derecho civil*, t. II, *Derecho de obligaciones*, vol. 1º, *Parte general. Teoría general de contrato*, Dykinson, Madrid, 2000.

LURGER, B. y THUNHART, R., “Austrian Report, Unexpected Consequences”, en *The Common Core of European Private Law, Unexpected circumstances in Contract Law*, General Reporter: E. Hondius/H.-Ch. Grigoleit, disponible en www.unexpected-circumstances.org/trento-oesterreich-finalversion.doc (visitado el 22/10/2008).

MALARET I GARCÍA, E., "Comentario artículo 4", en Bercovitz Rodríguez-Cano, R. y Salas Hernández, J., *Comentarios a la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios*, Civitas, Madrid, 1992, pp. 95-107.

MALAURIE, PH., AYNES, L. y STOFFEL-MUNCK, PH., *Les obligations*, 3ª ed., Defrénois, París, 2003 [*Les obligations*].

MANRESA Y NAVARRO, J.M., *Comentarios al Código civil español*, t. V, 4ª ed., Madrid, Editorial Reus, 1931.

- *Comentarios al Código civil español*, t. X, 4ª ed., Madrid, Editorial Reus, 1931 [*Comentarios al Código*, t. X].

MANZANARES SECADES, A., "Responsabilidad precontractual en la hipótesis de ruptura injustificada de las negociaciones preliminares", *ADC*, 37-3, 1984, pp. 687-748 ["Responsabilidad precontractual"].

- "La naturaleza de la responsabilidad precontractual o *culpa in contrahendo*", *ADC*, 38-4, 1985, pp. 979-1009 ["La naturaleza"].

MARKESINIS, B., UNBERATH, H. y JOHNSTON, A., *The German Law of Contract. A comparative treatise*, 2ª ed., Hart Publishing, Portland, 2006 [MARKESINIS et al., *The German law*].

MARTÍN GARCÍA, Ma., *La publicidad, su incidencia en la contratación*, Dykinson, Madrid, 2002 [*La publicidad*].

MARTÍN PÉREZ, J. A., *La rescisión del contrato (En torno a la lesión contractual y el fraude a los acreedores)*, Bosch, Barcelona, 1995 [*La rescisión*].

MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., "Trascendencia del principio de protección a los consumidores en el derecho de obligaciones", *ADC*, 47-1, 1994, pp. 31-90. ["Trascendencia del principio"].

- "Comentario artículo 2", en Bercovitz Rodríguez-Cano, R. y Salas Hernández, J., *Comentarios a la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios*, Civitas, Madrid, 1992, pp. 45-77.

MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L., "El deber de información precontractual", en Vattier, C., et al., *Código Europeo de Contratos. Comentarios en homenaje al Prof. D. José Luis de los Mozos y de los Mozos*, Dykinson y Universidad de Burgos, Madrid, 2003, pp. 159-174.

MATEU DE ROS, R., "Principios de la contratación electrónica en la Ley de Servicios de la Información y de Comercio Electrónico", en Mateu de Ros y López-Monís Gallego (coords.), *Derecho de Internet. La Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico*, Bankinter y Thomson Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2003, pp. 65-196 ["Principios de al contratación"].

MAZEAUD, D., "Loyauté, solidarité, fraternité: la nouvelle devise contractuelle?", en *L'avenir du droit, Mélanges Terré*, Dalloz, PUF, Juris-Classeur, París, 1999, pp. 603-634. ["Loyauté, solidarité"].

MAZEAUD, H. y L. y CHABAS, F., *Leçons de Droit Civil. Obligations. Théorie Générale*, 9ª ed., Montchrestien, París, 1998.

MEDINA ALCOZ, M., "La ruptura injustificada de los tratos preliminares: notas acerca de la naturaleza de la responsabilidad precontractual", *RDP*, 2005, pp. 79-106.

MESTRE J., y FAGES, B., "Sección de sentencias contratos especiales", *RTDC*, 2000, pp. 566-568.

MIQUEL GONZÁLEZ, J.Ma., "Observaciones en torno a la buena fe", en *Homenaje al profesor Juan Roca Juan*, Universidad de Murcia, Murcia, 1989, pp. 497-507.

- "Comentario artículo 7.1", *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, Albaladejo, M. y Alabart, S. (dir.), Edersa, Madrid, 1993, pp. 117-137 ["Comentario artículo 7.1"].
- "Comentario a los artículos 41 a 44", en Diez-Picazo, L., *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario a la Convención de Viena*, Civitas, Madrid, 1998, pp. 355-405.

