

# BUENA FE, EL REVERSO DE LA MONEDA. A PROPÓSITO DEL DOLO POR OMISIÓN Y EL DEBER PRECONTRACTUAL DE INFORMAR

*Iñigo de la Maza Gazmuri\**

*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  
pour suivis par chacun, comme dans la société civile o commerciale.  
Alors à l'opposition entre le droit du créancier et l'intérêt  
du débiteur, tend à se substituer une certaine union.*

R. Demogue

*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.*

Lord Ackner

43

## RESUMEN

La ignorancia durante la formación de un contrato es lesiva para quien la sufre y, agregativamente para la sociedad en su conjunto. Una persistente miopía ha determinado a considerar, en sede jurídica, este problema como uno de vicios del consentimiento. La protección de la voluntad es uno de los criterios que deben considerarse para la asignación del riesgo de la defectuosa información, pero, desde luego, no el único. Es posible y útil distinguir los criterios que se utilizan según si consideran o no los incentivos para la producción y utilización de información.

Palabras clave: contratos, deberes precontractuales de información, eficiencia

---

\* Profesor de Derecho Civil, Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales, Investigador Fundación Fernando Fueyo Laneri. Correo electrónico: inigo.delamaza@udp.cl. Artículo recibido el 11 de octubre de 2008 y aprobado el 24 de octubre de 2008.

## ABSTRACT

The ignorance during the formation of a contract is harmful for the one that receive it and, agregativamente, for the society as a whole. A persistent myopia has determined to consider, in soother legal, this problem like one of consent vices. The will protection is one of the criteria that must be considered for the allocation of the risk for defective information, but, of course not the unique one. It is possible - and useful to distinguish the criteria that are used according to if they consider or not them incentives for the production and use of information.

Key words: contracts, precontractual duties of information, efficiency

## INTRODUCCIÓN

Hace ya un tiempo que he venido trabajando en el deber de informar en materia de contratos. Se trata de un tema intelectualmente sugerente –o, al menos, así me lo parece– cuya adecuada comprensión precisa poner atención a ciertas variables que pueden ser denominadas “morales” y a otras “económicas”. Se trata, además, de un tema jurídicamente relevante, aunque, en el caso chileno, prácticamente inexplorado porque una parte significativa de la idea de justicia contractual intrínseca<sup>1</sup> reposa sobre un consentimiento correctamente formado y, a su turno, éste descansa sobre voluntades suficientemente informadas. En esta ocasión me interesa volver a él a propósito del dolo por omisión. Y lo que sostengo es: a falta de regla expresa o acuerdo entre las partes, el concepto de buena fe permite articular las variables económicas y morales que configuran este problema.

Avanzo sobre esto deteniéndome, en primer lugar, sobre el dolo por omisión para constatar que esta especie de dolo precisa un deber de informar preconfigurado y que una de sus fuentes –acaso la más frecuente– es la buena fe. Esto me lleva a considerar que la idea de buena fe, mirada desaprensivamente, induciría a pensar que existe un amplio deber de información. Pero el Derecho no es siervo de un solo señor, y esto es necesario recordarlo cuando se diseñan o evalúan instituciones jurídicas, pues no se trata únicamente de fomentar la solidaridad entre los negociantes, hay otros fines en conflicto. De allí que sostenga que al considerar la buena fe en el caso del deber de informar debe tomarse en cuenta una doble

---

<sup>1</sup> Me he detenido, aunque brevemente, sobre esta idea en Iñigo DE LA MAZA GAZMURI, “Justicia contractual, contratos por adhesión electrónicos y buena fe”, mi ponencia para las Jornadas de Derecho Civil del año 2006.

perspectiva: la de aquéllos que están involucrados en las negociaciones y la de la sociedad en su conjunto. Al examinar la primera es fácil advertir que las partes suelen poseer intereses antagónicos en una negociación, que esto es parte de las reglas del juego en una sociedad donde los bienes se distribuyen, en general, a través de mecanismos de mercado, y que es algo que el diseño de las reglas jurídicas debe tener presente. A propósito de lo anterior distingo entre lealtad en un sentido fuerte y en un sentido débil, optando por el segundo. Al examinar las cosas desde el punto de vista social me ocupa caracterizar la información como bien económico y derivar de allí algunas consecuencias.

La segunda parte de este trabajo explora el tratamiento del dolo por omisión en los Principios de Derecho de Contratos Europeos. Y esto por dos razones: la primera porque aspiran a constituir el “núcleo común” del Derecho europeo de contratos y es más o menos evidente la influencia que tiene el Derecho europeo sobre el nacional; la segunda, es que en los Principios resulta absolutamente evidente cómo puede utilizarse la buena fe para articular variables morales y económicas.

## I. RECONFIGURANDO UNA IDEA

### 1. *Dolo por omisión y obligación de informar*

En el Derecho Comparado el dolo por omisión fue el primer expediente a través del cual comenzó a configurarse la *obligación de informar*<sup>2</sup>, que luego ha adquirido cauces más autónomos<sup>3</sup>. Como resulta bien sabido, en el caso chileno se ha aceptado la figura del dolo por reticencia u omisión<sup>4</sup>.

<sup>2</sup> El uso del término ‘obligación’ precisa algún comentario. En sentido técnico una obligación es la contracara de un derecho subjetivo. En este sentido no habría obligación de informar en sede precontractual cuando su fuente fuera la buena fe, al igual que en sede extracontractual no existe una “obligación” de no dañar a otros, sino que, cosa distinta, una obligación de indemnizar cuando se ha dañado. Para decirlo en otros términos, se trataría de un caso en el que sólo existe responsabilidad, no deuda, pues antes del ilícito no hay relación jurídica entre las partes. Sobre esto puede consultarse Luis Díez PICAZO y Antonio GULLÓN BALLESTEROS, *Sistema de Derecho Civil*, 6ª ed., Madrid, Tecnos, 1989, vol. II, p. 127 y ss. Utilizo, sin embargo, la expresión porque es la forma en que generalmente se le denomina, como puede verse de la bibliografía de este trabajo.

<sup>3</sup> Véase Muriel FABRE-MAGNAN, *De l’Obligation d’Information dans les Contrats*, Paris, LGDG, 1992, p. 1.

<sup>4</sup> Véase, por ejemplo, Avelino LEÓN HURTADO, *La voluntad y la capacidad en los actos jurídicos*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1979, pp. 205 y 206 y Arturo ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Manuel SOMARRIVA UNDURRAGA y Antonio VODANOVIC, *Derecho Civil. Parte preliminar y general*, Santiago, Ediar Conosur, 1991 p. 226.

Sin embargo, el tema del deber de informar ha sido escasamente tratado y mi sospecha es que para comprender la figura del dolo por omisión resulta imprescindible cuestionarse sobre la licitud del silencio<sup>5</sup>, un tema que se encuentra al centro del deber de informar y que me detiene en las siguientes páginas.

La razón de lo anterior es la siguiente: en el caso del dolo omisivo se sanciona a quien con la intención de engañar, debiendo informar algo no lo hizo. Pero la figura del dolo refiere únicamente a dos cosas: a un elemento de carácter objetivo, que en este caso sería el silencio y a otro subjetivo, que pasando por el lado de una larga discusión en Chile<sup>6</sup> y a la luz del Derecho Comparado denominaré la intención de engañar<sup>7</sup>. Se trata, entonces, de callar con la intención de engañar a alguien. Sin embargo, no se trata de cualquier silencio –no parece existir dolo, por ejemplo, si no informo al vendedor de un automóvil usado que estaría dispuesto a pagar más por él, aun cuando claramente lo hago con la intención de engañarlo acerca de mis preferencias– sino del silencio de aquello que se *debía* informar. ¿Pero de dónde surge ese deber? O preguntado de otra forma, ¿cuál es la fuente del deber de informar? Desde luego no puede ser la regla que sanciona el dolo en sede precontractual, pues lo que ésta hace es precisamente sancionar el incumplimiento de ese deber, por lo mismo, el deber debe estar preconfigurado.

La fuente de ese deber podrá encontrarse en la ley –como sucede en el caso del seguro– o en la voluntad de las partes, así sucederá si durante las negociaciones de un contrato las partes han disciplinado contractualmente una obligación de informar. Sin embargo, esto no parece ser todo. Considérese el siguiente caso hipotético: A es propietario de un cuadro que ha estado en su familia por generaciones, un día el marco del cuadro sufre una leve trizadura, de manera que A lo lleva al taller de un experto en arte que además se dedica a la reparación de marcos antiguos. El experto reconoce más allá de toda duda en el cuadro la autoría de B, un famoso pintor del siglo pasado y le ofrece a A una suma generosa, aunque notablemente

<sup>5</sup> Véase Luis ROJO AJURIA, *El dolo en los contratos*, Madrid, Civitas, 1994, pp. 255-256. Este autor señala que la forma de configurarlo será a través del silencio circunstanciado o a través de la configuración de una obligación de informar. A mí me interesa únicamente la segunda.

<sup>6</sup> El problema, como es bien sabido, consiste en determinar si el dolo precisa o no de *animus nocendi* (sobre esto puede consultarse Cristián BANFI DEL RÍO, *La asimilación de la culpa grave al dolo en la responsabilidad contractual*, Santiago, LexisNexis, 2002, pp. 167-172.

<sup>7</sup> En el caso europeo, incluyendo los países del *Common Law*, o característico del dolo no es la intención de dañar, sino la de engañar (véase Hugh BEALE *et al.*, *Contract Law, Ius Commune Casebooks on the Common Law of Europe*, Oxford, Hart Publishing, 2002, p. 237 y ss.

inferior (alrededor del 20%) al valor del cuadro. A se lo vende. En este caso el comprador ha silenciado la autoría del cuadro con la intención de engañar a A acerca del valor de la pintura, un elemento determinante de su voluntad de venderlo a ese precio. Lo relevante es saber si su silencio era o no lícito. No existe una norma expresa que le imponga el deber de suministrar esa información, ni las partes convinieron una obligación de informar. ¿Significa eso que su silencio es lícito?<sup>8</sup>. La respuesta a esta pregunta pasa por determinar si es que existía un deber de informar que se incumplió dolosamente. Si no existía, simplemente no la puede haber incumplido, dolosamente o de cualquier otra manera.

