

ERROR, DEBER DE REVELAR INFORMACIÓN Y DERECHO DE CONTRATOS*

Anthony T. Kronman**

El presente artículo constituye un clásico en el ámbito académico norteamericano. En éste, el profesor Kronman aborda la temática del deber de revelar información en el Derecho contractual desde la perspectiva del análisis económico del Derecho, presentándonos una teoría acerca de cuándo resulta eficiente imponer un deber de esta naturaleza y cuándo no.

En ese sentido, la figura conocida como “dolo omisivo” en el sistema jurídico peruano, aparece tratada en este artículo de una manera novedosa para nuestro medio, la cual, esperamos, contribuirá a darnos, a los operadores del Derecho en general, una visión más amplia y precisa que nos permita una mejor comprensión de esta materia.

* El presente artículo fue publicado originalmente en el Journal of Legal Studies 7, 1978, bajo el título “Mistake, Information, Disclosure and the Law of Contracts”. La traducción y publicación se hacen bajo la autorización expresa de Anthony T. Kronman. La traducción fue realizada por Oscar Súmar Albújar, miembro de la Comisión de Contenido de THEMIS, bajo la supervisión de Carlos A. Patrón, ex miembro del Consejo Directivo de THEMIS y Profesor de Derecho Civil Patrimonial en la Pontificia Universidad Católica del Perú y en la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas. Master en Derecho (LL.M.), Yale Law School y Master en Políticas Públicas (M.Sc.), Oxford University.

El autor agradece en el texto original a Gerhard Casper, Richard Epstein, Walter Hellerstein, Thomas Jackson, Edmund Kitch, William Landes, Richard Posner, George Priest y George Stigler por sus generosos comentarios a los borradores tempranos de este trabajo. Asimismo, señala que trabajar en este tema ha sido posible gracias a una beca de la Fundación Charles R. Walgreen.

** Al escribir este artículo Anthony T. Kronman era *Assistant Professor* de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chicago. En la actualidad es *Sterling Professor of Law* y ex Decano (1994-2004) de la Facultad de Derecho de la Universidad de Yale.

“[La mayor parte de los autores del Derecho natural] opinan que la buena fe que debería gobernar el contrato de compraventa sólo requiere que el vendedor presente la cosa vendida tal como es, sin disimular sus defectos, y sin venderla a un precio mayor al que tiene al tiempo de contratación; que no comete injusticia en venderla a este precio, a pesar de que conoce que dicho precio podría ser menor en poco tiempo; que no está obligado a revelar al comprador conocimientos que pueda tener de las circunstancias que podrían producir la disminución del precio; el comprador tendría tanto derecho a demandar que el vendedor comparta este conocimiento como a demandar que le regalase su propiedad...”¹.

INTRODUCCIÓN

Este trabajo intenta explicar una aparente contradicción en el Derecho de contratos. Por un lado, hay muchos casos –generalmente clasificados bajo el rubro de errores unilaterales– en los cuales se sostiene que quien se ha obligado se puede librar de la ejecución de la prestación o del pago de los daños y perjuicios causados cuando ha incurrido en error acerca de algún hecho fáctico importante y éste es conocido (o debió serlo) por la otra parte. Por otro lado, también pueden encontrarse casos en los que, en algunas circunstancias, una de las partes está legitimada para retener información que conoce que la otra parte no tiene. Estos últimos casos típicamente se apoyan sobre la preposición que la parte con mayor información no tiene respecto a la otra un “deber de revelar información”.

No obstante que estas dos líneas de casos emplean diferentes técnicas doctrinales, ambas se dirigen esencialmente a resolver el mismo problema: si una de las partes en un contrato sabe o tiene razones para conocer que la otra parte está en error acerca de algún hecho en particular, ¿tiene la parte que conoce del error el deber de informar a la otra parte acerca del mismo o puede mantener silencio y capitalizar el error de la otra parte? Este trabajo persigue formular una

teoría para explicar por qué en algunos contratos existe este deber y por qué en otros no.

El trabajo se divide en tres partes. En la primera se discute el problema del error unilateral y se ofrece una justificación económica para la regla según la cual quien incurre unilateralmente en error puede librarse de responsabilidad cuando su error es conocido, o debió serlo, por la otra parte. En la segunda parte propongo una distinción entre dos clases de información –la información que es resultado de una búsqueda deliberada y la información que es adquirida casualmente. Argumentaré que el privilegio legal de no revelar información es en efecto un “derecho de propiedad” e intentaré demostrar que cuando este conocimiento especial es el fruto de una búsqueda deliberada, la asignación de un “derecho de propiedad” de esta naturaleza es necesaria a fin de asegurar la producción de información a un nivel socialmente deseable. Luego intentaré demostrar que la distinción entre información adquirida por una búsqueda deliberada y la adquirida casualmente es útil para explicar por qué el deber de revelar información es requerido en algunos casos, pero no en otros.

En la tercera, y última parte del trabajo, retomo brevemente el problema del error unilateral, con el objeto de reconciliar el aparente conflicto entre las dos líneas jurisprudenciales antes descritas. Argumentaré que este aparente conflicto desaparece cuando los casos de error unilateral son vistos desde la perspectiva expuesta en la segunda parte de este trabajo.

I. EL ERROR Y LA ASIGNACIÓN DEL RIESGO

Todos los contratos son celebrados asumiendo una serie de hechos fácticos acerca del mundo. Algunas de esas presunciones son compartidas por las partes en el contrato y otras no. Siempre es posible que un hecho fáctico asumido en particular resulte errado². Desde una perspectiva económica, el riesgo de incurrir en error (sea que una o ambas partes incurran en él) representa un costo³. Este es un costo de las partes

¹ POTHIER, “Traité du Contract de Vente”. Así reseñado en *Laidlaw v. Organ*, 15 U.S. (2 Wheat.) 187-88, note b.

² En un sentido económico estricto, no todos los errores predecibles son equivocaciones. Un individuo podría fallar en predecir correctamente determinado suceso, porque su conocimiento del mundo es incompleto. Sin embargo, a no ser que económicamente le resulte justificado reducir lo poco completo de su conocimiento, adquiriendo nueva información acerca del mundo, sería incorrecto –desde un punto de vista económico– considerar un error predecible de esta naturaleza como una equivocación genuina. Un economista podría definir una equivocación como un error en la predicción, resultado de un estado de incertidumbre que la misma parte equivocada podría aceptar como subsanable a un costo razonable (aumentando su conocimiento del mundo). En el lenguaje ordinario, el término equivocación es usado de una manera más amplia hasta confundirse con el error, en el cual no se habría incurrido, en primer lugar, si el conocimiento del mundo de parte de la persona equivocada, hubiera sido más completo. Uso el término en este sentido ordinario.