MOLERO MANGLANO, C., *Estructura y desarrollo del contrato de trabajo*. Universidad Pontificia Comillas, Madrid, 1998.

MORALES MORENO, A.M., "El alcance protector de las acciones edilicias", *ADC*, 33-3, 1980, pp. 585-686 ["El alcance protector"].

- "El dolo como criterio de imputación de responsabilidad al vendedor por los defectos de la cosa", *ADC*, 35-3, 1982, pp. 591-684 ["El dolo como criterio"].
- *El error en los contratos*, Editorial Ceura, Madrid, 1988 [*El error*].
- "Comentario al artículo 1.266", en *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, Albaladejo, M. y Alabart, S. (dir.), Edersa, Madrid, 1993, pp. 221-340 ["Comentario al artículo 1.266"].
- "Comentario artículos 1.269 y 1.270", en *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, Albaladejo, M. y Alabart, S. (dirs.), t. XVII, vol. 1-B, Edersa, Madrid, 1993, pp. 378-440 ["Comentario artículos 1.269 y 1.270"].
- "Comentario artículo 1.485", en *Comentario del Código Civil*, vol. II, 2ª ed., Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, pp. 957-959 ["Comentario al artículo 1.485"].
- "Comentario artículo 1.486", en *Comentario del Código Civil*, vol. II, 2ª ed., Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, pp. 959-962 ["Comentario al artículo 1.486"].
- "Comentario artículo 1.488", en *Comentario del Código Civil*, vol. II, 2ª ed., Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, pp. 964-965. ["Comentario al artículo 1.488"].

- "Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de enero de 1994", *CCJC*, 1994, pp. 619-630 ["Comentario STS"].
- "Prólogo" a Fenoy Picón, *Falta de conformidad e incumplimiento en la compraventa. (Evolución del ordenamiento español)*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1996.
- "Comentario artículos 35 a 40", en Diez-Picazo, L. (dir.), *La compraventa internacional de mercaderías*, Civitas, Madrid, 1997, pp. 286-355 ["Comentario a los artículos 35 a 40"].
- "Validez del contrato", en Cámara Lapuente, S. (coord.), *Derecho privado europeo*, Editorial Colex, Madrid, 2003, pp. 371-398.
- "Adaptación del Código civil al Derecho europeo: La compraventa", en Id., *La modernización del derecho de obligaciones*, Thomson Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2006, pp. 93-144.
- "Bases para una regulación del contrato de compraventa en un futuro código europeo de las obligaciones", en Id., *La modernización del derecho de obligaciones*, Thomson Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2006, pp. 145-159 ["Bases para una regulación"].
- "Información publicitaria y protección del consumidor (reflexiones sobre el art. 8º de la LGCU)", en Id., *La modernización del derecho de obligaciones*, Thomson Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2006, pp. 221-287 ["Información publicitaria"].
- "El «propósito práctico», y la idea de negocio jurídico en Federico de Castro", en Id., *La modernización del derecho de obligaciones*, Thomson Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2006, pp. 323-348 ["El «propósito práctico»"].

MORENO-LUQUE CASARIEGO, C., "Protección previa a la contratación de bienes y servicios", en León Arce, A. (dir.), *Derechos de los consumidores y usuarios*, 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pp. 193-228 ["Protección previa a la contratación"].

MUNAR BERNAT, P. A., *La regulación española de la multipropiedad*, 2ª ed., Thomson Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2003 [*La regulación española*].

MUSY, A., "The Good Faith Principle in Contract Law and the Precontractual Duty to Disclosure: Comparative Analysis of New Differences in Legal Cultures", *Global Jurist Advances*, vol. 1, 2001, pp.1-17.

NAGY, D., "Reframing the Misappropriation Theory of Insider Trading Liability: A Post O'hagan Suggestion", *Ohio St. L.J.*, vol. 59, 1998, pp. 55-75.

NAVARRO MUNUERA, A., "Comentario artículo 3", en Bercovitz Rodríguez-Cano, R. y Salas Hernández, J., *Comentarios a la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios*, Civitas, Madrid, 1992, pp. 79-93 ["Comentario artículo 3"].

NAVARRO PÉREZ, J.L., *La compraventa civil*, Comares, Granada, 1993.

NICHOLAS, B., "The precontractual obligation to disclose information. English Report", en Harris, D. y Tallon, D. (edits.), *Contract Law Today, Anglo-French Comparisons*, Clarendon Press, Oxford, 1989, pp. 151-193.