¿Cuál sería entonces la fuente de este deber? Antonio Manuel Morales Moreno<sup>9</sup>, Luis Rojo Ajuria<sup>10</sup> y de José Ramón de Verda y Beamonte<sup>11</sup> sostienen que se trataría de la buena fe. En igual sentido se ha señalado, comentando los Principios de Derecho Contractual Europeo, que el dolo por reticencia existirá cuando la buena fe lo imponga<sup>12</sup>. Significaría entonces que la respuesta frente a la pregunta acerca de si debo informar pasa por la buena fe<sup>13</sup>. Pero, la buena fe no responde la pregunta, sólo la reformula.

## 2. Buena fe y negociaciones de un contrato

Advertido que las exigencias de la buena fe pueden funcionar como fuente del deber de informar en sede precontractual, no avanza demasiado las cosas porque “cuando la buena fe lo imponga” no es una respuesta, es una pregunta, ¿cuándo lo impone la buena fe?

Hacerse cargo de esta pregunta precisa detenerse por algunos momentos en el papel que se le suele asignar a la buena fe en sede precontractual.

<sup>8</sup> Como es evidente este es un caso que se puede analizar en clave de dolo o en clave de error. A mí sólo me interesa desde el dolo.

<sup>9</sup> Antonio Manuel MORALES MORENO, en Manuel ALBALADEJO y Silvia DIEZ ALABART (dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1978, tomo XVII, vol. 1º - B, p. 387.

<sup>10</sup> ROJO AJURIA (n. 5), p. 254, citando a MORALES y ALBALADEJO

<sup>11</sup> José Ramón DE VERDA Y BEAMONTE, “El dolo in contrahendo”, en *Revista de Derecho Patrimonial*, Nº 16, Navarra, 2006, p. 44, sosteniendo que siendo compartida la opinión de que los deberes precontractuales de informar no son absolutos: “La cuestión radica, entonces, en averiguar cuándo la reticencia del destinatario es contraria a la buena fe, y cuando no”

<sup>12</sup> Luis DIEZ PICAZO, Encarna ROCA I TRÍAS y Antonio Manuel MORALES MORENO, *Los principios europeos de derecho de contratos*. Madrid, Civitas, 2002, p. 230

<sup>13</sup> Desde luego esto no tiene nada de novedoso, como ha apuntado Antonio M. Morales Moreno, a propósito de su comentario del artículo 1269 del *Código Civil* español, desde el Derecho Romano el dolo se considera como una conducta contraria a la buena fe (véase MORALES MORENO (n. 9), p. 382.

Y a este respecto, lo primero que es posible advertir es que existe un amplio acuerdo en la doctrina civil continental respecto a que la buena fe impone deberes en sede precontractual<sup>14</sup>. Para el caso español María Paz García Rubio ha identificado el deber de información, el deber de lealtad y los deberes de protección<sup>15</sup> y, para el caso europeo en general, Hugh Beale *et alii* han identificado como conductas contrarias a la buena fe: la negociación sin intención de concluir el contrato, la conducción de negociaciones paralelas, el desistimiento unilateral de las negociaciones (*breaking off negotiations*), el perfeccionamiento de un contrato conociendo la causa de invalidez que lo afecta, no entregar información adecuada, revelar información confidencial y causar durante el desarrollo de las negociaciones daño físico a la otra parte<sup>16</sup>.

Lo segundo es que, en general, hay acuerdo en que se trataría de la buena fe objetiva, es decir, de un cierto estándar de conducta que prescinde de las motivaciones internas de las partes<sup>17</sup>. Ahora bien, ¿en qué consiste ese estándar? Como ha sugerido Rodolfo Sacco para el caso italiano la incorporación de las exigencias de la buena fe a las negociaciones de un contrato constituye un intento de disciplinar, a través de su moralización, las tratativas contractuales y la formación del consentimiento<sup>18</sup>. De allí, entonces, que la idea de buena fe aluda, generalmente, a una conducta caracterizada por la cooperación, la lealtad y la fidelidad a la palabra dada<sup>19</sup>.

En el caso del deber de informar, este deber de cooperación o lealtad presenta todavía un ángulo peculiar, que es su relación con la correcta

<sup>14</sup> El caso del *Common Law* es distinto, como se ha sugerido para el caso estadounidense, allí no se reconoce un deber de negociar de buena fe (véase Allan FARNSWORTH, “The Concept of Good Faith in American Law”, en CENTRO DI STUDI E RICERCHE DI DIRITTO COMPARATO E ESTRANIERO, *Saggi, Conferenze e Seminari* 10, disponible en <http://w3.uniroma1.it/idc/centro/publications/10farnsworth.pdf> (12 de agosto 2006). Lo mismo puede decirse para el caso inglés (véase Roy GOODE, “The concept of Good Faith in English Law”, en CENTRO DI STUDI E RICERCHE DI DIRITTO COMPARATO E ESTRANIERO, *Saggi, Conferenze e Seminari* 10, disponible en <http://w3.uniroma1.it/idc/centro/publications/02goode.pdf> (12 de agosto de 2006)

<sup>15</sup> María Paz GARCÍA RUBIO, *La responsabilidad precontractual*, Madrid, Tecnos, 1991, p. 43 y ss.

<sup>16</sup> BEALE *et alii* (n. 6), p. 243 y ss.

<sup>17</sup> Véase Mariano ALONSO PÉREZ, “La responsabilidad precontractual”, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, N° 485, Madrid, 1971, p. 889 y GARCÍA RUBIO (n. 15), p. 43.

<sup>18</sup> Rodolfo SACCO, citado en Carlos CUADRADO PÉREZ, *Oferta, aceptación y conclusión del contrato*, Bolonia, Publicaciones del Real Colegio de España, 2003, p. 41

<sup>19</sup> Véase Luis Díez PICAZO, *Fundamentos de derecho civil patrimonial*, Madrid, Tecnos, 1996, vol. I, p. 50. En el mismo sentido Emilio BETTI, *Teoría general de las obligaciones*, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1969, p. 69.

formación del consentimiento<sup>20</sup>. Pues en la medida que la autonomía de la voluntad en el campo contractual decanta en la libertad de contratación<sup>21</sup> y que ésta última, a su turno, precisa una correcta formación del consentimiento, la imposición de un deber de informar constituiría una especie de medida preventiva para proteger la correcta formación del consentimiento<sup>22</sup>.

Así las cosas, si la buena fe supone colaboración y lealtad y la información es necesaria para la correcta formación del contrato, Pérez García parecería no andar desencaminado cuando sugiere agregarle un párrafo segundo al artículo 1258 del *Código Civil* español<sup>23</sup> del siguiente tenor:

“Todos los contratantes tienen derecho a recibir una información exacta, completa y comprensible sobre cuantos hechos pueda comprender su consentimiento”<sup>24</sup>.

Pero mi impresión es que comete un error. No hay razón para que la buena fe obligue siempre –o, incluso, generalmente– a entregar una información exacta y completa. Demostraré esto más adelante a través de una mirada a los criterios que se ocupan para determinar cuándo el silencio es legítimo, pero ahora me interesa detenerme a reconsiderar la buena fe.

<sup>20</sup> Sobre esta conexión puede consultarse Christian LARROUMET, *Droit Civil*, Paris, Economica, 1986, tome III: “Les obligations”, pp. 312-313 y 315-316 y Jacques GHESTIN, *Traité de Droit Civil. La formation du contrat*, Paris, L.G.D.J., 1993, p. 585.

<sup>21</sup> Véase DIEZ PICAZO (n. 19), p. 128.

<sup>22</sup> Véase François TERRE *et alii*, *Droit Civil: Les Obligations*, 6ª ed., Paris, Dalloz, 1996 y Mustapha MEKKI, *L'intérêt générale et le contrat*, Paris, L.G.D.J., 2004, p. 781.

<sup>23</sup> Cuyo texto actual dispone: “Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan, no solo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según la naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley”.

<sup>24</sup> Pedro Antonio PÉREZ GARCÍA, *La información en la contratación privada En torno al deber de informar en la ley general para la defensa de los consumidores y usuarios*, Madrid, Instituto Nacional del Consumo, 1990, p. 359. En el mismo sentido, aunque más severo Gabriel García Cantero ha señalado 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 cuantos 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” (según aparece citado en Carlos MARTÍNEZ DE AGUIRRE, “Trascendencia del principio de protección a los consumidores en el derecho de obligaciones” en *Anuario de Derecho Civil*, vol. 1, Madrid, 1994, p. 31 y ss., p. 82). Conviene advertir aquí que Gabriel García Cantero alude al deber de informarse no como un límite a la obligación de informar, que es como generalmente se le considera, sino, por decirlo así, como un complemento que agrava la obligación de informar.

### 3. Una idea a reconsiderar

Pareciera que un deber de comportarse lealmente impone la obligación de informar, y en el mismo sentido apuntaría la protección de la libertad contractual a través de la correcta formación del consentimiento como requisito de ésta. Pero las cosas deben mirarse con cuidado. Con ese objetivo propongo examinar el problema de la información desde dos perspectivas. En primer lugar, voy a considerar la de quienes están involucrados en la negociación del contrato. A propósito de eso me voy a detener en la idea de lealtad y en la de libertad contractual. En segundo, voy a considerar la de la sociedad en su conjunto, y eso me lleva a examinar la información como un bien económico y el problema de los incentivos para producirla.

La perspectiva de los negociantes  
Una tendencia antagónica

Expresiones como lealtad, cooperación o fidelidad, que se utilizan para definir la buena fe en sede contractual, deben conjugarse con lo que Jacques Ghestin ha denominado una “tendencia antagónica” en la negociación de un contrato<sup>25</sup>. Una caracterización de la facticidad de las relaciones precontractuales no debería obviar que, en cuanto fenómeno socioeconómico, las negociaciones constituyen una competencia entre las partes por conseguir el mejor resultado para cada una de ellas<sup>26</sup>. Incluso, autores como Georges Ripert, atento a las influencias de las reglas morales sobre el derecho, advierte que existe una oposición de intereses entre los negociantes y que “cada uno es el guardián de sus propios intereses”<sup>27</sup> y, en términos más severos Alberto Trabucchi, señala que:

“El instrumento contractual se adapta a un régimen de egoísmos contrapuestos, en el que sobre todo se confía a las partes contratan-

<sup>25</sup> Jacques GHESTIN, *La notion d'erreur dans le droit positif actuel*, Paris, LGDJ, 1971, p. 115

<sup>26</sup> Sobre esto puede consultarse Rick BIGWOOD, *Exploitative Contracts*, New York, Oxford University Press, 2003, p. 25 y ss.