³ Tradicionalmente, escritores académicos han sustentado diferentes factores para decidir cuándo la equivocación o error de un oferente debe ser excusado. Lo siguiente ha sido pensado como especialmente importante: 1) la “naturaleza” del error: WILLISTON, Samuel. “A Treatise on the Law of Contracts 13”. Tercera Edición. 1970. § 1544, 1569, 1570 (en adelante citado como WILLISTON); CORBIN, Arthur Linton. “Corbin on Contracts 3”. § 597, 1960 (en adelante citado como CORBIN); “Restatement of Restitution”. § 9, comentario c, § 16, comentario c. 1937; “Restatement of Contracts”. § 502. 1932; 2) la posibilidad de un enriquecimiento indebido si la promesa es forzada: THAYER, James Bradley. “Unilateral Mistake and Unjust Enrichment as a Ground for the Avoidance of Legal Transactions”. En: *Harvard Legal Essays*. 1934. pp. 467-499; PALMER, George E. “Mistake and Unjust Enrichment”. 1962. pp. 8, 53, 96 (en adelante citado como PALMER); 3) la magnitud de las pérdidas potenciales del oferente: SEAVEY, Warren A. “Problems in Restitution”. En: *Oklahoma Law Review* 7. 1954. p. 267; RABIN, Edward H. “A Proposed Black-Letter Rule Concerning Mistaken Assumptions in Bargaining Transactions”. En: *Texas Law Review* 45. 1967. pp. 1288-1291 (en adelante citado como RABIN);

contratantes y de la sociedad en su conjunto dado que la ocurrencia de tal error siempre (potencialmente) aumenta los recursos que deben ser dedicados al proceso de asignación de bienes a aquellos usuarios que más los valoran.

Hay básicamente dos formas mediante las cuales se puede reducir este costo en particular hasta llegar a un nivel óptimo. Primero, una de las partes o ambas pueden adoptar medidas para prevenir la ocurrencia del error. Segundo, en caso que el error no pueda ser prevenido, cualesquiera de las partes (o ambas) puede asegurarse contra el riesgo de su ocurrencia mediante la contratación de un seguro de parte de un asegurador profesional o auto-asegurándose⁴.

En lo sucesivo, me dedicaré exclusivamente al tema relativo a la prevención de los errores. No obstante que esta limitación puede parecer arbitraria, la misma está respaldada en el hecho que la mayoría de los casos de error involucran errores que pueden ser prevenidos a un costo razonable. Cuando un riesgo no puede ser prevenido a un costo razonable –lo cual es cierto respecto a muchos riesgos asociados con lo que el Derecho llama “imposibilidad sobrevenida”– tomar un

seguro es la única manera efectiva de reducir el riesgo (esto explica por qué el concepto de seguro inevitablemente juega un papel más importante en el tratamiento de la imposibilidad que en el del análisis del error)⁵.

La información es el antídoto del error. No obstante que la producción de información es costosa⁶, un individuo puede estar en posición de obtener información relevante a un menor costo que otro. Si las partes en un contrato actúan de maneja racional, ellos pueden minimizar el costo conjunto de un error potencial asignando el riesgo de su ocurrencia a la parte que está en mejor posición para recolectar información a un menor costo (quien pueda obtenerla a un menor costo). Cuando las partes hayan asignado el riesgo –ya sea de manera explícita, o de manera implícita a través de su adhesión a la “costumbre mercantil” y sus anteriores experiencias contractuales– tal asignación debe ser respetada⁷. Cuando no lo hayan hecho –y, en ese caso, se produce un vacío en el contrato⁸– una corte preocupada por la eficiencia económica debería imponer el riesgo en cabeza del mejor recolector de información. Esto es así por razones conocidas: asignando el riesgo de esta manera, una corte

4) la dificultad de compensar al oferente por cualquier costo que haya incurrido por confiar en la promesa: “American Law Reports 59”. *Annotations*. 1929. p. 89; RABIN. Op. cit., p. 1299; y 5) la distribución –a una parte o a la otra– de los riesgos de un error: RABIN. Op. cit., pp. 1292-1294; POSNER, Richard A. “Economic Analysis of Law”. Segunda Edición. 1977. pp. 73-74 (en adelante citado como POSNER).

Se ha asumido, usualmente, que a cada uno de estos factores se le debería otorgar un peso no precisado para decidir cuándo excusar a un ofertado que yerra. RABIN. Op. cit. p. 1275. Tratados recientes sobre el error ponen énfasis en la importancia de determinar cuál de las partes debe llevar la carga del error en cuestión. La tendencia a poner énfasis en la distribución del riesgo es bastante aparente, por ejemplo, en la parte propuesta sobre el error en el “Restatement (Second) of Contracts”. § 294-296 y Nota Introductoria (Borrador Tentativo 10). 1975.

La idea de que la ley usualmente realiza funciones de asignación del riesgo no es nueva. Ver PATTERSON, Edwin W. “The Apportionment of Bussines Risks Through Legal Devices”. En: *Columbia Law Review* 24. 1924. p. 335. Empero, una sofisticada literatura sobre la materia ha enriquecido nuestro conocimiento sobre el concepto de riesgo y ha refinado su uso como herramienta analítica. Ver, por ejemplo, a POSNER, Richard y Andrew M. ROSENFELD. “Impossibility and Related Doctrines in Contract Law: An Economic Analysis”. En: *Journal of Legal Studies* 6. 1977. p. 83; ASHLEY, Stephen S. “The Economic Implications of the Doctrine of Impossibility”. En: *Hastings Law Journal* 26. 1975. p. 1251; JOSKOW, Paul L. “Commercial Impossibility, The Uranium Market and the Westinghouse Case”. En: *Journal of Legal Studies* 6. 1977. p. 119; POSNER. Op. cit., pp. 73-74; BROWN, John P. “Product Liability: The Case of an Asset with Random Life”. En: *American Economic Review* 64. 1974. p. 149; SCHWARTZ, Alan. “Sales Law and Inflation”. En: *Southern California Law Review* 50. 1966. p. 1; ARROW, Kenneth J. “Insurance, Risk and Resource Allocation, in Theory of Risk-Bearing”. 1971. Un viejo, pero útil libro es el de HARDY, Charles O. “Risk and Risk-Bearing”. 1923.

Hasta ahora nadie ha empleado la idea de la asignación del riesgo para dar cuenta sistemática de la ley del error como un todo. POSNER y ROSENFELD, sin embargo, ofrecen tal enfoque en el problema, muy relacionado, sobre la imposibilidad y la frustración. La teoría del error basada en la noción de la asignación del riesgo podría ser fácilmente construida partiendo de lo que ya se ha dicho sobre estas materias relacionadas.

Desde que descansa sobre el principio de eficiencia y se ha inspirado en los trabajos de académicos escribiendo sobre lo que se ha dado en llamar campo del “análisis económico del Derecho”, yo suelo caracterizar el punto de vista adoptado en este trabajo como el punto de vista “económico”. La teoría económica de la ley en general y del Derecho de contratos en particular abarca mucho más que de la noción de la distribución del riesgo. Ver, por ejemplo, POSNER. Op. cit. pp. 65-69, y POSNER, Richard A. “Gratuitous Promises in Economics and Law”. En: *Journal of Legal Studies* 6. 1977. p. 411.

⁴ POSNER. Nota 2 *supra*. pp. 74-79; POSNER, Richard y Andrew M. ROSENFELD. Nota 2 *supra*.