NIETO CAROL, U. (dir.), *Condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas*, LexNova, Madrid, 2000.

NINO, C., *Introducción al análisis del derecho*, 10ª ed., Editorial Ariel S.A. Barcelona, 2001 [*Introducción al análisis*].

NORTON, E., "Bargaining and the Ethics of Process", *N.Y.U. L. Rev.*, vol. 64, 1989, pp. 493-577 ["Bargaining and the Ethics"].

ORTÍ VALLEJO, A., "Comentario artículo 13", en Bercovitz, Rodríguez-Cano, R. y Salas, J., *Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, Civitas, Madrid, 1992, pp. 397-423 ["Comentario artículo 13"].

PAGADOR LÓPEZ, J., *Condiciones generales y cláusulas contractuales predispuestas. La Ley de condiciones generales de la contratación de 1998*, Marcial Pons, Madrid, 1999 [*Condiciones generales*].

PALACIOS GONZÁLEZ, M., "El deber de información en los contratos con consumidores", en Espiau Espiau, S. y Vaquer Aloy, A. (edits.), *Bases de un derecho contractual europeo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 89-96.

PALMIERI, N., "Good Faith Disclosures Required During Precontractual Negotiations", *Seton Hall L. Rev.*, vol. 24, 1993, pp. 70-213 ["Good Faith Disclosures"].

PANTALEÓN PRIETO, F., "Resolución por incumplimiento e indemnización", *ADC* 62-4, 1989, pp. 1143-1168 ["Resolución por incumplimiento"].

- "El sistema de responsabilidad contractual: (materiales para un debate)", *ADC*, vol. 44, nº 3, 1991, pp. 1019-1092.
- "Las nuevas bases de la responsabilidad contractual", *ADC*, 46-4, 1993, pp. 1719-1745 ["Las nuevas bases"].
- "Comentario al artículo 1902", en *Comentarios al Código civil*, t. II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, pp. 1971-2003.
- Voz: "Concurso de pretensiones (Dº Civil)", en *E.J.B.*, Madrid, 1995, pp. 1369-1371.
- Voz "Incumplimiento (Dº civil)", en *E.J.B.*, Madrid, 1995, pp. 3507-3509.

PASCUAL ESTEVILL, L., "La responsabilidad precontractual", *La Ley*, t. 4, 1994, pp. 936-945.

PAZ-ARES, C., "Comentario al artículo 1681", en *Comentario del Código Civil*, vol. II, 2ª ed., Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, pp. 1411-1419.

- "Principio de eficiencia y derecho privado", en *Estudios en homenaje a M. Broseta Pont*, t. III, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, pp. 2843-2900 ["Principio de eficiencia"].

PEGUERA POCH, M., "En el menú 'opciones', elija 'deshacer': el derecho a desistir del contrato electrónico", en Cotino Hueso, L. (coord.), *Consumidores y usuarios ante las nuevas tecnologías*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pp. 89-124 ["En el menú"].

PEINADO GRACIA, J.I., "El derecho a la protección de los consumidores", en AA.VV, *Comentario a la Constitución socio-económica de España*, Editorial Comares, Granada, 2002, pp. 1873-1905.

PÉREZ GARCÍA, P. A., *La información en la contratación privada. Entorno al deber de informar en la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios*, Instituto Nacional de Consumo, Madrid, 1990 [*La información*].

PÉREZ LUÑO, E., *Dimensiones de la igualdad*, Dykinson, Madrid, 2005.

PÉREZ ROYO, J., *Curso de derecho constitucional*, 11ª ed., revisada y puesta al día por M. Carrasco Durán, Marcial Pons, Madrid, 2007 [*Curso de derecho constitucional*].

PERILLO, J., "Robert J. Pothier's Influence on the Common Law of Contract", *Tex. Wesleyan L. Rev.*, vol. 11, 2005, pp. 267-288 ["Robert J. Pothier's"].

PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., *Las cláusulas abusivas por un defecto de transparencia*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2004 [*Las cláusulas abusivas*].

PICOD, Y., *Le devoir de loyauté dans l'exécution del contrat*, LGDJ, París, 1989.

PIETROBON, V., *El error en la doctrina del negocio jurídico*, trad. M. Alonso Pérez, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1971 [*El error*].

- *Errore, volontà e affidamento nel negozio giuridico*, Cedam, Padua, 1990.

POLO, E., *Protección del contratante débil y condiciones generales de los contratos*, Civitas, Madrid, 1990.

POSNER, R., "Utilitarianism, Economics, and Legal Theory", *J. Legal Stud.*, vol. 8, 1979, pp. 103-140 ["Utilitarianism, Economics"].