<sup>27</sup> Georges RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, Paris, LGDJ, 1949, p. 89 y ss. En el mismo sentido, pero específicamente respecto de la obligación de informar, en el caso alemán, el *Reichsgericht* sostuvo en 1925 que: “en el caso particular de las ventas, el deber de informar no debe ser extendido indebidamente. Generalmente en los negocios el caso es que el comprador y el vendedor, dados sus intereses en conflicto no deberían esperar que el otro les entregara información acerca de los factores de mercado relevantes para la determinación del precio (citado en Hein KÖTZ, “Precontractual Duties of Disclosure: A Comparative and Economic Perspective”, in *European Journal of Law and Economics*, vol. 9, N° 1, Chicago, 2000, pp. 5-19, véase p. 13. Para una severa crítica de la fraternidad como principio orientador de los contratos véase Jean Pascal CHAZAL, “Les nouveaux devoirs des contractants. Est-on allé trop loin?”, in Christophe JAMIN et Denis MAZEAUD, *La nouvelle crise du contrat*, Paris, Dalloz, 2003, p. 120 y ss.

tes la tutela de sus propios intereses frente a las malas artes de otros. La intervención del derecho objetivo tiene un carácter limitado, como se ha visto *casi excepcional*... En este dualismo de principios (ética ideal-egoísmo) el derecho deja a cada parte de hacer el uso que quiera de las coyunturas favorables. El fundamento de tal norma se encuentra, *como para el derecho de guerra* en el hecho de que tales *astucias* son *toleradas al adversario*; pero donde la normal precaución de la otra parte es insuficiente para preverlas, *como en el derecho a la guerra es la traición, así en el contrato es el dolo*, no sólo éticamente, sino también jurídicamente reprobado”<sup>28</sup>.

De esta manera, la intromisión de la moral al derecho a través de la buena fe es sólo parcial<sup>29</sup>, se trata de una moralización que no debiera desatender esa tendencia antagonista, propia de las negociaciones, al menos mientras se considere como válido el supuesto de una sociedad liberal donde los bienes se distribuyen a través del mercado. La analogía de la negociación con la guerra de Trabucchi, aunque acaso excesiva, es sugerente y permite reconsiderar la idea de lealtad, distinguiendo un sentido fuerte y un sentido débil de la expresión. En el primero –denominémos-

<sup>28</sup> Según aparece citado en ROJO AJURIA (n. 5), p. 265.

<sup>29</sup> Algo que, dicho de paso, ya había advertido santo TOMÁS DE AQUINO en la *Summa Teológica* a propósito de la questio 96 “Del poder de la ley humana”: “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”. Una formulación más tardía del mismo principio se encuentra en un comentario de W. Keeton a la decisión de uno de los casos más famosos sobre obligación de informar *Laidlaw v. Organ*. Los hechos, presentados sucintamente son los siguientes: Henry Organ, un comerciante comisionista de New Orleans negoció con Francis Girault de Laidlaw & Co. –otro comisionista– la compra de ciento once sacos de tabaco. Durante las primeras horas del día 19 de febrero de 1815, Henry Organ tuvo noticias acerca de la firma del tratado de Ghent, que ponía fin a la Guerra de 1812. Obtuvo la noticia de Mr. Shepard, quien tenía interés económico en su transacción con Laidlaw y cuyo hermano fue una de las tres personas que se enteraron de la noticia a través de sus contactos con la flota británica. Durante esa mañana, y antes de que la noticia se hiciera pública, Henry Organ se comunicó con Francis Girault para perfeccionar el negocio sobre el tabaco, quien le preguntó si existían noticias que repercutieran sobre un alza en el precio del tabaco. Al parecer Henry Organ se mantuvo en silencio y el contrato se perfeccionó. Una vez que las noticias sobre la firma del tratado se hicieron públicas el precio del tabaco subió entre un 30% y un 50%. El comentario de W. Keeton es éste: “Si esos hecho se presentan a una persona normal como una pregunta abstracta, probablemente dirá que la conducta del comprador no fue ética; pero, por otra parte, si se le diera a esa persona la oportunidad que tuvo el comprador ...haría exactamente la misma cosa”. Citado según John D. CALAMARI y Joseph M. PERILLO, *Contracts*, 3ª ed., Minnesota, West Publishing, 1987, p. 367.

lo *lealtad como filantropía*–, lealtad significaría “un criterio de conducta inspirado e informado por el interés de la otra parte”<sup>30</sup>. En el segundo –que podemos llamar *lealtad como no traición*–, significa simplemente no defraudar las expectativas razonables del otro negociante.

Por supuesto, presentar las cosas así tiene una trampa que consiste en redirigir el problema hacia las expectativas razonables, dando a la explicación un destino tautológico. Pero, en mi opinión, es posible circunvalar este problema si se considera que lo único que intento decir es que una parte no debe cooperar con la otra si esta última a través del uso de una diligencia razonable podría haber resuelto el problema. Dicho de otra manera, una parte no debería esperar –es decir, no debería tener expectativas razonables que debieran ser protegidas– que la otra subsidiara su negligencia a través de un comportamiento filantrópico. Ésta es, por lo demás, la lógica que subyace a la inexcusabilidad del error, o a parte del tratamiento de los vicios redhibitorios en el *Código Civil* y un criterio que ha sido sugerido como el precipitado de las reglas sobre deberes de informar en el caso europeo, en los siguientes términos:

52

“Antes de la conclusión de un contrato cada una de las partes tienen el deber de dar a la otra aquella información concerniente a los bienes y servicios que le proveerá de acuerdo a las expectativas que esta última se pueda haber formado razonablemente, tomando en cuenta los estándares de calidad y ejecución de las prestaciones que serían normales según las circunstancias”<sup>31</sup>.

En el sentido de la buena fe, entendida como lealtad en un sentido débil –como no traición–, la obligación de informar surgiría únicamente cuando una parte no puede procurarse la información por sí misma. Esta forma de entender las cosas se aviene bien con el régimen de egoísmos contrapuestos de la negociación y, por otra parte, introduce una idea de responsabilidad que debe conjugarse con la de libertad contractual. Sobre eso me detengo ahora.

### Libertad y responsabilidad

Según he advertido más arriba, el deber de informar se relaciona directamente con la correcta formación del consentimiento. Lo anterior porque sólo tiene sentido hablar de un deber de informar si uno de los negociantes

<sup>30</sup> BETTI (n. 19), p. 86.

<sup>31</sup> Thomas WILHELMSSON and Christian TWIGG FLESNER, “Precontractual information duties in the *acquis communautaire*”, in *European Review of Contract Law*, vol. 2, Berlín, 2006, p. 460.

ignora algo que el otro sabe y que resulta determinante para una correcta formación del consentimiento.

A su turno, el consentimiento es relevante, al menos para una teoría liberal del contrato, porque permite vincular la obligatoriedad del contrato a la idea de autonomía de la voluntad o autonomía privada según se prefiera, es decir, “el reconocimiento de un poder de autogobierno de los propios fines e intereses o un poder de autorreglamentación de las propias situaciones y relaciones jurídicas”<sup>32</sup>, y dicha autonomía sería “el fundamento más hondo” de la idea de contrato y de la obligatoriedad del contrato<sup>33</sup>. Desde luego, ésta es una idea discutible<sup>34</sup>, pero lo es en el sentido que propone Patrick Atiyah, es decir, se trata de una idea que no permite comprender totalmente la fisonomía de derecho de contratos<sup>35</sup>, sin embargo, en mi opinión, se trata de una idea *sin la cual* no es posible entender actualmente el contrato. Como sea, es una idea que merece ser tenida en cuenta y eso es lo que me propongo hacer, aunque brevemente.

La idea de una voluntad vinculante no puede ser configurada únicamente a partir de la libertad. Dichas las cosas de otra manera, para que la voluntad declarada sea vinculante no es imprescindible que lo declarado coincida con lo deseado por el agente. Existen casos en que se produce una discrepancia no voluntaria entre lo declarado y lo querido y aún así se toma la voluntad como vinculante, es lo que sucede, al interior del *Código Civil*, por ejemplo, en el caso del error inexcusable, el dolo bueno o en el del temor reverencial. Para comprender esto es útil advertir que la regulación de los vicios del consentimiento pone en juego dos elementos, por una parte la exigencia de voluntad que se sustenta en la idea que la manifestación de voluntad sólo vincula en la medida que quien la emite entiende y, por otra, la responsabilidad de quien emite su declaración por la voluntad manifestada. El uso de la expresión responsabilidad que hago aquí no es el común en Derecho Civil, sino en el sentido del “Principio de responsabilidad” de Herbert L.A. Hart<sup>36</sup>. Es decir, una parte sería responsable –en el sentido que

<sup>32</sup> DÍEZ PICAZO (n. 19), p. 127.

<sup>33</sup> *Ibid.*

<sup>34</sup> Sobre esto puede consultarse la crítica de Patrick ATIYAH a Charles FRIED en Patrick ATIYAH, *Essays on Contracts*, Oxford, Oxford Clarendon Press. 1986.