⁵ Muchos de los eventos que constituyen imposibilidades sobrevinientes no pueden ser prevenidos a un costo razonable por cualquiera de las partes contratantes. Por ejemplo, es imposible prevenir el estallido de una guerra (*Paradine v. Jane*, 82 Eng. Rep. 897 (K.B. 1647), *Société Franco Tunisienne d'Armement v. Sidermar S.P.A.* [1961] 2 Q. B. 278), una cosecha arruinada (*Howell v. Coupland*, (1874) 9 Q. B. 462, *Anderson v. May*, 50 Minn. 280, 52 N.W. 530 (1892)), el establecimiento de una regulación gubernamental (*Lloyd v. Murphy*, 25 Cal. 2d 48, 153 P. 2D 48, 153 p.2d 47 (1944)) o la cancelación de una ceremonia de coronación (*Krell v. Henry*, [1903] 2 K.B. 740 (C.A.)). Cuando no se puede prevenir la ocurrencia de un evento, los riesgos de su producción sólo pueden ser efectivamente reducidos a través de un seguro. Esta es la principal razón del por qué el seguro juega un papel más importante en los casos de imposibilidad que el que logra cuando se trata del error. POSNER, Richard y Andrew M. ROSENFELD. Nota 2 *supra*. p. 91.

⁶ STIGLER, George J. “The Economics of Information”. En: *Journal of Political Economy* 9. 1961. p. 213. Reimpreso en *The Organization of Industry* 171. 1968.

⁷ Para una discusión sobre los modos en que las costumbres comerciales afectan la distribución del riesgo, ver BERMAN, Harold J. “Excuse for Nonperformance in the Light of Contract Practices in International Trade”. En: *Columbia Law Review* 63. 1963. p. 1413, y “Note, Custom and Trade Usages: Its Application to Commercial Dealings and the Common Law”. En: *Columbia Law Review* 55. 1955. p. 1192.

⁸ Si tal vacío existe dependerá de las intenciones de las partes tal y como se reconstruyen durante el proceso de interpretación judicial. El hecho que un contrato no cubra un aspecto específico no significa que las partes hayan omitido alcanzar un entendimiento sobre el tema en cuestión. Sólo si ese entendimiento no existe podría decirse que el contrato contiene un vacío o laguna. Los problemas de difícil interpretación que están envueltos en la identificación y luego la subsanación de tales vacíos son explorados en dos artículos del Profesor Farnsworth. Ver FARNSWORTH, Allan. “Meaning in the Law of Contracts”. En: *Yale Law Journal* 76. 1967. p. 939, y “Disputes Over Omissions in Contracts”. En: *Columbia Law Review* 68. 1968. p. 860.

preocupada por la eficiencia reduce los costos de transacción del proceso contractual mismo⁹.

La distinción doctrinal más importante respecto a las normas relativas al error es la del error "mutuo" y del "unilateral". Tradicionalmente, las cortes han sido más reticentes para eximir a un oferente equivocado cuando él es el único que ha incurrido en error que en casos en que la otra parte ha incurrido en error respecto al mismo hecho¹⁰. Pese a que el dispendio del error bilateral ha sido liberalizado el último medio siglo¹¹ (a tal punto que algunos comentaristas han cuestionado la utilidad de la distinción entre errores unilaterales y mutuos y unos cuantos de ellos hasta reclaman su abolición¹²), aún es un principio no cuestionado el que sea menos probable que se le dispense de su obligación al oferente cuyo error no es compartido por la otra parte que al oferente cuyo error resulte ser mutuo¹³.

Visto de manera amplia, la distinción entre error unilateral y mutuo tiene sentido desde un punto de vista económico. Cuando ambas partes de un contrato incurren en error acerca de un mismo hecho o estado de las cosas, decidir cuál de ellos pudo haber estado en mejor posición para prevenir el error puede requerir una detallada investigación concerniente a la naturaleza del error y el rol (económico) o posición de cada una de las partes involucradas¹⁴. Sin embargo, cuando sólo una de las partes ha incurrido en error, es razonable asumir que ésta está en mejor posición que la otra para prevenir su propio error. Como veremos, esto no es cierto en todos los casos, pero nos provee de un útil punto de partida para el análisis y nos ayuda a explicar las diferencias generales entre el error mutuo y el unilateral.

El caso *Bowser v. Hamilton Glass Co.*¹⁵ nos provee de un ejemplo simple. En *Bowser*, el demandante era un contratista trabajando en un proyecto gubernamental. Él solicitó ofertas de subcontratistas para la producción, entre otras cosas, de "variados lentes reflectores". En respuesta a esta solicitud, el demandado presentó una oferta de 1400 lentes a 22 dólares cada uno. El demandante envió al demandado una "orden de compra" formal, que constituyó su oferta para celebrar

un contrato obligatorio. Las especificaciones relativas al contrato y los planos fueron adjuntadas a la orden de compra. El demandado acusó recibo de la orden de compra y produjo los lentes. Al conocer que los lentes acabados no estaban conforme a las especificaciones contractuales, el demandado informó al demandante que "cancelaría" el acuerdo. El demandante obtuvo los lentes de otro fabricante y demandó con el objeto de recobrar la diferencia entre lo que eventualmente tuvo que pagar por los lentes y lo que había acordado pagar al demandado. El demandado afirmó que había incurrido en error respecto a la naturaleza de los bienes a ser producidos. La corte, fallando a favor del demandante, dijo que el error del demandante no justificaba ser dispensado, estableciendo que el error unilateral únicamente liberará de la obligación cuando es conocido por la otra parte.

Claramente, el resultado del caso *Bowser* tiene sentido en términos económicos. El demandado estaba en la mejor posición para tomar precauciones contra su propio error siendo cuidadoso al leer las especificaciones y examinar los planos. No obstante que el demandante pudo prevenir el error, sea adquiriendo él mismo la habilidad necesaria para producir los bienes, sea supervisando desde un principio la correcta lectura de la propuesta por parte del demandado y periódicamente supervisando para asegurarse que los bienes producidos estén acordes a las especificaciones del contrato, ello hubiera sido demasiado costoso para él. El costo conjunto de un error de esta naturaleza es minimizado asignando el riesgo del error a la parte que incurre en él. Esta es la solución a la que las propias partes hubieran llegado si el riesgo hubiese sido conocido al momento de celebrar el contrato. Ésta es también la solución óptima desde un punto de vista social.

En el pasado, siempre se argumentó que, fuera de los casos de fraude o engaño, un error unilateral nunca justificaba liberar a la parte que haya incurrido en él de su obligación de ejecutar la prestación o pagar los daños¹⁶. Esa, ciertamente, ya no es la norma legal, y Corbin ha demostrado que probablemente nunca la fue¹⁷. Una excepción arraigada protege al oferente

⁹ POSNER. Nota 2 *supra*. pp. 74-79; POSNER, Richard y Andrew M. ROSENFELD. Nota 2 *supra*. pp. 88-89.

¹⁰ "Restatement (Second) of Contracts". 1975. § 295, comentario A (Borrador Tentativo 10).

¹¹ *Ibidem*.

¹² CORBIN. Nota 2 *supra*. p. 608; PALMER. Nota 2 *supra*. pp. 67, 96-98; RABIN, Nota 2 *supra*. pp. 1277-1279.

¹³ A pesar de liberalizar la exigencia del error unilateral, el "Restatement (Second) of Contracts" conserva la distinción básica en doctrina entre error unilateral y error mutuo, y logra que la exigencia esté menos al alcance del primero que del segundo. Sobre el particular, compare el "Restatement (Second) of Contracts". 1975. §§ 294-295 (Borrador Tentativo 10) con el "Restatement of Contracts". 1932. §§ 502-503.

¹⁴ Las discusiones del Profesor Posner respecto a *Sherwood v. Walker* ilustran este punto. Ver POSNER. Nota 2 *supra*.