- "The Ethical and Political Basis of the Efficiency Norm in Common Law Adjudication", *Hofstra L. Rev.*, vol. 8, 1980, pp. 531-540.
- "Rational Choice, Behavioral Economics, and the Law", *Stan. L. Rev.*, vol. 50, 1998, pp. 1551-1575.

- *Economic Analysis of Law*, 7ª ed., Wolters Kluwer, Nueva York, 2007 [*Economic Analysis of Law*].

POTHIER, R.J., *Traité du contrat de vente*, en *Oeuvres de Pothier. Nouvelle édition*, t. IV, *Contrat de vente. Retraits*. Beaucé, Libraire de S.A.R. Mgr. Duc d'Angoulême, París, 1818 [*Traité du contrat de vente*].

PRADA FERNÁNDEZ DE SANMANEJO, J.L., "Revisión de los principios rectores de la política social y económica y de su actual realidad jurídico-constitucional", *Revista de Estudios Políticos*, nº 122, 2003, pp. 269-316 ["Revisión de los principios"].

PROBST, T., "Deception", en von Mehren, A. (ed.). *International Encyclopedia of Comparative Law*, vol. VII, *Contracts in General*, parte 2, Mohr Siebeck y Martinus Nijhoff Publishers, Tübingen, 2008, pp. 66-172 ["Deception"].

PUFENDORF, *Of the Law of Nature and Nations*, trad. W. Percivale, Edit. Basil Kennett, Oxford, Lichfield, 1703.

PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos de Derecho civil*, t. II, vol. I, 3ª ed., Bosch, Barcelona, 1988.

QUESADA SÁNCHEZ, A. y RUIZ-RICO RUIZ, J., "Comentario artículo 10", en Ruiz-Rico Ruiz, J.M. y Cañizares Laso, A. (dirs.), *Multipropiedad y aprovechamiento por turno. Comentarios sistemáticos a la Ley sobre Derechos de Aprovechamiento por Turno*, Civitas, Madrid, 2000, pp. 310-358 ["Comentario artículo 10"].

QUIÑONERO CERVANTES, E., "El dolo por omisión", *RDP*, 1979, pp. 345-357 ["El dolo por omisión"].

RAIFFA, H., *The art and science of negotiation*, Harvard University Press, Cambridge, 1982.

RAMSAY, I., "The Buyer-Seller Asymmetry: Corrective Justice and Material Non-Disclosure", *University of Toronto Law Journal*, vol. LVI, nº 1, 2006, pp. 115-147 ["The Buyer-Seller Asymmetry"].

RANOUIL, V., *L'autonomie de la volonté. Naissance et évolution d'un concept*, Presses Universitaires de France, París, 1980 [*L'autonomie de la volonté*].

RECALDE CASTELLS, A., "El derecho de consumo como derecho privado especial", en Tomillo Urbina, J. y Álvarez Rubio, J. (dirs.), *El futuro de la protección jurídica de los consumidores*, Thomson Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2008, pp. 536-558.

REGLERO CAMPOS, F., "El nexo causal. Las causas de exoneración de responsabilidad: culpa de la víctima y fuerza mayor. La concurrencia de

culpas”, en Id. (coord.), *Tratado de responsabilidad civil*, 2ª ed., Aranzadi Thomson, Elcano (Navarra), 2003, pp. 303-414 [*Tratado de responsabilidad civil*].

REYES LÓPEZ, M.^a, PUERTES MARTÍ, A., ESTRUCH ESTRUCH, J. y MONTÉS RODRÍGUEZ, P., *Jurisprudencia en materia de protección de consumidores y usuarios*, Editorial Práctica de Derecho, Valencia, 1995.

RIESENHUBER, K., “Party Autonomy and Information in the Sales Directive”, en Grundmann, et al., *Party Autonomy and the Role of Information in the Internal Market*, De Gruyter, Berlín, 2001, pp. 348-370 [“Party Autonomy”].

RIPERT, G., *La regle morale dans les obligations civiles*, LGDJ, París, 1949.

ROCA GUILLAMON, J. “Comentario artículo 1.258”, en Albaladejo, M. y Díaz Alabart, S. (dirs.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. XVII, vol. 1.º-A, Edersa, Madrid, 1993, pp. 420-462 [“Comentario artículo 1258”].

RODRÍGUEZ MORATA, F., *Venta de cosa ajena y evicción*, Bosch, Barcelona, 1990 [*Venta de cosa ajena*].