<sup>35</sup> *Ibid.*

<sup>36</sup> Véase Herbert L.A. HART, “Legal Responsibility and Excuses”, en *Punishment and Responsibility: Essays in the Philosophy of Law*, Oxford, Clarendon Press, 1968. Tomo esta idea de BIGWOOD (n. 26), p. 115. No obstante que se trate de un uso poco frecuente de la expresión responsabilidad, en el caso español, el Tribunal Supremo, se ha referido a él como “principio de responsabilidad negocial”, aunque, aparentemente no desde la lógica de la imputación de consecuencias como sanción a la negligencia, sino como protección de la confianza del otro contratante. Lo anterior se desprende de que en la mirada del Tribunal Supremo, a propósito del error, la máxima *vigilantibus et non errantibus iura succurrunt*” se

sus declaraciones de voluntad lo vincularían en la medida que sea capaz –en el sentido del Código Civil- de participar en la negociación y haya tenido la oportunidad de participar en la negociación, es decir que haya tenido la oportunidad de manifestar una voluntad informada y deliberativa<sup>37</sup>. Reunidas estas dos circunstancias las declaraciones que haga una persona le son *imputables*, aún cuando diverjan de su voluntad real. Lo anterior no quiere decir que en los hechos la voluntad declarada haya sido informada y producto de una deliberación, sino que, cosa distinta, que la persona haya tenido la *oportunidad* de informarse y deliberar, si no lo hizo, es responsable por su declaración en el sentido que he venido apuntando.

Estas ideas según las cuales no sólo existiría un deber de informar sino, además, para la parte ignorante un deber de informarse, no resultan, por lo demás, extraña a los desarrollos de la buena fe, Antonio M. Morales Moreno, comentando el caso del dolo como criterio de imputación de responsabilidad al vendedor por los defectos de la cosa en el caso español, ha señalado que: “la buena fe... impone a los contratantes... unos deberes de conducta análogos y recíprocos”<sup>38</sup>.

Lo que va dicho hasta este punto indica que las exigencias de la buena fe no suponen que una parte deba suministrar a otra toda aquella información que conoce y que resulta indispensable para la correcta formación de la voluntad de la primera. Sino, únicamente, aporta razones para fijar un deber de lealtad en el sentido débil, es decir, no obliga a subsidiar la negligencia de otro negociante, sino a suplementar sus esfuerzos cuando desplegada una diligencia razonable según las circunstancias no haya podido informarse.

Pero esto no es todo. El problema del deber de informar no debe considerarse únicamente a partir del interés de quienes se encuentran negociando un contrato. Como examinaré a continuación, determinar las exigencias de la buena fe implica considerar también el interés de la sociedad en su conjunto y esto obliga a reparar en las peculiaridades de la información como bien económico.

---

justificaría en la seguridad jurídica. Al respecto puede consultarse José Ramón DE VERDA Y BEAMONTE, “Algunas reflexiones en torno a la excusabilidad y reconocibilidad del error en los contratos”, en *Anuario de Derecho Civil*, vol. 50, N° 3, Madrid, 1997, p. 1.228.

<sup>37</sup> De allí, entonces, que en el Derecho del Consumo donde las relaciones suelen caracterizarse por asimetrías informativas severas la voluntad no pueda asegurar que se alcance la justicia contractual. Sobre esto véase MARTÍNEZ DE AGUIRRE (n. 24), p. 63.

<sup>38</sup> Antonio Manuel MORALES MORENO, “El dolo como criterio de imputación de responsabilidad al vendedor por los defectos de la cosa”, en *Anuario de Derecho Civil*, vol. 35, N° 3, Madrid, 1982, p. 646. En el mismo sentido, pero específicamente a propósito del deber de informarse véase Philippe LE TOURNEAU, “De l’allégement de l’obligation de renseignements ou de conseil”, in *Chonique*, XIX, Dalloz, Sirey, 1987, p. 102.

## La perspectiva social

## La información como bien económico

En cuanto bien económico, la información presenta tres características:

- (1) se trata de un bien de experiencia (*experience good*),
- (2) costoso de producir y barato de reproducir (*returns to scale*) y
- (3) se trata de un bien público<sup>39</sup>.

Lo primero significa que se trata de un bien que es necesario conocer para asignarle valor y al conocerlo, por su naturaleza, se adquiere. Lo segundo es que, por regla general, acumular o producir información posee costos, sin embargo, una vez que la información se comunica, su reproducción posee costos notablemente inferiores. Lo tercero es que se trata de un bien que presenta dos características: no rivalidad en el consumo y, en ocasiones, imposibilidad de excluir a otros de su consumo.

Es posible ilustrar estas características a través de un ejemplo: el caso Fragonard. Los hechos son los siguientes en una subasta pública se adjudica por cincuenta y cinco mil francos un cuadro que, en opinión del vendedor y de algunos expertos pertenecía a la Escuela de Jean Honoré, pero no había sido pintado por Fragonard. Tras un largo trabajo de restauración el adquirente descubre que el cuadro había sido pintado por este pintor, y luego lo vende al Museo del Louvre por cinco millones ciento cincuenta mil francos<sup>40</sup>.

En primer lugar –respecto al carácter de bien experiencia– sólo se puede saber si uno estaría dispuesto a pagar por una información como ésta una vez que se la conoce. Pero entonces ya es demasiado tarde, porque, como ha sugerido B. Rudden: “el solo examen de la información conduce a su transferencia”<sup>41</sup>. Por lo mismo, hubiera bastado que el comprador revelara sus sospechas sobre la procedencia del cuadro para que esto se reflejara en el precio de la venta. Respecto a la segunda característica, determinar la procedencia del cuadro posee –así fue en este caso– costos importantes para el comprador. Pero una vez que descubre la información, reproducirla prácticamente carece de costos<sup>42</sup>. Finalmente –en lo referente

55

<sup>39</sup> Véase Hal R. VARIAN, “Markets for Information Goods”, disponible en <http://www.ischool.berkeley.edu/~hal/Papers/japan/japan.html#SECTION00040000000000000000> 0. (12 de septiembre de 2006).

<sup>40</sup> Tomo la descripción de B. RUDDEN, “Le juste et l’inefficace. Por un non-devoir de renseignements”, en *RTDC*, 1985, pp. 91-103.

<sup>41</sup> RUDDEN (n. 40), p. 95.

<sup>42</sup> Esto es asumiendo que lo único que debe reproducirse son los documentos en los que ha quedado constancia de la autenticidad del cuadro. Las cosas cambian si lo que debe hacerse es someter al cuadro a nuevos exámenes. En el caso de Fragonard es interesante la analogía con un DVD que contiene una película. La película probablemente costó millones de dólares, el DVD tal vez costó menos de un dólar. Para reproducir la película sólo es necesario utilizar un

al carácter de bien público– la información –la autoría del cuadro– no presenta rivalidad en su consumo, el hecho de que la conozca una persona más, no afecta al conocimiento de quien la descubrió.

La producción de información  
(vicios privados y virtudes públicas)

Asumiendo las peculiaridades de la información en cuanto bien económico la pregunta que sigue es, ¿cómo incentivar la producción de información?<sup>43</sup>. Las respuestas, desde luego, son múltiples, la propiedad intelectual y la propiedad industrial es una de ellas. Como se sabe, en estos casos la protección consiste, generalmente, en asignar un monopolio temporal a un determinado titular sobre el uso de cierta información a través de dispositivos como el derecho de autor o la patente. Pero estos dispositivos no resultan útiles en el caso de la negociación de un contrato. En primer lugar, porque la información las más de las veces no sería patentable o susceptible de ser protegida como derecho de autor y, en segundo, pues en ambos casos, es necesario revelar la información. Lo que hacen las patentes y el derecho de autor no es proteger el secreto, sino disciplinar la forma en que se distribuye la información. En el caso de las negociaciones de un contrato de lo que se trata, en cambio, es de mantener oculta la información, por lo mismo, el expediente debe ser uno que proteja el secreto de la información<sup>44</sup>.

La idea, entonces, es la siguiente, en la medida que se permita a las personas mantener en secreto su información, tendrán incentivos para invertir en producir información y esto último es socialmente útil<sup>45</sup>: vicios

---

equipo y otro DVD: la producción cuesta varios millones de dólares, la reproducción menos de un dólar. A otra escala, en el caso de Fragonard sucede lo mismo, producir la información que comprueba la autenticidad probablemente costó varios miles de francos, reproducirla –si es que constaba en documentos– sólo el costo de las copias de esos documentos.

<sup>43</sup> Y esto, desde luego, supone otra asunción, a saber, que un objetivo al interior de una sociedad debe ser fomentar la producción de información. Pero ésta es una asunción que en la “sociedad de la información” no debería ser discutida. Una discusión distinta, que yo no desarrollo acá, es: cuál información es socialmente valiosa. Sobre eso puede consultarse, por ejemplo, Jules R. COLEMAN, *Risk and Wrongs*, New York, Oxford University Press, 1992, pp. 148-154 y Robert COOTER y Thomas ULEN, *Derecho y Economía*, México D.F., Fondo de Cultura Económico, 1998, pp. 350-351.

<sup>44</sup> Aquí utilizo la expresión secreto en el sentido que le asigna SCHEPELLE, es decir como “una pieza de información que es intencionalmente ocultada por uno o más actores sociales a uno o más actores sociales (Kim Lane SCHEPELLE, *Legal Secrets: Equality and Efficiency in the Common Law*, Chicago, The University of Chicago Press, 1988, p. 12).

<sup>45</sup> Sobre estos puede consultarse Anthony T. KRONMAN, “Mistake, Disclosure and the Law of Contract”, in *The Journal of Legal Studies*, vol. 7, N° 1, Chicago, 1978, pp. 1-34; también puede consultarse Steven SHAVELL, “Acquisition and Disclosure of Information Prior to Sale”, in *Rand Journal of Economics*, vol. 25, 1994; y, para una perspectiva menos económica, James GORDLEY, “Mistake in Contract Formation, in *American Journal*

privados virtudes públicas. Explicar mejor esta idea precisa ver las cosas desde otro punto de vista, conectándola con la perspectiva individual de los negociantes.