¹⁵ 207 F. 2d 341 (7th Cir. 1953).

¹⁶ CORBIN, Nota 2 *supra*. § 608; "Restatement of Contracts". 1932. § 503.

¹⁷ CORBIN. Nota 2 *supra*. § 608. "Son muy comunes las afirmaciones, en textos y en opiniones de las Cortes Legales, en el sentido que la liberación de responsabilidad no se dará sobre la base del error a menos que el error sea "mutuo". Una generalización así de gruesa no es verdadera. Raras veces es acompañada sea por una definición o un análisis. Los casos no siempre se presentan como pertenecientes a una clase, sea ésta la del "error mutuo" o la del "error unilateral". Y aun cuando eso suceda, las soluciones no siguen mecánicamente reglas distintas para cada caso. Muy pocas veces la liberación ha sido o será garantizada ahí donde el error es unilateral".

unilateralmente equivocado cuyo error es conocido o razonablemente debió serlo por la otra parte¹⁸. La dispensa tradicionalmente ha sido posible en este caso aun cuando el error del oferente no sea compartido por la otra parte en el contrato.

Por ejemplo, si un postor presenta una oferta que contiene un error de transcripción o de cálculo, y el error es evidente a la luz del contenido de la oferta o pudo ser razonablemente inferido por la discrepancia entre ésta y otras ofertas, típicamente se le permitirá al postor retractarse de la oferta sin tener que pagar daños (incluso después de que la propuesta haya sido aceptada por la otra parte y, en algunos casos, cuando haya generado confianza en la otra parte)¹⁹. Igualmente, por dar otro ejemplo, supongamos que *A* presenta una propuesta de contrato por escrito dirigida a *B* y conoce que *B* no ha leído bien el documento. Si *B* acepta la propuesta de contrato, luego de descubrir su error, él podrá liberarse de la obligación a su cargo y no tendrá el deber de compensar a *A* por sus expectativas defraudadas²⁰. Una situación muy cercana involucra una oferta que es “muy buena para ser cierta”. Uno recibe una oferta tal que no se puede “dejar pasar”; si ese es el caso, el oferente puede retirar la oferta pese a que ésta haya sido aceptada²¹.

En cada uno de los casos que acabamos de describir, una de las partes ha incurrido en error y la otra conoce o tiene razones para conocer de dicho error. La parte que incurre en error en cada uno de los casos es eximida de sus obligaciones contractuales frente a la parte que conocía el error.

Una regla de esta naturaleza resulta ser sensata. Si bien es cierto que en los casos descritos es probable

que la parte que ha incurrido en error haya estado en la mejor posición para prevenir el error desde un primer momento (sea ejerciendo cuidado preparando su oferta o al leer el contrato propuesto que ha sido sometido para su evaluación), la otra parte puede evitar el error a menor costo en el ínterin entre el momento en que éste ocurre y la celebración del contrato. En un momento determinado, la parte que incurre en error está en mejor posición para prevenir el error (para recopilar información). En un momento subsiguiente, sin embargo, la otra parte puede estar en mejor posición para prevenirlo debido a su acceso superior a información relevante que puede revelar el error y, por tanto, permitir su corrección. Esto puede ser así, por ejemplo, si tiene otras ofertas para compararlas con la errada, dado que esto le proveerá de información de la que el mismo postor carece²². Por supuesto, si el error es tal que no podría ser razonablemente conocido por la parte que no ha incurrido en él (esto es, si él hubiese tenido que incurrir en costos sustanciales para descubrir el error), no hay razón para asumir que la parte que no ha incurrido en error se encuentra en la mejor posición (la más eficiente) para prevenir el daño al momento de la celebración del contrato. Sin embargo, si el error es conocido o pudo serlo a un costo reducido, el principio de eficiencia es mejor asistido por una regla de responsabilidad compuesta que impone responsabilidad inicial por el error a la parte que ha incurrido en él, pero se la traslada a la otra parte si ésta conocía el error o tenía motivos para hacerlo. Este tipo de reglas de responsabilidad compuesta son conocidas en otras áreas del Derecho: la doctrina de la responsabilidad extracontractual de “la última clara oportunidad” es un ejemplo²³.

¹⁸ CORBIN. Nota 2 *supra*. § 610; LUBELL, Benedict I. “Unilateral Palpable and Impalpable Mistake in Construction Contracts”. En: Minnesota Law Review 16. 1932. p. 137 (en adelante citado como LUBELL); RABIN. Nota 2 *supra*. pp. 1279-1281.

¹⁹ “Supongamos, primero, un caso en el cual un constructor de obra por licitación hace una oferta para suministrar determinados bienes o para realizar ciertas obras por un precio fijo, fijando el precio indebidamente por un error de computación. Si, antes de aceptar, quien recibe la oferta conoce, o tiene razones para conocer, que un error material se ha producido, él, generalmente, no tendrá una conducta artera para aceptar; pero, si acepta, las Cortes de Justicia no tendrán dificultades para despojarlo de lo obtenido. A él no se le permite “auparse” a esa oferta y enriquecerse indebidamente. CORBIN. Nota 2 *supra*. § 609. Para un caso en el que al constructor de obra por licitación se le permitió retirar la oferta a pesar de la aceptación y confianza de la parte que recibió la oferta, ver *Union Tank Car Co. v. Wheat Brothers*, 15 Utah 2d 101, 387 P. 2d 1000 (1964).

Sería irracional, desde un punto de vista económico, permitir que la parte que conoce (o tiene razones para conocer) del error obligue a la otra parte a mantener su aceptación bajo el pretexto de haber actuado en base a la confianza. Una regla de esta clase alentaría la confianza justamente donde debe ser desalentada.

Si la parte que no ha caído en el error *no tiene razones para conocer* del error, sin embargo, su confianza determinará la reparación por daños a que sea acreedor. Si ha confiado substancialmente en la oferta de la parte bajo error, la parte que no está en el error tendrá usualmente el derecho a forzar el cumplimiento del contrato (demandando para recuperar sus expectativas perdidas). Si, de otro lado, la parte que no está en error no depende, por la confianza depositada, de la aceptación, antes de que el error sea descubierto, él compensará a la parte por gastos efectuados (como los de realizar una nueva convocatoria).

²⁰ CORBIN. Nota 2 *supra*. § 607; WILLISTON. Nota 2 *supra*. § 1577. Ver también, “Restatement of Contracts”. 1932. § 505, Comentario A (negociar con los derechos de la parte en error de reformar el contrato).

²¹ WILLISTON. Nota 2 *supra*. § 94. Ver *Bell v. Carrol*, 212 Ky. 231, 278 S.W. 541 (1925), *German Fruit Co. v. Western Union Tel Co.*, 137 Cal. 598, 70 P. 658 (1902), *United States v. Braunstein*, 75 F. Supp. 137 (S.D.N.Y. 1947).

²² Ver LUBELL. Nota 17 *supra*. pp. 147-154.