ROJO AJURIA, L., *El dolo en los contratos*, Civitas, Madrid, 1994 [*El dolo en los contratos*].

ROPPO, V., “Formation of Contract and Pre-Contractual Information from an Italian Perspective (Final Remarks from the Perspective of European Contract Law)”, en Grundmann, S. y Schauer, M. (edits.), *The Architecture of European Codes and Contract Law*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2006, pp. 283-300.

ROSENFELD, M., “Contract and Justice: The Relation between Classical Contract Law and Social Contract Theory”, *Iowa L. Rev.*, vol. 70, 1985, pp. 776-779 [“Contract and Justice”].

RUBIO GARRIDO, T., *Contrato de compraventa y transmisión de la propiedad*, Publicaciones del Real Colegio de Bolonia, Bolonia, 1993 [*Contrato de compraventa*].

RUDDEN, B., “Le juste et l’inefficace. Pour un non-devoir de renseignements”, *RTDC* 1985, pp. 91-103. [“Le juste et l’inefficace”].

SACCO, R., “Le invalidità”, en Resigno, P. (dir.), *Trattato di diritto privato*, vol. 10 *Obbligazioni e contratti*, t. 2º, UTET, Turín, 1982, pp. 467-506.

SALANOVA GUTIÉRREZ, M., “Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de junio de 2003”, *CCJC*, 2004, pp. 219-254.

SÁNCHEZ CALERO, F., "Comentario artículo 10", en Id. (dir.), *Ley de Contrato de Seguro. Comentario a la Ley 50/1980, de 8 de octubre, y a sus modificaciones*, 3ª ed., Thomson Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2005, pp. 228-252 ["Comentario artículo 10"].

SÁNCHEZ CALERO, F. y SÁNCHEZ CALERO GUILARTE, J., *Instituciones de derecho mercantil*, 30ª ed., Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2007.

SÁNCHEZ GÓMEZ, A., *Contrato de servicios médicos y contrato de servicios hospitalarios*, Tecnos, Madrid, 1998.

SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, C. y DIÉGUEZ OLIVA, R., "Comentario artículo 8", en Ruiz-Rico Ruiz, J.M. y Cañizares Laso, A. (dirs.), *Multipropiedad y aprovechamiento por turno. Comentarios sistemáticos a la Ley sobre Derechos de Aprovechamiento por Turno*, Civitas, Madrid, 2000, pp. 244-283 ["Comentario artículo 8"].

SAN MIGUEL PRADERA, L., *Resolución del contrato por incumplimiento y modalidades de su ejercicio*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2004.

SANPONS Y BARBA, I., MARTÍ DE EIXALÁ, R. y FERRER Y SUBIRANA, J. (edits.), *Las Siete Partidas del Sabio Rey Don Alfonso el IX [sic] / con las variantes de más interés y con la glosa de Gregorio López; vertida al castellano y estensamente adicionada, con nuevas notas y comentarios y unas tablas sinópticas comparativas, sobre la legislación española, antigua y moderna*, Imprenta de Antonio Bergnes, Barcelona, 1843-1844.

SCAEVOLA, Q.M., *Código civil concordado y comentado extensamente*, t. XXIII, Madrid, 1906 [Código civil].

SCHÄFER H.-B. y OTT, C., *Manual de análisis económico del derecho civil*, trad. M. von Carsteen-Lichterfelde, Tecnos, Madrid, 1991 [Manual].

SCHEPPELE, K., *Legal Secrets. Equality and Efficiency in the Common Law*, The University of Chicago Press, Chicago, 1988 [Legal Secrets].

SCHERMAIER, J., "Bona fides in Roman Contract Law", en Zimmerman, R. y Whittaker, S., *Good Faith in European Contract Law*, Cambridge University Press, 2000, pp. 63-92 ["Bona fides"].

- "Mistakes, Misrepresentations and Duties to Inform in the Civil Law Tradition", en Sefton Green, R. (edit.) *Mistake, Fraud and Duties to Inform in European Contract Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2005, pp. 39-64 ["Mistakes, Misrepresentations"].

SCHLECHTRIEM, P., *Good Faith in German Law and in International Uniform Laws*, disponible en http://w3.uniroma1.it/idc/centro/publications/24_schlechtriem.pdf (visitado el 06/06/2008).

SCHMIDT, J., "La sanction de la faute précontractuelle", *RTDC*, 1974, pp. 46-73.