La información puede ser considerada desde un doble punto de vista en las decisiones de las personas<sup>46</sup>. Por una parte, la información es una condición de una elección. Las elecciones de las personas suelen ir precedidas por una cierta acumulación de informaciones que será más o menos importante según la relevancia de la decisión. Por otra parte, la información es un objeto de elección. Esto es, las personas pueden elegir cuánta información acumularán antes de tomar una decisión<sup>47</sup>. Así, por ejemplo, las personas suelen investigar más cuando van a comprar una casa o un automóvil y menos cuando compran un sándwich o una caja de corchetes. La pregunta que enfrenta, entonces, una persona cuando negocia un contrato es cuánta información acumular y la respuesta, siempre que se comporte racionalmente, es debe acumular mientras el costo de hacerlo sea inferior a las ganancias esperadas por dicha acumulación. Pues bien, como resulta evidente la imposición de una obligación de informar o la licitud del secreto puede repercutir directamente sobre las ganancias. Si puedo mantener la información en secreto las posibilidades de enriquecerme a través de ésta aumentan, si, en cambio, estoy obligado a revelarla, disminuyen. El secreto favorece la producción de información, la obligación de revelarla, la desincentiva.

Ahora bien, el deber de informar no sólo produce desincentivos sobre una de las partes sino sobre ambas. A unos porque no podrán enriquecerse con la información, a otros porque se comportarán negligentemente, esperando que sea su contraparte quien invierta en la producción de información para luego revelárselas<sup>48</sup>.

#### 4. Anudando

He comenzando estas páginas a través del problema del dolo por omisión para sugerir que al considerarlo es necesario detenerse sobre el deber de

---

*Comparative Law*, vol 52, 433, 451, Michigan, 2004, quien pese a estar a favor de la imposición de una obligación de informar (*duty to disclose*) está de acuerdo en hacer una excepción en el caso de que una de las partes haya gastado dinero o haya hecho un esfuerzo para conseguir la información.

<sup>46</sup> En esto sigo a SCHELPELE (n. 44), 25.

<sup>47</sup> Un trabajo seminal y, a estas alturas clásico, sobre el tema es George J. STIGLER, "The Economics of Information", in *Journal of Political Economy*, vol. 69, N° 3, Chicago, 1961, pp. 213-225, donde se examina la relación entre la dispersión de precios y los costos de adquirir información.

<sup>48</sup> Sobre esto puede consultarse KRONMAN (n. 45), p. 16.

informar. A propósito de eso he señalado que una de las posibles fuentes de este deber es la buena fe. Sin embargo, la buena fe es la pregunta, no la respuesta. Al considerar la idea de buena fe como cooperación, lealtad o fidelidad parecieren existir razones para imponer un amplio deber de informar a los negociantes, igual cosa sucede cuando se considera la vinculación entre la información y la correcta formación del consentimiento. Pero es necesario ir con cuidado. En primer lugar, una mirada a las peculiaridades de la negociación muestra que las ideas de lealtad, cooperación y fidelidad deben ser conjugadas con una cierta tendencia antagónica que las caracteriza y al hacerlo la lealtad sólo puede ser considerada en un sentido débil. Respecto a la vinculación entre la información y la correcta formación del consentimiento, ésta es una idea atractiva en la medida que se enlaza la correcta formación del consentimiento con el reconocimiento de la autonomía de la voluntad a través de la libertad contractual, pero una adecuada comprensión de la autonomía precisa incorporar también un principio de responsabilidad que, en ciertas ocasiones, haga imputables a las personas por sus declaraciones, aunque éstas no sean deseadas. Si lo que vengo diciendo es correcto, miradas las cosas desde la perspectiva de los negociantes no existen buenas razones para imponer un deber de informar amplia, sino más bien marginal. Sin embargo, todavía es necesario considerar la perspectiva social. Y, presentando estilizadamente las cosas, lo que sucede aquí es que para incentivar la producción de cierta información que resulta socialmente valiosa es necesario crear los incentivos para que las personas incurran en estas actividades. En el caso de la negociación de un contrato esos incentivos se logran a través de la protección del secreto.

Presentadas las cosas de esta manera, resulta más o menos evidente que para caracterizar la infracción a los deberes que impone la buena fe supone conjugar varios fines, en este sentido el Derecho es siervo de varios señores. Por una parte, un cierto compromiso con las exigencias de la moral –no cualquier conducta es permitida a las partes para favorecer sus intereses en una negociación–. Por otra, se trata de permitir a las partes aumentar sus respectivas tasas de bienestar a través de conductas que no consideren el interés del otro negociante, no existe, en principio, obligación de informar al vendedor de un objeto que se lo estoy comprando porque sé que otra persona está dispuesta a pagar el doble del precio al que me lo están vendiendo. Y en tercer lugar, todavía existe un compromiso con la creación de incentivos para la producción de información.

Ahora bien, aun cuando lo que va dicho parezca correcto, siempre es posible *mutatis mutandis* formularle la crítica de la que alguna vez se hizo cargo Immanuel Kant: “tal vez eso sea correcto en la teoría, pero no sirve para la práctica”. Pero sería una crítica inmerecida. En lo que sigue

de este trabajo me interesa advertir que tanto la idea de una lealtad en sentido débil como esta aproximación económica a la información han contribuido a configurar la fisonomía del deber de informar en el derecho continental europeo. Éste es un objetivo desmesurado, pero, en esta ocasión, lo abordo modestamente, a través de una mirada a las reglas de derecho de contratos contenidas en los PECL.

## II. LOS CRITERIOS DE LOS PECL

Según lo explicitan sus redactores, los PECL buscan proveer al mercado europeo de principios uniformes que ofrezcan a sus diversos operadores una terminología común. Se trataría del “núcleo común” del Derecho de Contratos europeo y en esta medida facilitaría el comercio transfronterizo de al interior de la Unión Europea y fortalecería un mercado común<sup>49</sup>.

Respecto a su ámbito de aplicación los PECL se diferencian de otros intentos de uniformación supranacional como la convención de Viena de 1980 o los Principios de UNIDROIT. Como se sabe, la primera está destinada a regular únicamente compraventas internacionales, la segunda, en tanto, se aplica a cualquier tipo de contratos, pero queda limitada por el carácter comercial de éstos. A diferencia de ambas los PECL están pensados para aplicarse a cualquier tipo de contratos, con prescindencia de si involucran a consumidores o no<sup>50</sup>.

59

### 1. La regulación del dolo por omisión

El problema que interesa tratar aquí: la relación entre dolo por omisión y deber de informar ha sido tratado a propósito de la validez de los contratos, específicamente en el artículo 4:107, a propósito del dolo<sup>51</sup>, en los siguientes términos<sup>52</sup>:

<sup>49</sup> Véase BEALE *et al.* (n. 7), pp. 27-55.

<sup>50</sup> Véase Larry DI MATTEO, “Contract Talk: Reviewing the Historical and Practical Significance of the Principles of European Contract Law”, in *Harvard International Law Journal*, vol. 43, N° 2, Cambridge, 2002, pp. 569-582 (véase, p. 575).

<sup>51</sup> Aquí omito el problema de las semejanzas entre el dolo por omisión y el error conocido por el otro contratante, que en los PECL es tratado a propósito de la disciplina del error en el artículo 4:103 (a) (ii). Sobre esto puede consultarse Antonio Manuel MORALES MORENO, “Los vicios de la voluntad en los principios del derecho europeo de contratos”, en Santiago ESPIAU ESPIAU y Antoni VAQUER ALOY, *Bases de un derecho contractual europeo*, Barcelona, Editorial Tirant lo Blanch, 2003.

<sup>52</sup> Teniendo en cuenta que no existe una traducción “oficial” de los PECL al castellano utilizo en todo este trabajo la de Díez PICAZO, ROCA TRÍAS y MORALES MORENO (n. 12), p. 43.

Art 4.107. Dolo

1) Cualquiera de las partes puede impugnar el contrato si éste se hubiera concluido en virtud de una representación fraudulenta creada por la otra parte, por medio de sus palabras o de su conducta o como consecuencia de la falta de revelación de información que, de acuerdo con la buena fe y con la equidad, se hubiera debido poner de manifiesto.

2) La representación de la parte o la no revelación de información son fraudulentas si se realiza con el intento de engañar.

3) Para determinar si la buena fe y la lealtad exigen que una parte revele una información concreta deben tomarse en cuenta todas las circunstancias, incluyendo entre ellas:

- a) Si la parte poseía una pericia especial;
- b) El costo de adquisición de la información relevante;
- c) Si la otra parte hubiera podido razonablemente adquirir la información por sí misma y
- d) La aparente importancia que la información tenía para la otra parte.

60

Como ya se había advertido, en lo que interesa a estas páginas, la figura del dolo por omisión queda determinada por las imposiciones de la buena fe y la lealtad. En los PECL la distinción entre buena fe y lealtad (*fair dealing*) es explicada señalando que la primera refiere a conceptos subjetivos, la segunda en cambio se aprecia en torno a parámetros objetivos. Hugh Beale *et al.* lo explican de la siguiente manera:

“El concepto de buena fe (*good faith*) implica honradez y lealtad, que son conceptos subjetivos. Por ejemplo, nadie estaría autorizado a ejecutar una acción que no le beneficie a él y cuyo único objetivo sea el de dañar a la otra parte. La lealtad en las transacciones (*fair dealing*) significa respetar una rectitud u honradez en el obrar que se traduce en un elemento objetivo”<sup>53</sup>.

Ahora bien, al comentar el artículo 1.201 de los PECL, según el cual, en lo que importa aquí “cada una de las partes debe actuar de acuerdo con la buena fe y la lealtad”, Hugh Beale *et al.* señalan que el objetivo de dicho artículo es “reforzar los niveles generales de honradez, lealtad y razonabilidad en las transacciones comerciales”<sup>54</sup>. La grandilocuencia

<sup>53</sup> BEALE *et al.* (n. 7), p. 151.

<sup>54</sup> *Op. cit.* p. 148.

de esa declaración no se refleja, sin embargo, en el tratamiento de las circunstancias que deben tomarse en cuenta para determinar si la buena fe y la lealtad exigen revelar una información. Conviene ir examinando separadamente las cuatro hipótesis que, como señala el artículo que las contiene, no agotan el catálogo de circunstancias a que el intérprete debe prestar atención. Sin embargo, del hecho que hayan sido ésas precisamente las circunstancias identificadas a título ejemplar parece desprenderse que los redactores de los Principios consideran que, al menos ésas, deberían ser tomadas en cuenta.