²³ Ver POSNER, Richad A. “A Theory of Negligence”. En: Journal of Legal Studies. 1972. pp. 29-58; GREGORY, Charles O., KALVEN, Harry Jr. y Richard A. EPSTEIN. “Cases and Materials on Torts”. Tercera Edición. 1977. pp. 400-406. Podría argumentarse que una regla de responsabilidad compuesta de esta clase alentaría a la parte en error a reducir sus inversiones iniciales en la prevención de errores. Esto podría ser cierto sólo hasta cierto punto. Sin embargo, desde que la parte (potencialmente) en error no tiene forma de conocer si los posibles errores que cometa serán conocidos o posibles de ser conocidos por la otra parte, ella toma riesgos substanciales al reducir los niveles de sus propios esfuerzos para prevenir errores. A riesgo más grande, más pequeña deberá ser la reducción. Para una discusión más global sobre cómo las reglas de responsabilidad afectan la conducta individual y la prevención de accidentes en el contexto de una actividad individual, ver DIAMOND, Peter. “Single Activity Accidents”. En: Journal of Legal Studies 3. 1974. p. 107.

Los casos en los que se exige al oferente que unilateralmente incurra en error sobre la base de que su error es conocido o pudo ser razonablemente conocido por la otra parte, parecen, sin embargo, entrar en conflicto con otro tipo de casos. Estos casos tratan con los problemas relativos al fraude y al deber de revelar información: si una de las partes en el contrato conoce que la otra ha incurrido en error respecto a algún hecho material, ¿es fraudulento que la parte con conocimiento no revele la existencia del error y puede la otra parte liberarse del contrato arguyendo que se le debía revelar información?²⁴ Esta pregunta no siempre es respondida de la misma forma. En algunos casos, las cortes típicamente consideran que existe un deber de información y en otros no²⁵. Es este último grupo de casos –aquellos en donde no se requiere revelar información– el que parece entrar en conflicto con la regla según la cual el error unilateral libera de la obligación si la otra parte conoce o tiene razones para conocer de su existencia.

En los casos en los que no se requiera revelar información, una parte incurre en error y la otra lo conoce o tiene razones para conocerlo. ¿Pueden estos casos ser reconciliados con aquellos que sostienen el principio de que el error unilateral conocido o que puede ser conocido liberarán a la parte que ha incurrido en él? Específicamente, ¿puede esta aparente divergencia entre estos dos tipos de casos ser explicada en términos económicos?

El resto de este trabajo está dedicado a responder estas dos preguntas. En resumen, la respuesta que propongo es la que sigue. Cuando se permite no revelar información (o dicho de otro modo, cuando los derechos contractuales de la parte con conocimiento son hechos valer pese a su omisión de revelar un error conocido), el conocimiento involucrado es típicamente el producto de una búsqueda costosa. Una regla que permita no revelar la información es la única manera efectiva de incentivar la inversión en la producción de tal conocimiento. Por contraste, en los casos en que se requiere revelar información²⁶, y aquellos en los que

se libera al oferente que ha incurrido unilateralmente en error porque la otra parte lo conocía o tenía razones para conocerlo, la información especial con la que cuenta la parte que conoce el error usualmente no es el resultado de una búsqueda deliberada. A pesar de que la información de esta naturaleza también es socialmente útil, el deber de revelar esta información no causará una reducción significativa de la cantidad de información de esta naturaleza que es actualmente producida. Si uno toma en cuenta los costos de las inversiones incurridas para la producción deliberada de información, los dos tipos de casos aparentemente divergentes antes descritos pueden ser entendidos (a *grosso modo*) como parte del principio de eficiencia, que exige que el riesgo de un error unilateral sea puesto en quien lo pueda prevenir de manera más efectiva.

II. LA PRODUCCIÓN DE INFORMACIÓN Y EL DEBER DE REVELAR INFORMACIÓN

A. Consideraciones generales

Es apropiado comenzar la discusión acerca del fraude y la omisión de revelar información en el Derecho de contratos con el célebre caso de *Laidlaw v. Organ*²⁷. Organ era un comerciante a comisión en Nueva Orleans involucrado en la compra y venta de tabaco. Temprano en la mañana del 19 de febrero de 1815, Organ fue informado por el señor Shephard que un tratado de paz había sido suscrito por los oficiales americanos y británicos en Ghent, poniendo fin formalmente a la Guerra de 1812. El señor Shephard (quien estaba, él mismo, interesado en las ganancias de la transacción materia de *Laidlaw v. Organ*) había obtenido información reservada acerca del tratado de su hermano quien, junto con otros dos caballeros, trajo la noticia de la flota británica (qué hacían el hermano de Shephard y sus compañeros con la flota británica no es información conocida).

El tratado fue hecho de conocimiento público a través de un panfleto distribuido alrededor de las ocho de la mañana del día diecinueve. Sin embargo, antes que la

²⁴ A pesar de que los casos que exigen no revelar información son a menudo discutidos en conexión con el problema de los errores unilaterales, la relación entre la doctrina que no obliga a revelar información y la doctrina del error ha intrigado a los comentaristas. Así, en un artículo clásico un comentarista escribe: "Un caso de cierta dificultad se presenta cuando el error unilateral es conocido por la otra parte y ella ayuda en la formación del contrato sin haber corregido el error. La cuestión sobre qué tanto está obligada a revelar la información sobre su conocimiento superior está determinada por principios de la ley y no por aquellos bajo discusión [esto es, los principios del error], y cuando existe la obligación de revelar información y no la respetamos, estamos generalmente ante un caso de fraude". FOULKE, Roland R. "Mistake in the Formation and Performance of a Contract". En: *Columbia Law Review* 11. 1911. p. 229. Ver también a RABIN. Nota 2 *supra*. p. 1279; PALMER. Nota 2 *supra*. pp. 80-89.

²⁵ WILLISTON. Nota 2 *supra*. §§ 1497-1499. Ver las notas 49-76 *infra*.

²⁶ A pesar de que a través de este trabajo he usado la expresión "obligación de revelar información", la obligación envuelta es, típicamente, no una verdadera obligación legal. Si la parte dueña del conocimiento no revela información sobre el error incurrido por la contraparte, su actitud negativa dará lugar a que la parte en error tenga piso en que apoyarse para anular cualquier contrato que haya sido concluido entre las partes. En la ausencia de un contrato de esa naturaleza, la parte con el conocimiento no está obligada a revelar información –esto es, el hecho de no revelar información no facultará a la parte en error para demandar por los daños causados. Por supuesto, en algunos casos, cuando se presenta una relación de confianza, una obligación positiva de esta naturaleza existirá. Cuando esto ocurre, la reticencia a revelar información no es solamente una defensa a la demanda de la parte conocedora para imponer a la otra las obligaciones contractuales; también provee a la parte en error de una causa independiente de acción por daños.

²⁷ *Laidlaw v. Organ*, 15 U.S. (2 *Wheat.*) 178.

existencia del tratado fuese publicitada (“poco después de la salida del sol”, de acuerdo al reporte del caso), Organ, conociendo acerca del tratado, buscó a un representante de la firma Laidlaw y celebró un contrato para la compra de 111 barriles de tabaco. Antes de aceptar vender el tabaco, el representante de Laidlaw “preguntó si existía alguna noticia a ser tomada en cuenta para calcular el precio del artículo que iba a ser adquirido”. No es claro cuál fue la respuesta de Organ, si la hubo, ante esta interrogante²⁸.