SCHULTE-NÖLKE, H. y BÖRGER, A., "Distance Selling Directive (97/7)", en Schulte-Nölke, H., Twigg-Flesner, Ch. y Ebers, M. (eds.), *EC Consumer Law Compendium. The Consumer Acquis and its transposition in the Member States*, Sellier, Munich, 2008, pp. 307-363.

SCHULTE-NÖLKE, H. y MEYER-SCHWICKERATH, L., "Package Travel Directive (90/314)" en Schulte-Nölke, H., Twigg-Flesner, Ch. y Ebers, M. (eds.), *EC Consumer Law Compendium. The Consumer Acquis and its transposition in the Member States*, Sellier, Munich, 2008, pp. 108-196.

- "Price Indication Directive (98/6)", en Schulte-Nölke, H., Twigg-Flesner, Ch. y Ebers, M. (eds.), *EC Consumer Law Compendium. The Consumer Acquis and its transposition in the Member States*, Sellier, Munich, 2008, pp. 364-382.

SCHULTE-NÖLKE, H. y SCHEUREN-BRANDES, C., "Doorstep Selling Directive (85/577)", en Schulte-Nölke, H., Twigg-Flesner, Ch. y Ebers, M. (eds.), *EC Consumer Law Compendium. The Consumer Acquis and its transposition in the Member States*, Sellier, Munich, 2008, pp. 79-107.

SCHULZE, R. y ZIMMERMANN, R., *Textos básicos de derecho privado europeo. Recopilación*, trad. E. Arroyo i Amayuelas, Marcial Pons, Barcelona, 2002.

SCOGNAMIGLIO, R., *Dei contratti in generale. Disposizioni Preliminari - Dei Requisiti del contratto*, en Scialoja, A. y Branca, G. (dir.), *Commentario del Codice civile*, Nicola Zanichelli Editore y Soc. Ed. Del Foro Italiano, Bologna, 1970.

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, pp. 171-187 ["Duties to Inform"].

- "General Introduction", en Id., *Mistake, Fraud and Duties to Inform in European Contract Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2005, pp. 1-37 ["General Introduction"].
- "Comparative Conclusions", en Id., *Mistake, Fraud and Duties to Inform in European Contract Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2005, pp. 369-400 ["Comparative Conclusions"].

SENDEN, L., *Soft Law in European Community Law*, Hart Publishing, Oxford, 2007.

SERRANO, J.L., "Algunas hipótesis sobre los principios rectores de la política social y económica", *Revista de Estudios Políticos*, nº 56, 1987, pp. 95-120.

SHAVELL, S., "Acquisition and Disclosure of Information Prior to Sale", *The Rand Journal of Economics*, vol. 25, nº 1, 1994, pp. 20-36 ["Acquisition and Disclosure"].

SHEEHY, B., "Good Faith in the CISG: Interpretation Problem in Article 7", *Bepress Legal Serie*, paper 339, 2004, pp. 1-47, disponible en <http://law.bepress.com/expreso/esp/339> (visitado el 20/06/2008).

SIM, D., *The Scope and Application of Good Faith in the Vienna Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, disponible en <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/sim1.html> (visitado el 20/06/2008).

SMITH, J., "Contracts-Mistake, Frustration and Implied Terms", *The Law Quarterly Review*, vol. 110, 1994, pp. 400-419 ["Contracts-Mistake"].

SMITH, S., *Atiyah's Introduction to the Law of Contract*, 6ª ed., Clarendon Press, Oxford, 2005 [*Atiyah's Introduction*].

SNYDER, F., "Soft law and Institutional Practice in the European Community", en Martin, S. (edit.), *The Construction of Europe - Essays in honour of Emile Noel*, Kluwer Academic Publishers, 1993, pp. 197-225.

SOLIDORO MARUOTTI, L., "«...*Si vero sciens reticuit et emptorem decept...*» (D. 19.1.13 pr.): 'vizi di fatto', 'vizi di diritto' e reticenza del venditore", en AA.VV., *Fides Humanitas Ius. Studii in onore di Luigi Labruna*, t. VIII, Editoriale Scientifica, Nápoles, 2007, pp. 5269-5313.

STONE, R., *The modern law of contract*, Cavendish, Londres, 2005.

STORME, M., "Good Faith and the Contents of Contracts in European Private Law", *Electronic Journal of Comparative Law*, vol. 7.1, 2003, pp. 1-13.

STRUDLER, A., *Moral Complexity in the Law of Non-Disclosure*, *UCLA L. Rev.*, vol. 45, 1997, pp. 337-384.