## 2. Las letras

### 2.1. La letra a)

La regla admite en principio dos lecturas. La primera de ellas enfatiza la posición del destinatario de la información; la segunda, en cambio, se centra en quien ya dispone de la información. Según la primera, la regla referiría a aquellos destinatarios de información que poseen conocimientos técnicos en la materia y, en este caso, funcionaría como una limitación a la obligación de informar en la medida que no sería necesario entregarles información precisamente porque poseen especial pericia en la materia<sup>55</sup>. Sin embargo, si se acepta esta lectura no se entendería la diferencia entre esta letra y la letra c). Lo anterior porque la razón en virtud de la cual no debería entregársele algún tipo de información a quien posee conocimientos técnicos en la materia es que podría procurarse la información por sí mismo, pero como se recuerda, éste es precisamente el criterio que utiliza la letra c). De allí, entonces, que sea necesario acudir a la siguiente lectura, y para eso resultará útil dar una mirada al comentario F que acompaña al artículo 4: 107 en lo pertinente a esta materia:

El deber de informar forma parte del concepto general de la buena fe, pero no siempre se puede exigir que una parte señale hechos que sabe que la otra ignora. Por ejemplo, a los profesionales se les exige a menudo que, conforme a la buena fe, informen de todo aquello que se refiera a lo bienes o a los servicios que vayan a suministrar con arreglo al contrato; en cambio, no siempre será así para la parte no profesional<sup>56</sup>.

La segunda lectura, como ya he advertido, se centra en quien posee la información y distingue según se trate de un profesional o no, estableciendo un deber más intenso para el primero. Esta lectura hace sentido en la medida que captura una diferencia esencial en el tratamiento del deber

<sup>55</sup> Esto es lo que parecen sostener DÍEZ PICAZO, ROCA TRÍAS y MORALES MORENO (n. 12), p. 231.

<sup>56</sup> BEALE *et al.* (n. 7), p. 363.

de informar: la posición de las partes. La parte que tenía conocimientos técnicos no es el destinatario de la información, sino quien ya la posee y el caso en que esto sucede con mayor frecuencia son las relaciones entre proveedores y consumidores<sup>57</sup>.

En lo relevante entonces, no parece tratarse de una norma que atenúe el deber de informar, sino que la califica en ciertos casos, paradigmáticamente en el de la relación proveedores y consumidores. Esto merece un último comentario, es probable que buena parte de la discusión acerca de la fisonomía del deber de informar quede determinada parcialmente por la aparición de leyes especiales que se hacen cargo de las diferencias en el poder negociador de las partes<sup>58</sup> y donde existe diferencia en dicho poder esto hace sentido, pero, desde luego, no lo hace donde las partes típicamente están en igualdad de condiciones. Por lo mismo, parece criticable trasvasijar las normativas de protección del consumidor a los códigos civiles como ha sucedido en el caso alemán con la reforma de 2002 al *BGB*<sup>59</sup>. Lo anterior, desde luego, no obsta a reconocer el hecho de que el Derecho de Consumo ha obligado a los civilistas a tomar conciencia acerca del problema de la desigualdad entre los contratantes y que esto resulte útil para el Derecho Civil<sup>60</sup>, pero de allí no se sigue que la lógica

62

<sup>57</sup> Véase GHESTIN (n. 20), pp. 53-55 y 635-641 y Patrice JOURDAIN, “Le devoir de ‘se renseigner’”, in *Chronique*, xxv, Dalloz, Sirey, Paris, 1983, p. 139

<sup>58</sup> Así, por ejemplo, en el caso francés, Jacques Ghestin refiriéndose a la evolución en el derecho positivo de la obligación precontractual de información se ha referido a la “multiplicación de las obligaciones precontractuales de información impuestas por a ley (n. 20), p. 585, las leyes que cita disciplinan el crédito al consumo, la relación entre bancos y sus clientes en caso de apertura de cuenta corriente, y una garantía y servicio postventa, es decir relaciones que suelen involucrar a proveedores y consumidores. En el caso español Esther Gómez Calle identifica mayoritariamente la *LGDCU* como fuente de obligaciones de información (véase Esther GÓMEZ CALLE, *Los deberes precontractuales de información*, Madrid, La Ley, 1994, pp. 83-86. Finalmente, algunos comentaristas que en el caso del derecho europeo el área en que por excelencia (*core area*) de la imposición de deberes de informar son las relaciones de consumo. Véase WILHELMSSON y TWIGG FLESNER (n. 31), p. 456.

<sup>59</sup> Sobre esto puede consultarse Klaus Jochen ALBIEZ DOHRMANN, “Un nuevo Derecho de obligaciones. La Reforma 2002 del *BGB*”, en *Anuario de Derecho Civil*, vol. 55, N° 3, Madrid, 2002, pp. 1.133-1.227. Para una crítica de la lógica del Derecho del Consumo al Derecho de Contratos véase Jesús ALFARO ÁGUILA-REAL, Nota crítica a “Protección de los consumidores y derecho de contratos”, en *Anuario de Derecho Civil*, vol. 47, N° 2, Madrid, 1994, pp. 305-324.

<sup>60</sup> Aceptar lo anterior no significa desconocer el hecho que el derecho de consumo ha obligado a tomar conciencia acerca del problema de la desigualdad entre los contratantes y que esto resulte útil para el derecho civil (sobre esto puede consultarse Jean CALAY-AULOY, J “L’influence du droit de la consommation sur le droit civil des contrats”, in *RTDC*, Paris, 1994, p. 239 y ss. Sin embargo, significa aceptar que el diseño del *Código Civil*, a diferencia de la ley N° 19.496 sobre protección a los consumidores, está pensado como si las partes fueran iguales y que aquella parte que desee alegar una desigualdad deberá acreditarlo.

de las relaciones disciplinadas por el *Código Civil* sea la misma de las leyes de protección al consumidor<sup>61</sup>.

## 2.2. La letra b)

La regla contenida en esta letra obliga al intérprete a considerar los costos de la obtención de la información. El comentario F que acompaña a esta letra sostiene que: “En particular no hay porque informar... sobre aquellos otros aspectos que la parte ‘informada’ haya adquirido después de esforzarse mucho para obtenerlos”<sup>62</sup>. Este comentario reconduce al comentario Es, a propósito del artículo 4.103 de los Principios que, por su importancia, conviene transcribir en lo que es pertinente aquí:

“...existen situaciones en las que cabe admitir que una parte se aproveche del desconocimiento o de la ignorancia de la otra... [una de esas situaciones es] cuando una parte ha hecho un esfuerzo considerable para obtener una información que no posee la otra parte. Si la parte no tuviera derecho para utilizar esa información obtenida gracias a su esfuerzo, no se verá motivada para conseguir dicha información en primer lugar y ambas partes se verá perjudicadas”<sup>63</sup>.

Pues bien, la regla contenida en esta letra merece varios comentarios. El primero de ellos tiene que ver con los fundamentos de la obligación de informar. Con alguna frecuencia el problema de la obligación de informar se presenta desde una doble perspectiva: jurídica y económica<sup>64</sup>. En mi opinión, este enfoque no es totalmente adecuado. Y no lo es porque la comprensión jurídica de las negociaciones incorpora variables morales y económicas<sup>65</sup>. De esta manera, lo económico no está, por decirlo así, fuera de la perspectiva jurídica, sino que contribuye a constituirla. Así se entiende, por ejemplo, que de José Ramón de Verda y Beamonte sostenga que: “la obligación de advertir el error esencial conocido ha de ser delimitada con arreglo a criterios fundamentalmente económicos”<sup>66</sup>. Y así se entiende que, en el caso de los Principios, el intérprete, al momento de determinar si “de acuerdo a la buena fe” una parte estaba obligada a in-

63

<sup>61</sup> Véase Reiner SCHULZE, “Precontractual Duties and Conclusion of Contract in European Law”, in *European Review of Private Law*, vol. 13, N° 6, 2005, pp. 841-866, (véase p. 847).

<sup>62</sup> BEALE *et al.* (n. 7), p. 363.

<sup>63</sup> *Op. cit.*, p. 329.

<sup>64</sup> Véase, por ejemplo, DE VERDA Y BEAMONTE (n. 11), p. 44; GÓMEZ CALLE (n. 58), pp. 12 y 18.

<sup>65</sup> Sobre esto puede consultarse BIGWOOD (n. 26).

<sup>66</sup> DE VERDA Y BEAMONTE (n. 11), p. 46.

formar deba considerar especialmente el costo de obtener la información. De allí, entonces, que si la información fue costosa y supuso un esfuerzo significativo su adquisición o su ocultamiento no. La actuación de buena fe no está, por decirlo así, en tensión con consideraciones económicas, más bien, ciertas consideraciones económicas sirven para excluir la mala fe.

El segundo comentario es que esta regla incorpora al razonamiento y a la disciplina de las relaciones entre particulares consideraciones que involucran lo que he denominado la perspectiva social en el caso de la información. Lo que parece mostrar el comentario E al artículo 4:103 es que lo determinante aquí no es la comprensión de la lealtad –en sentido débil o fuerte– entre las partes. La justificación de la letra se encuentra en la creación de incentivos para la producción de información. Esto, en algún sentido, disloca la lógica clásica de los vicios del consentimiento, ya no se trata de distinguir entre dolo bueno y dolo malo o entre error excusable e inexcusable, sino de considerar el impacto de las reglas sobre la actividad de las personas.

El tercer comentario que merece esta regla tiene que ver con la distinción –que hace suya el comentario E al artículo 4:103 en una parte que no he transcrito– entre información deliberadamente adquirida y casualmente adquirida. Lo determinante sería si se invirtió o no en la procura de la información. Si la respuesta es afirmativa, entonces habría razones para considerar que la buena fe no exige su revelación. Si la respuesta es negativa, el resultado sería el opuesto. Este enfoque fue popularizado por Anthony Kronman en un célebre artículo al que ya me he referido<sup>67</sup>. Se trata de un trabajo que ha recibido múltiples comentarios<sup>68</sup> de manera que basta presentar la distinción fundamental que propone. Desde su mirada resulta necesario distinguir si la información ha sido adquirida deliberadamente o por azar<sup>69</sup>. Es deliberada aquella cuya producción supone costos en que no se hubiere incurrido de no ser para producirla, por lo mismo, si se obliga al sujeto a revelarla, sus incentivos para incurrir en los gastos desaparecen. Sobre la base de esta consideración, el autor propone asignar un “derecho de propiedad” (*property right*) sobre la información<sup>70</sup> que, en este caso, se plasmaría en la posibilidad de negociar el contrato sin necesidad de revelar la información o, dicho de otra manera, sin que su silencio le acarrearra consecuencias jurídicas desventajosas.