Como resultado de la publicación de la noticia acerca del tratado –que ponía fin al bloqueo naval de Nueva Orleans– el precio de mercado del tabaco rápidamente se incrementó entre 30 a 50 por ciento. Laidlaw se rehusó a entregar el tabaco en los términos originalmente ofrecidos. Organ, subsecuentemente, demandó para que se le resarzan los daños e impedir que Laidlaw disponga de los bienes materia de controversia. No obstante que el reporte del caso es poco claro, aparece que el juez del caso falló a favor de Organ. El caso fue apelado ante la Corte Suprema de los Estados Unidos quien, en una decisión del Presidente de la Corte, Marshall, “devolvió” el caso con instrucciones para que se efectúe un nuevo juicio. La Corte concluyó que la pregunta “acerca de si el comprador ejerció alguna imposición en el vendedor debió ser sometida al jurado” y como resultado “el íntegro de la instrucción dada por el juez fue errada”. La opinión de Marshall es más famosa, sin embargo, por su fundamento que por su fallo:

“La pregunta en este caso es si la información acerca de circunstancias extrínsecas que podían influir en el precio del bien y que era exclusivamente de conocimiento del comprador, debió ser comunicada

por éste al vendedor. La Corte es de la opinión de que él no estaba obligado a comunicarla. Resultaría difícil delimitar adecuadamente una doctrina contraria, cuando los medios de información son igualmente accesibles para ambas partes. Sin embargo, al mismo tiempo, cada una de las partes debe cuidar no decir o hacer algo que le permita obtener una ventaja indebida sobre la otra”.

A pesar que la fundamentación de Marshall en *Laidlaw v. Organ* ha sido fuertemente criticada²⁹, aún es generalmente considerada una precisa declaración de la ley (cuando es bien interpretada)³⁰. La regla general que Marshall avoca usualmente ha sido justificada sobre la base de tres consideraciones relacionadas entre sí: se dice que es conforme a las legítimas expectativas de los comerciantes y, por tanto, refleja la (dura) moralidad del mercado³¹; que en un contrato para la venta de bienes cada una de las partes asume el riesgo de que su propia valorización de los bienes involucrados puede ser errada³²; o, finalmente, que recompensa con justicia la inteligencia y la habilidad de la parte con el conocimiento especial (en este caso, el comprador)³³. Esta última idea puede ser explicada de la siguiente manera.

Las noticias del tratado de Ghent afectaban el precio del tabaco en Nueva Orleans. El precio mide el valor relativo de los bienes: información concerniente al tratado revelaba un nuevo estado de cosas en el que el valor del tabaco –comparado a otros bienes y, en particular, a los sustitutos del tabaco– se había alterado³⁴. Es altamente probable que una alteración de esta naturaleza afecte la asignación de los recursos sociales³⁵. Si aumenta el precio del tabaco para los proveedores, por ejemplo, los agricultores tendrán

²⁸ Si Organ hubiese negado que él había escuchado noticias de esta especie, hubiese cometido fraude. Esto pareciera ser, a la luz de la pregunta directa de Laidlaw, que el silencio de parte de Organ fue fraudulento. STORY, William W. “A Treatise on the Law of Contracts”. Segunda Edición. 1847. p. 444. En mi discusión de este caso, y teniendo en cuenta la regla general que sentó Marshall en su famoso fallo, yo he puesto fuera de lugar cualquier postura fraudulenta de parte de Organ. Ver nota 49 *infra*.

²⁹ Ver, por ejemplo, PALMER. Nota 2 *supra*. p. 84.

³⁰ WILLISTON. Nota 2 *supra*. § 1497; “Restatement of Contracts”. 1932. § 472, Comentario B; RABIN. Nota 2 *supra*. p. 1279; KEETON, W. Page. “Fraud-Concealment and Non-Disclosure”. En: Texas Law Review 15. 1936. pp. 21-23 (en adelante citado como KEETON); PATTERSON, Edwin W. “Essentials of Insurance Law”. 1957. p. 447.

³¹ Pronunciamientos clásicos de esta idea pueden ser encontrados en STORY, William W. Nota 27 *supra*. pp. 442-443; y KENT, James. “Commentaries 2”. Décimo segunda edición. 1873. §§ 484-485.

³² “Si en una transacción negociada de poca monta A ha asumido los riesgos con respecto a la existencia o falta de ella de ciertos hechos, y cae en error con respecto a tales hechos, sin haber existido fraude o imposición, A no podrá rescindir el contrato, sin tomar en cuenta el conocimiento de B del error incurrido por A” (*Laidlaw v. Organ*, 15 U.S. (2 Wheat.) 178 (1817)). RABI. Nota 2 *supra*. p. 1279.

³³ En su excelente artículo de revisión de la ley sobre fraude y el no revelar información, el Profesor Keeton llama la atención sobre el hecho de que las Cortes de Justicia, al decidir cuando imponer la obligación de revelar información especial, han sido influenciadas por los modos en que dicha información ha sido adquirida. En cierto momento, por ejemplo, él precisa que: “la forma en que el comprador adquiere la información que le oculta al vendedor debería ser una circunstancia material. La información podría haber sido adquirida como resultado de la suma de conocimiento superior, inteligencia, habilidad o juicio técnico; podría haber sido adquirida por mera casualidad; o podría haber sido adquirida por medio de acciones de dudosa calidad de su parte”. KEETON. Nota 29 *supra*. p. 25. El propósito mayor del presente artículo es desarrollar la distinción entre las diferentes clases de información de una forma más rigurosa, para justificar la distinción sobre bases económicas, y demostrar su poder de explicación como principio para ordenar los casos en que se revele información.

³⁴ Ver HIRSHLEIFER, Jack. “The Private and Social Value of Information and Reward to Inventive Activity”. En: American Economic Review 61. 1977. p. 561 (en adelante citado como HIRSHLEIFER).

³⁵ Esto no sería verdadero en un régimen de “intercambio puro”, esto es, en un régimen en el que los bienes sólo son intercambiados y no producidos (manteniendo constante el stock de bienes intercambiables). En “el régimen más realista en el cual la producción y el intercambio, ambos, tienen lugar”, sin embargo, información de esta naturaleza involucrada en el caso *Laidlaw v. Organ* tendrá consecuencias distributivas. HIRSHLEIFER. Nota 33 *supra*. pp. 566-567.

incentivos para plantar una mayor cantidad de tabaco y los comerciantes de tabaco pueden estar dispuestos a pagar más para transportar sus bienes hacia y desde el mercado. De esta manera, la proporción de los recursos (limitados) de la sociedad destinados a la producción y transporte de tabaco se incrementará. La información que revela un cambio en las circunstancias que altera el valor relativo de un bien en particular siempre tendrá algún (quizás inconmensurable) impacto en su asignación (adicionalmente, por supuesto, información de esta naturaleza tendrá consecuencias distributivas: los dueños de tabaco o de derechos sobre él resultarán relativamente más ricos luego del incremento del precio del tabaco, asumiendo que los otros precios no han incrementado o no lo han hecho con tanta rapidez).

Desde un punto de vista social, es deseable que la información que revela un cambio en las circunstancias que afectan el valor relativo de los bienes llegue al mercado lo antes posible (o dicho de otro modo, que el lapso entre el momento del cambio en sí mismo y el de su comprensión y valuación sea minimizado)³⁶. Si un agricultor que hubiese plantado tabaco de haber conocido el cambio, decidiera en su lugar plantar maní, ahora tendrá que decidir entre cosechar prematuramente un cultivo y sustituirlo por otro (lo cual podría ser prohibitivamente caro o, en todo caso, costoso), o dedicar su tierra a un uso no óptimo. En cualquier caso, tanto para el agricultor individualmente considerado como para la sociedad en su conjunto, esta situación es aun peor a la de si él hubiese plantado tabaco desde el principio. Mientras más pronto llegue la información acerca del cambio al agricultor, menor será la probabilidad de que recursos sociales sean desperdiciados.