SUMMERS, R., "The conceptualization of good faith in American contract law: a general account", en Whittaker, S. y Zimmerman, R. (edits.) *Good Faith in European Contract Law*, Cambridge University Press, 2000, pp. 118-141.

TAPIA SÁNCHEZ, Ma., *Oferta pública de suscripción: un enfoque contractual*, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 2003.

TERRE F., SIMLER, PH. y LEQUETTE, Y., *Droit civil. Les obligations*, 6ª ed. Dalloz, París, 1996 [TERRE, et al., *Les obligations*].

THIBIERGE-GUELFUCCI, C., "Libres propos sur la transformation du droit des contrats", *RTDC*, 1997, pp. 357-385 ["Libres propos"].

TORRALBA SORIANO, V., "Comentario a los artículos 1475 a 1483 del Código Civil", en *Comentarios al Código Civil*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, pp. 935-953.

TORRES LANA, J.A., "Derecho a la información y protección de los consumidores", *Aranzadi Civil*, t. I, vol. III, 1996, pp. 69-86.

TRABUCCHI, A., *Il dolo nella teoria dei vizi del volere*, Edizione Scientifiche Italiane, Edizioni Scientifiche Italiane - Ristampe, Padua, 1978 [*Il dolo*].

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

TREITEL, G., *The Law of Contract*, 11ª ed., Thomson Sweet & Maxwell, Londres, 2003 [*The Law of Contract*].

TWIGG-FLESNER, CH., "Information Duties", en Schulte-Nölke, H., Twigg-Flesner, Ch. y Ebers, M. (edits.), *EC Consumer Law Compendium. The Consumer Acquis and its transposition in the Member States*, Sellier, Munich, 2008, pp. 407-452 ["Information Duties"].

VALÉS DUQUE, P., "La responsabilidad precontractual o *culpa in contrahendo*", en *Libro-Homenaje al profesor Manuel Amorós Guardiola*, Centro de Estudios, Madrid, 2006, pp. 713-748.

VAN ERP, S., "The Precontractual Stage", en Hartkamp, A., et al. (edits.) *Towards a European Civil Code*, 3ª ed., Kluwer Law International, Nijmegen, 2004, pp. 363-380.

VAN ROSSUM, M., "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 ["The Duty of Disclosure"].

VATTIER FUENZALIDA, C., "Recensión *Code europeen des contrats*", *ADC*, 54-2, 2001, pp. 753-756.

VARIAN, H., "Market for Information Goods", pp. 3-9, disponible en <http://people.ischool.berkeley.edu/~hal/Papers/japan/index.html> (visitado el 22/12/2008).

VELJANOVSKY, C., *Economía del derecho. Un texto introductorio*, trads. I. de la Maza Gazmuri, I. y R. Mery Nieto, Ediciones de la Universidad Diego Portales, Santiago, 2007.

VERDA Y BEAMONTE, J.R., "Algunas reflexiones en torno a la excusabilidad y reconocibilidad del error en los contratos", *ADC* 50, 1997-3, pp. 1221-1262 ["Algunas reflexiones"].

- *Error y responsabilidad en el contrato*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999 [*Error y responsabilidad*].
- "La reticencia en la formación del contrato", *Aranzadi Civil*, nº 22, 1999, pp. 11-50 ["La reticencia"].
- *Saneamiento por vicios ocultos. Las acciones edilicias*, Monografía asociada a *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, Thomson Aranzadi, Madrid, 2004 [*Saneamiento por vicios ocultos*].
- "El dolo in contrahendo", *RDP*, nº 16, 2006, pp. 25-69 ["El dolo in contrahendo"].
- "Algunas reflexiones sobre el dolo como causa de invalidez del contrato y como supuesto de responsabilidad precontractual", en *Libro-Homenaje al profesor Manuel Amorós Guardiola*, Centro de Estudios, Madrid, 2006, pp. 761-777.

VERGEZ, M., "El contrato de compraventa y contratos afines", en Menéndez, A. (dir.), *Lecciones de derecho mercantil*, 5ª ed., Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2000, pp. 595-616.

VERPLANK, G., *An Essay on the Doctrine of Contracts: Being an Inquiry How Contracts are Affected in Law and Morals by Concealment, Error, or Inadequate Price*, G. & G. Carvill, Nueva York, 1825.

VIGNERON-MAGGIO-APRILE, S., *L'information des consommateurs en droit européen et en droit suisse de la consommation*, Bruylant Schulthess, Ginebra, 2006 [*L'information*].

VILLA, G., "Errore riconosciuto, annullamento del contratto ed incentivi alla ricerca di informazioni", *Quadrimestre*, 1988, nº 1, pp. 286-300. ["Errore riconosciuto"].