64

<sup>67</sup> Véase (n. 44).

<sup>68</sup> Véase, por ejemplo, COLEMAN (n. 43), pp. 148-154, Randy BARNETT, “Rational Bargaining Theory and Contract: Default Rules Hypothetical Consent, the Duty to Disclose, and Fraud”, in *Harvard Journal of Law & Public Policy*, vol. 15, Massachusetts, 1992, p. 783, y FABRE-MAGNAN (n. 3), pp. 73-95.

<sup>69</sup> KRONMAN (n. 44), p. 13.

<sup>70</sup> *Op. cit.* (n. 44), p. 14.

### 2.3. La letra c)

La regla fijada por esta letra determina uno de los límites más comunes al deber de informar: el deber de informarse<sup>71</sup>. La justificación de esta regla puede ser múltiple. Por una parte, así como repugna a la buena fe que bajo ciertas condiciones una parte abuse de la información que posee en las negociaciones de un contrato, igualmente debería repelerle el hecho de que la otra no manifieste ni la más mínima diligencia en recopilar la información que precisa para la correcta formación de su voluntad. Por otra parte, como ha sugerido Anthony Kronman, la ventaja de una regla como ésta en términos de incentivos llega a las dos partes, en la medida que un “derecho de propiedad” como el propuesto por el autor:

“no sólo protege la inversión de la parte que posee esa información especial, sino que, además, impone un costo de oportunidad a la otra parte dándole así un incentivo para emprender (justificadamente en términos costo-beneficio) su propia búsqueda de información”<sup>72</sup>.

Ahora bien, asumiendo que la regla se encuentra suficientemente justificada es necesario avanzar un paso más y preguntarse, ¿qué debe entenderse por “razonablemente”?, es decir, ¿bajo qué condiciones debe entenderse que una parte podía razonablemente obtener la información por sí misma?

Desde luego, los Principios no contienen mención a este respecto, de manera que aquí resulta necesario aventurarse. Dos directrices pueden resultar útiles. La primera consiste en distinguir secretos superficiales y secretos profundos. La segunda, pensar lo “razonable” como igualdad en el acceso a la información<sup>73</sup>. Se distingue entre la superficialidad y la profundidad de un secreto según el conocimiento de quien ignora el contenido del secreto. Puede suceder que la persona crea que hay algo que no le han dicho –por ejemplo, si le ofrecen por un cuadro de su propiedad un precio exorbitante– o, bien, puede suceder que no tenga ningún indicio de la información que posee su contraparte –*v.gr.*, el caso del mercader de Rodas expuesto por Marco Tulio Cicerón<sup>74</sup>. La distinción es importante

<sup>71</sup> Sobre esto véase JOURDAIN (n. 57).

<sup>72</sup> KRONMAN (n. 45), p. 16.

<sup>73</sup> En ambas cosas sigo a SCHEPPELLE (n. 44), pp. 21-22 y 120-121.

<sup>74</sup> Refiriéndose a casos en que lo útil parece entrar en colisión con lo moralmente recto, Marco Tulio Cicerón considera el siguiente caso: en un tiempo de sequía y hambruna en Rodas las provisiones han alcanzado precios exorbitantes; un hombre honesto importa un gran cargamento de grano desde Alejandría. Este comerciante tiene noticias que desde el puerto de Alejandría han zarpado hacia Rodas, después del suyo, otros barcos cargados de

porque en el primer caso es posible exigirle un esfuerzo muy mínimo a quien no posee la información: preguntar; en el segundo no.

La segunda directriz refiere directamente al acceso a la información. Allí Kim Lane Schepelle considera que puede existir desigualdad en el acceso a la información por dos razones. La primera de ellas es que las partes tengan un acceso “estructuralmente” desigual a la información. Esto significaría que para una de las dos partes resulta más sencillo adquirir la información. El caso típico –recogido por el comentario F del artículo 4:107 de los Principios– es el de la propia prestación. Así, por ejemplo, en una compraventa, será, por regla general, el vendedor quien tenga mejor acceso a la cosa y, por lo tanto, una mejor posibilidad de conocerla y disponer de información sobre ella. Es probablemente sobre la base de estas consideraciones que el citado comentario F señala que: “En particular no hay por qué informar sobre aspectos que conciernen a la prestación de la otra parte...”<sup>75</sup>. La segunda razón se relaciona con la capacidad de hacer el esfuerzo necesario para producir la información. En este caso, el esfuerzo puede ser extremadamente desigual en términos que no sea razonable exigirle a una parte que lo haga ya sea porque se trata de secretos profundos, porque tiene menos recursos y, por lo mismo, resulta incapaz de invertir lo que sería necesario para descubrir la información, o, bien, porque posee menos capacidad intelectual o experiencia que su contraparte<sup>76</sup>.

66

#### 2.4. La letra d)

El cuarto factor es la aparente importancia de la información para las partes. En general, este factor funciona como una limitación de aquello que debe ser informado por una de las partes que, generalmente, funciona a través de la imposición de un deber de informar a la otra. Como ha sugerido Muriel Fabre-Magnan

“Un contratante no puede ser condenado por infringir una obligación de informar sino en aquellos casos en que conocía o debía conocer la importancia de la información para su contraparte”<sup>77</sup>.

Y la razón es evidente, el dolo supone un elemento subjetivo: la intención de engañar; lo que se busca a través de ese engaño es captar la voluntad

---

grano. Se pregunta entonces Marco T. Cicerón si el comerciante debe reportar este hecho a sus posibles compradores o, en cambio, silenciarlo y vender su grano al mayor precio posible, véase *De Officiis*, traducción de Walter Miller, Cambridge, Harvard University Press, 1913, pp. 53-56).

<sup>75</sup> BEALE *et al.* (n. 7), p. 363.

<sup>76</sup> SCHEPELLE (n. 44), p. 121.

<sup>77</sup> Véase FABRE-MAGNAN (n. 3) p. 188

del otro contratante<sup>78</sup>; para que eso suceda, en el caso del dolo por omisión, el silencio debe recaer sobre información que posea la relevancia suficiente como para capturar la voluntad de la otra parte y esto es sólo posible si la persona que omite la información sabe que ésta era relevante para el otro.

Si se acepta lo anterior resulta evidente el sentido en que este cuarto factor constituye una limitación a aquello que debe informarse: sólo lo que era importante para la otra parte. Ahora bien, al momento de considerar qué es lo que era importante para la otra parte se advierte en qué sentido existe aquí un deber de informar. La pregunta que conviene formular es, ¿cómo puede saber una de las partes que cierta información es relevante para la otra? La respuesta más obvia es que aquella parte para quien la información es relevante lo informe a la otra<sup>79</sup> y de allí, entonces, la existencia de un deber de informar.

Lo anterior no obsta, sin embargo, a que existan otras ocasiones en que, aun, sin esta información, aparezca en forma notoria la importancia de cierta información. Un par de ejemplos contribuirán a explicar esto.

En el primero de ellos una persona se aproxima a otra con la intención de comprar un inmueble que la última destinaba a su habitación. Una vez celebrado el contrato, el comprador alega que existen ciertas restricciones municipales para instalar un restaurante allí –que es la razón por la que compró la casa– y que el vendedor lo sabía, pues el mismo había intentado hacer lo mismo obteniendo por respuesta la negativa de la municipalidad. Desde luego, la información era relevante, pero, asumiendo que el comprador no le comunicó su intención, su relevancia era desconocida para el vendedor, de allí que, aun cuando conociera la información no existe obligación de transmitirla.

En el segundo de ellos, una persona ofrece a la venta un valioso cuadro que ha estado por generaciones en su familia por un precio ínfimo, donde resulta evidente que ignora el valor del cuadro. Un experto en arte le ofrece comprarlo por dicho precio. Sin pronunciarse sobre la deseabilidad de imponer una obligación de informar en este caso, lo que sí resulta obvio es que la información acerca del valor del cuadro es extremadamente relevante para el vendedor, aun cuando no haya dicho nada al respecto.

Un último comentario a esta letra. Es interesante advertir que la obligación de informar no sólo está limitada por la de informarse –en el sentido de que una parte no puede alegar ignorancia de aquello que debió haber conocido– sino que, además, está limitada por un cierto deber

<sup>78</sup> MORALES MORENO (n. 9), p. 383.

<sup>79</sup> Véase FABRE-MAGNAN (n. 3), p. 188.

de informar en el sentido de que lo he venido exponiendo. Ese deber, también, se encuentra plenamente justificado en términos económicos toda vez que asigna la carga –el deber de informar– a la persona que está en mejores condiciones de soportar el costo, la persona para quien la información es relevante.

\*\*\*

Lo que muestra la regulación del dolo por omisión y el deber de informar en los Principios son dos cosas que me ha interesado destacar. La primera, es que la moralización introducida por las exigencias de la buena fe a las negociaciones de un contrato es parcial y debe conjugarse con las exigencias del *caveat emptor*. La segunda, es que a propósito del deber de informar es necesario considerar factores que no son totalmente advertidos si sólo se considera la posición de las partes, específicamente, en este caso, la necesidad de crear incentivos para la producción de información.

Con todo, es aconsejable la cautela. Además del carácter de *soft law*, que hasta el momento conservan los Principios, una cosa es lo que digan y otra la forma en que se apliquen. Y esto resulta especialmente significativo en países que poseen tradiciones jurídicas diversas. Así, por ejemplo, realizando una comparación del caso francés con el inglés, Giliker ha sugerido que es bien probable que, de aplicar el artículo 4:107 de los Principios, un tribunal francés se sienta inclinado a poner más énfasis en las letras a) y d) –especial experticia y aparente importancia de la información– y uno inglés ponga mayor atención en las letras c) y b) –costo de adquirir la información y si la parte podía adquirir razonablemente la información por si misma<sup>80</sup>.