Consideremos otro (quizá más realista) ejemplo del mismo punto. *A* es el dueño de un barco que normalmente transporta bienes entre Nueva Orleans y varios otros puertos. Sin embargo, debido al bloqueo naval, le es imposible ingresar en la bahía de Nueva Orleans. En algún momento después de la firma del

tratado, pero antes de que su existencia sea publicitada, *A* celebra un contrato para transportar algodón desde Savannah hasta Nueva York. Después de que la noticia del tratado llega a Nueva Orleans, un comerciante de tabaco de esta ciudad le ofrece a *A* un “bono” si acepta transportar un cargamento de tabaco a Baltimore. Si asumimos que la oferta es suficientemente atractiva para inducir a *A* a incumplir su primer contrato y resarcir los daños resultantes³⁷, a pesar de que su embarcación va a estar correctamente asignada a quien más la valora, el costo de asignar la embarcación resultará mayor al que hubiese resultado si la información del tratado hubiese llegado a *A* antes de que éste celebre el primer contrato. *A* consumirá recursos para negociar su salida del primer contrato; desde un punto de vista social, este consumo representa una pérdida pura.

La eficiencia en la asignación de recursos es promovida haciendo llegar información acerca del cambio en las circunstancias al mercado lo más rápido posible. Por supuesto, la información simplemente no “llega” al mercado. Como todo lo demás, la información es suministrada por individuos (ya sea directamente al ser publicitada, o indirectamente, cuando es inferida de las señales del comportamiento individual de un agente del mercado).

Algunas veces, los individuos que suministran la información la han obtenido mediante una búsqueda deliberada; en otros casos, la información ha sido adquirida casualmente³⁸. Un analista de valores, por ejemplo, adquiere información acerca de una compañía en particular de modo deliberado –estudiando cuidadosamente evidencia acerca de su desempeño económico. Por el contrario, un hombre de negocios que “sobre escucha” una conversación a bordo de un autobús, adquiere la información casualmente³⁹.

Como lo hemos usado en este trabajo, el término “información adquirida deliberadamente” significa información cuya adquisición implica costos en los que no se hubiera incurrido si no fuera por la probabilidad de que la información en cuestión realmente será

³⁶ “Obtener una ventaja desde un mejor conocimiento o facilidad de comunicación o de transporte es considerado algunas veces como casi deshonesto, a pesar de ser casi tan importante que la sociedad haga uso de las mejores oportunidades al respecto como de usar los últimos descubrimientos científicos. Este prejuicio ha afectado de una manera considerable la actitud hacia el comercio en general comparado con la inclinación a la producción. Incluso economistas que se consideran asimismo por encima de las crudas falacias materialistas del pasado cometen el mismo error cuando las actividades dirigidas a la adquisición de este conocimiento práctico deben tomarse en cuenta –aparentemente porque en su esquema de las cosas todo este conocimiento es considerado o supuesto como “dado”. La idea común ahora parece ser que dicho conocimiento debería estar fácilmente al alcance de cualquiera, y los reproches sobre irracionalidad que se etiquetan contra el actual orden económico son frecuentemente basados en el hecho que éste no es fácilmente obtenible. Este punto de vista no observa el hecho que el método por el cual tal conocimiento puede ser lo más difundido posible es precisamente el problema para el cual tenemos que encontrar una respuesta”. HAYEK, F.A. “The Use of Knowledge in Society”. En: *American Economic Review* 35. 1945. p. 522.

³⁷ Lo que sería si la nueva oferta es por un monto más grande que en el contrato original o antiguo sumado a cualquier daño que *A* tendría que pagar a *B* por rompimiento de su promesa original de cargar el algodón de *B* a Nueva York. Ver BARTON, John H. “The Economic Basis of Damages of Breach of Contract”. En: *Journal of Legal Studies* 1. 1972. p. 277. POSNER. Nota 2 *supra*. pp. 88-93.

³⁸ Compare la distinción entre rescatadores “profesionales” y “altruistas” trazada por LANDES, William M. y Richard A. POSNER. “Salvors, Finders, Good Samaritans, and Other Rescuers: An Economic Study of Law and Altruism”. En: *Journal of Legal Studies*. 1978. p. 83. Los costos de buscar información son analizados en STIGLER, George J. “The Economics of Information in the Organization of Industry”. 1968.

³⁹ A menos que, por supuesto, él conduzca ómnibus para este mismo propósito. En este caso improbable, él adquirirá su información deliberadamente.

producida. Estos costos incluyen, por supuesto, no sólo los costos directos de la búsqueda (el costo de examinar los reportes anuales de una empresa), sino también los costos de desarrollar la habilidad inicial (por ejemplo, el costo de asistir a una escuela de negocios). Si el costo incurrido para obtener la información (el costo del boleto del autobús en el segundo ejemplo) hubiera sido incurrido en cualquier caso—esto es, sea o no que la información iba a ser obtenida— podríamos decir que la información ha sido adquirida casualmente. La distinción entre información adquirida casualmente e información adquirida deliberadamente es una forma concisa de expresar esta diferencia económica. A pesar que en la realidad pueda ser difícil determinar si una pieza particular de información ha sido adquirida de una forma u otra, la distinción entre estos dos modos de adquirir información tiene—como espero demostrar—una considerable utilidad para el análisis.

Si la información ha sido adquirida deliberadamente (en el sentido definido anteriormente), y se niega a su poseedor los beneficios de poseerla y usarla, éste tendrá un incentivo para reducir (o eliminar por completo) su producción de información en el futuro. Esto es en los hechos una mera consecuencia de definir “información adquirida deliberadamente” de la manera en que lo hemos hecho, desde que aquel que adquiere información de esta manera por definición incurre en costos que hubiera evitado si no fuera por el prospecto de los beneficios que ahora se le deniegan. Al denegársele los mismos beneficios, una persona que ha adquirido la información casualmente no se verá desalentada de hacer —lo que por motivos independientes— hubiera hecho en cualquier caso.

Podría decirse que cuando los beneficios de poseer cualquier clase de información disminuyen o incrementan, uno podría esperar *algún* ajuste en el nivel de inversión en la producción de tal información. Si a la persona no se le permite beneficiarse con la información que adquiere, incluso el pasajero del autobús quizás en el futuro preste menos atención a las conversaciones a su alrededor (no obstante sería extraño que él, además, dejase de viajar en autobús). Sin embargo, mientras que es cierto que en la realidad cualquier ajuste (hacia arriba o hacia abajo) en los beneficios de poseer un particular tipo de información

podrá tener, de alguna manera, un efecto motivador, tal efecto podría variar en magnitud —podría ser mayor o menor. En sentido estricto, la información adquirida casualmente (como se ha usado el término arriba) representa el punto ideal de un *continuum*—el caso en que el cambio de magnitud que resulta de la eliminación de los beneficios de poseer cierta clase de información es cero. En cualquier caso real habrá efectos de incentivos que caerán situados en algún punto a lo largo del *continuum*. No obstante, cuando la disminución en la producción de cierto tipo de información, como causa de negarle a su poseedor el derecho de apropiarse de información para su propio beneficio, es pequeña, es probable que aquella se compense con el correspondiente beneficio social resultante de evitar errores. En lo sucesivo, usaré “información adquirida casualmente” en un sentido algo más amplio que el empleado anteriormente para referirme a la información de este tipo.