VILLAR PALASI, J.L. y SUÑE LLINAS, E., "Comentario artículo 9", en Alzaga Villaamil, O. (dir.), *Comentarios a la Constitución española de 1978*, Cortes Generales - Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1983, pp. 469-582.

VILLAR URIBARRI, J.M., "El régimen jurídico de los prestadores de servicios de la sociedad de la información", en Mateu de Ros y López-Monís Gallego (coords.), *Derecho de Internet. La Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico*, Bankinter y Thomson Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2003, pp. 387-413.

VISINTINI, G., *La reticenza nella formazione dei contratti*, CEDAM, Padua, 1972.

VOEGELIN, E., "Liberalism and Its History", *Review of Politics*, vol. 36, 1974, pp.504-520.

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. (eds.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference*, edición digital [DCFR].

VON IHERING, R., *El espíritu del derecho romano en las diversas fases de su desarrollo*, t. I, trad. E. Príncipe Satorres, Editorial Comares, Granada, 1998 [*El espíritu del derecho romano*].

VON THUR, A., *Tratado de las obligaciones*, trad. W. Roces, Editorial Reus, Madrid, 1934.

- *Derecho civil. Teoría general del derecho civil alemán*, vol. II, *Los hechos jurídicos*, trad. T. Ravá, Marcial Pons, Madrid, 2005 [*Derecho civil*].

WADDAMS, S., "Precontractual Duties of Disclosure", en Cane P. y Stapleton J., *Essays for Patrick Atiyah*, Clarendon Press, Oxford, 1991, pp. 237-256 ["Precontractual Duties"].

WEATHERHILL, S., "Justifying Limits to Party Autonomy in the Internal Market", en Grundmann, et al., *Party Autonomy and the Role of Information in the Internal Market*, De Gruyter, Berlín, 2001, pp. 173-196.

WEINBERGER, A., "Let the Buyer Be Well Informed – Doubting the Desmise of Caveat Emptor", *Md. L. Rev.*, vol. 55, 1996, pp. 387-423.

WEINRIB, E., "The Case for a Duty", *Yale L. J.*, vol. 90, 1980, pp. 247-293 ["The Case for a Duty"].

WHITTAKER, S., "Introductory", en *Chitty on Contracts*, 28ª ed., Sweet & Maxwell, Londres, 1999.

WHITTAKER, S. y ZIMMERMAN, R., "Good Faith in European contract law: surveying the legal landscape", en Id. (eds.), *Good Faith in European Contract Law*, Cambridge University Press, 2000, pp. 6-62 ["Good Faith"].

WIEACKER, F., *El principio general de la buena fe*, trad. J.L. Carro, Editorial Civitas, Madrid, 1977 [*El principio general*].

WILHELMSSON, T., "Private Law Remedies against the Breach of Information Requirements", en Schulze, R., Ebers, M. y Grigoleit, Ch. (eds.) *Informationspflichten und Vertragsschluss im Acquis communautaire*, Mohr Siebeck, Tubinga, 2003, pp. 245-265 ["Private Law Remedies"].

- "The ethical pluralism of late modern Europe and codification of European contract law", en Smits, J. (edit.), *The Need for a European Contract Law*, Europa Law Publishing, Groningen, 2005, pp. 121-152.

WILHELMSSON, T. y TWIGG-FLESNER, CH., "Pre-contractual information duties in the *acquis communautaire*", *European Review of Contract Law*, nº 4, vol. 2, 2006, pp. 441-470. ["Precontractual information"].

WININGS, M. S., "The Old, the Ignorant, and the Downright Shameful: A Study of the Parties and Circumstances of Early American Cases that Shaped the Legal Doctrine of Unconscionability", 2005, disponible en <http://ssrn.com/abstract=650822> (visitado el 25/08/2005).

ZIMMERMANN, R., *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford University Press, 1996 [*Law of Obligations*].

- *Estudios de derecho privado europeo*, trad. A. Vaquer Aloy, Civitas, Madrid, 2000 [*Estudios de derecho privado europeo*].
- *El nuevo derecho alemán de obligaciones. Un análisis desde la historia y el derecho comparado*, trad. E. Arroyo i Amayuelas, Bosch, Barcelona, 2008 [*El nuevo derecho alemán*].

ZWEIGERT, K. y KÖTZ, H., *An Introduction to Comparative Law*, 3ª ed., trad. T. Weir, Oxford University Press, Nueva York, 1998 [*An Introduction*].