68

## CONCLUSIÓN

El dolo por omisión es, en verdad, una excusa para introducir un tema mucho más amplio y poco explorado en la dogmática civil chilena: la relación entre la ignorancia y el secreto, por una parte, y el contrato, por otra.

Lo que me ha interesado sugerir en estas páginas es lo siguiente: aceptada la existencia del dolo por omisión resulta necesario cuestionar-

---

<sup>80</sup> Paula GILIKER, “Regulating Contracting Behaviour: The Duty to Disclose in English and French Law”, in *European Review of Private Law* vol. 13, N° 5, 2005, pp. 621-640, (véase p. 640).

se acerca de las condiciones bajo las cuales es obligatorio informar algo a la contraparte. La primera cuestión es de dónde surge esa obligación. Asumiendo que la buena fe es la fuente, no se responde nada, sólo se reformula la pregunta, porque entonces es necesario preguntarse, ¿qué es lo que obliga a informar la buena fe?

Responder a esa pregunta precisa detenerse sobre qué sea la buena fe, y al hacerlo uno de los riesgos que se corre –al menos en mi opinión– es caer en idealizaciones que se alejan peligrosamente de la facticidad de las negociaciones de un contrato, y en el caso de la obligación de informar específicamente, resultan totalmente desaprensivas respecto de los incentivos para producir información. Una alternativa más fructífera, consiste en intentar cuadrar las exigencias de la buena fe con la naturaleza adversarial de las negociaciones de un contrato, por una parte, y la creación de incentivos para producir información, por la otra. Eso es lo que he tratado de hacer aquí.

#### BIBLIOGRAFÍA

- ALBALADEJO, Manuel y Silvia DIEZ ALABART (dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1978, tomo XVII, vol. 1º - B.
- ALBIEZ DOHRMANN, Klaus Jochen, “Un nuevo Derecho de obligaciones. La Reforma 2002 del BGB”, en *Anuario de Derecho Civil*, vol. 55, Nº 3, Madrid, 2002.
- ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo, Manuel SOMARRIVA UNDURRAGA y Antonio VODANOVIC, *Derecho Civil. Parte preliminar y general*, Santiago, Ediar Conosur, 1991.
- ALFARO ÁGUILA-REAL, Jesús, Nota crítica a “Protección de los consumidores y derecho de contratos”, en *Anuario de Derecho Civil*, vol. 47, Nº 2, Madrid, 1994.
- ALONSO PÉREZ, Mariano, “La responsabilidad precontractual”, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Nº 485, Madrid, 1971.
- ATIYAH, Patrick, *Essays on Contracts*, Oxford, Oxford Clarendon Press, 1986.
- BANFI DEL RÍO, Cristián, *La asimilación de la culpa grave al dolo en la responsabilidad contractual*, Santiago, LexisNexis, 2002.
- BARNETT, Randy, “Rational Bargaining Theory and Contract: Default Rules Hypothetical Consent, the Duty to Disclose, and Fraud”, in *Harvard Journal of Law & Public Policy*, vol. 15, Massachusetts, 1992.
- BEALE, Hugh *et al.*, *Contract Law, Ius Commune Casebooks on the Common Law of Europe*, Oxford, Hart Publishing, 2002.
- BETTI, Emilio, *Teoría general de las obligaciones*, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1969.

- BIGWOOD, Rick, *Exploitative Contracts*, New York, Oxford University Press, 2003.
- CALAMARI, John D. y Joseph M. PERILLO, *Contracts*, 3ª ed., Minnesota, West Publishing, 1987.
- CALAYS-AULOY, Jean, J “L’influence du droit de la consommation sur le droit civil des contrats”, in *RTDC*, Paris, 1994.
- CICERÓN, Marco Tulio, *De Officiis*, traducción de Walter Miller, Cambridge, Harvard University Press, 1913.
- COLEMAN, Jules R., *Risk and Wrongs*, New York, Oxford University Press, 1992.
- COOTER, Robert y Thomas ULEN, *Derecho y Economía*, México D.F., Fondo de Cultura Económico, 1998.
- CUADRADO PÉREZ, Carlos, *Oferta, aceptación y conclusión del contrato*, Bolonia, Publicaciones del Real Colegio de España, 2003.
- CHAZAL, Jean Pascal, “Les nouveaux devoirs des contractants. Est-on allé trop loin?”, in Christophe JAMIN et Denis MAZEAUD, *La nouvelle crise du contrat*, Paris, Dalloz, 2003.
- DE LA MAZA GAZMURI, Iñigo, “Justicia contractual, contratos por adhesión electrónicos y buena fe”.
- DI MATTEO, Larry, “Contract Talk: Reviewing the Historical and Practical Significance of the Principles of European Contract Law”, in *Harvard International Law Journal*, vol. 43, N° 2, Cambridge, 2002.
- DÍEZ PICAZO, Luis, *Fundamentos de derecho civil patrimonial*, Madrid, Tecnos, 1996, vol. I.
- DÍEZ PICAZO, Luis y Antonio GULLÓN BALLESTEROS, *Sistema de Derecho Civil*, 6ª ed., Madrid, Tecnos, 1989, vol. II.
- DÍEZ PICAZO, Luis, Encarna ROCA I TRÍAS y Antonio Manuel MORALES MORENO, *Los principios europeos de derecho de contratos*. Madrid, Civitas, 2002.
- FABRE MAGNAN, Muriel, *De l’Obligation d’Information dans les Contrats*, Paris, LGDG, 1992.
- GARCÍA RUBIO, María Paz, *La responsabilidad precontractual*, Madrid, Tecnos, 1991.
- GHESTIN, Jacques, *La notion d’erreur dans le droit positif actuel*, Paris, LGDJ, 1971.
- GHESTIN, Jacques, *Traité de Droit Civil. La formation du contrat*, Paris, L.G.D.J, 1993.
- GILIKER, Paula, “Regulating Contracting Behaviour: The Duty to Disclose in English and French Law”, in *European Review of Private Law* vol. 13, N° 5, 2005.
- GÓMEZ CALLE, Esther, *Los deberes precontractuales de información*, Madrid, La Ley, 1994.
- GORDLEY, James, “Mistake in Contract Formation”, *American Journal Comparative Law*, vol. 52, 433, 451, Michigan, 2004.

- HART, Herbert L.A., “Legal Responsibility and Excuses”, en ÉL MISMO *Punishment and Responsibility: Essays in the Philosophy of Law*, Oxford, Clarendon Press, 1968.
- JOURDAIN, Patrice, “Le devoir de ‘se’ renseigner”, in *Chronique*, XXV, Dalloz, Sirey, Paris, 1983.
- KÖTZ, Hein, “Precontractual Duties of Disclosure: A Comparative and Economic Perspective”, in *European Journal of Law and Economics*, vol. 9, N° 1, Chicago, 2000.
- KRONMAN, Anthony T., “Mistake, Disclosure and the Law of Contract”, in *The Journal of Legal Studies*, vol. 7, N° 1, Chicago, 1978.
- LARROUMET, Christian, *Droit Civil*, Paris, Economica, 1986, tome III: “Les obligations”.
- LE TOURNEAU, Philippe, “De l’allègement de l’obligation de renseignements ou de conseil”, in *Chonique*, XIX, Dalloz, Sirey, 1987.
- LEÓN HURTADO, Avelino, *La voluntad y la capacidad en los actos jurídicos*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1979.
- MARTÍNEZ DE AGUIRRE, Carlos, “Trascendencia del principio de protección a los consumidores en el derecho de obligaciones” en *Anuario de Derecho Civil*, vol. 1, Madrid, 1994.
- MEKKI, Mustapha, *L’intérêt générale et le contrat*, Paris, L.G.D.J., 2004.
- MORALES MORENO, Antonio Manuel, “El dolo como criterio de imputación de responsabilidad al vendedor por los defectos de la cosa”, en *Anuario de Derecho Civil*, vol. 35, N° 3, Madrid, 1982.
- MORALES MORENO, Antonio Manuel, “Los vicios de la voluntad en los principios del derecho europeo de contratos”, en Santiago ESPIAU ESPIAU y Antoni VAQUER ALOY, *Bases de un derecho contractual europeo*, Barcelona, Editorial Tirant lo Blanch, 2003.
- PÉREZ GARCÍA, Pedro Antonio, *La información en la contratación privada En torno al deber de informar en la ley general para la defensa de los consumidores y usuarios*, Madrid, Instituto Nacional del Consumo, 1990.
- RIPERT, Georges, *La regle morale dans les obligations civiles*, Paris, LGDJ, 1949.
- ROJO AJURIA, Luis, *El dolo en los contratos*, Madrid, Civitas, 1994.
- RUDDEN, B., “Le juste et l’inefficace. Por un non-devoir de renseignements”, en *RTDC*, Paris, 1985.
- SCHEPPELLE, Kim Lane, *Legal Secrets: Equality and Efficiency in the Common Law*, Chicago, The University of Chicago Press, 1988.
- SCHULZE, Reiner, “Precontractual Duties and Conclusion of Contract in European Law”, in *European Review of Private Law*, vol. 13, N° 6, 2005.
- SHAVELL, Steven, “Acquisition and Disclosure of Information Prior to Sale”, in *Rand Journal of Economics*, vol. 25, 1994.
- STIGLER, George J., “The Economics of Information”, in *Journal of Political Economy*, vol. 69, N° 3, Chicago, 1961.

- TERRE, François *et alii*, *Droit Civil: Les Obligations*, 6ª ed., Paris, Dalloz, 1996.
- VERDA Y BEAMONTE, José Ramón de, “Algunas reflexiones en torno a la excusabilidad y reconocibilidad del error en los contratos”, en *Anuario de Derecho Civil*, vol. 50, N° 3, Madrid, 1997.
- VERDA Y BEAMONTE, José Ramón de, “El dolo in contrahendo”, en *Revista de Derecho Patrimonial*, N° 16, Navarra, 2006.
- WILHELMSSON, Thomas and Christian TWIGG FLESNER, “Precontractual information duties in the *acquis communautaire*”, in *European Review of Contract Law*, vol. 2, Berlín, 2006.