Una forma efectiva de asegurar que un individuo se pueda beneficiar mediante la posesión de información (o de cualquier otra cosa) es asignándole un derecho de propiedad sobre la información misma —un derecho que lo faculte a invocar la maquinaria coercitiva del Estado a fin de excluir a otros del uso y disfrute de tal información⁴⁰. Los beneficios de la posesión se vuelven seguros sólo cuando el Estado transforma al poseedor de información en propietario, invistiéndolo de algún tipo de derecho de propiedad legalmente exigible. La asignación de derechos de propiedad sobre la información es un tema familiar en nuestro sistema legal. La protección legal dada a las patentes de invención y a ciertos secretos comerciales son dos ejemplos obvios⁴¹.

Una manera (raramente percibida) en la que el sistema legal puede establecer derechos de propiedad sobre la información es permitiendo a la parte que la posee celebrar —y exigir el cumplimiento de— contratos cuya información le sugiere pueden ser rentables, sin tener el deber de revelar dicha información a la otra parte⁴². Imponer un deber de revelar información sobre la parte con conocimientos lo priva de la ventaja que le da el conocer dicha información. Un deber de revelar información es equivalente a exigirle al beneficiario de la información que la publique y esto es antitético con

⁴⁰ Ver DEMSETZ, Harold. “Toward a Theory of Property Rights”. En: American Economic Review 57. 1967. p. 347 (Trabajos & Procedimientos).

⁴¹ Ver PLANT, Arnold. “The Economic Theory Concerning Patents and Inventions, in Selected Economic Essay and Addresses”. 1974. p. 35.

⁴² Esta noción es sugerida, pero no desarrollada por Hirschleifer. Al discutir el futuro de Eli Whitney, quien “inviertió recursos considerables con la intención de proteger sus patentes y procesar las infracciones” (sin provecho alguno), Hirschleifer dijo lo siguiente:

“Pero lo que pareciera haber sido dejado de lado es que habían otras rutas para que Whitney obtuviera utilidades. La desmotadora del algodón tuvo obvias implicancias especulativas para el precio del algodón, el valor de los esclavos y el de los cultivos algodoneros, los prospectos económicos de las firmas envueltas en el almacenaje del algodón y su puesta a bordo de los barcos, los valores de los sitios precisos en el conglomerado de transportes que surgió. También hubo implicancias predecibles para industrias competidoras y otras complementarias (textiles, maquinarias). Al parecer, algunos avisados individuos obtuvieron ganancias especulativas de estos desarrollos pero aparentemente Whitney no lo consiguió. Aun así, él fue el primero en tener conocimiento, poseedor de una oportunidad sin igual para obtener ganancias especulativas. Alternativamente, por supuesto, Whitney habría podido mantener su proceso como secreto excepto para aquellos que le compraran la información”. HIRSCHLEIFER. Nota 33 *supra*. p. 571.

la noción de derecho de propiedad que –con todo lo demás que puede implicar– siempre requiere de protección legal frente a la amenaza de apropiación privada⁴³.

Por supuesto, diferentes clases de derechos de propiedad pueden ser más aptos para proteger la posesión de diferentes tipos de información⁴⁴. Es poco probable, por ejemplo, que el tipo información involucrada en el caso *Laidlaw v. Organ* pueda ser efectivamente protegida mediante un sistema de patentes⁴⁵. La única manera factible de asignar derechos de propiedad respecto a información de mercado de corta duración es permitiendo a quienes tengan tal información contratar libremente, sin revelar lo que conocen.

Del reporte del caso, no se desprende si el comprador en *Laidlaw* adquirió la información casualmente o realizó una investigación deliberada para obtenerla (por ejemplo, cultivando una red de valiosas amistades comerciales). Si asumimos que el comprador adquirió casualmente la información acerca del tratado, requerirlo para que revele la información al vendedor (esto es, negándole un derecho de propiedad sobre la información) no tendría un efecto significativo sobre su comportamiento futuro. Dado que alguien que adquiere información casualmente no realiza ninguna inversión para adquirirla, sujetarlo a un deber de revelar información probablemente no reducirá el monto de información socialmente relevante que éste realmente genere. Por supuesto, si el comprador en *Laidlaw* adquiere la información acerca del tratado como resultado de una búsqueda deliberada y costosa, requerirlo para que revele tal información lo podría privar de cualquier beneficio que de otro modo podría obtener gracias a la posesión de la información y podría desalentarlo a realizar similares inversiones en el futuro.

Adicionalmente, toda vez que el vendedor podría apropiarse de la información del comprador sin costo y se eliminaría el riesgo de que el primero sea inducido por la parte con mejor información a celebrar un contrato en malas condiciones, un requerimiento de revelación de información podría, además, reducir el incentivo del vendedor a obtener información. Denegar al comprador un derecho de propiedad cuando la información ha sido adquirida de modo deliberado

podría, por lo tanto, desalentar tanto al comprador como al vendedor a invertir en el desarrollo de conocimientos y en la búsqueda real de información. La asignación de tal derecho no sólo protege la inversión de la parte que posee especial conocimiento, sino también impone un costo de oportunidad a la otra parte y por ende la incentiva a realizar una (justificada) búsqueda propia.

Si asumimos que las cortes pueden fácilmente discriminar entre aquellos que han adquirido la información casualmente y aquellos que la han adquirido de modo deliberado, existen consideraciones económicas plausibles que justifiquen imponer un deber de revelar información haciendo una evaluación caso por caso (imponiéndolo cuando la información haya sido adquirida casualmente, negando su imposición cuando la información es el fruto de una búsqueda deliberada). La parte que ha adquirido la información casualmente probablemente está, al momento de la transacción, en mejor posición para prevenir el error que su contraparte que ha incurrido en el error (es quien puede evitar el error a menor costo) –sin tomar en cuenta que al inicio ambas partes tuvieron el mismo acceso a la información en cuestión. Alguien que ha adquirido la información de modo deliberado igualmente se encuentra en posición de prevenir el error de la otra parte. Pero en la determinación del costo en que debe incurrir la parte con información para prevenir el error (revelando la información que conoce), debemos incluir cualquier inversión que aquella haya realizado para adquirir la información en un primer momento. Esta inversión representará una pérdida para él si la otra parte puede resolver el contrato basándose en que la parte con información tenía el deber de revelarla.

Si tomamos en cuenta este costo, ya no es tan claro que la parte con información es la que puede prevenir el error a menor costo cuando su conocimiento ha sido adquirido de manera deliberada. De hecho, la conclusión opuesta parece ser más acertada. En este caso, por lo tanto, una regla que permita no revelar la información (que tiene el efecto de asignar el riesgo de un error a la parte que lo comete) corresponde al arreglo al que las partes probablemente hubieran llegado si hubieran negociado explícitamente la asignación del riesgo al momento de celebrar el

⁴³ Si una parte de un contrato está bajo obligación de revelar información, ésta debe revelarla, sea o no que la otra parte en el contrato le pregunte sobre lo que conoce. El hecho de que la parte dueña del conocimiento no se encuentre bajo la obligación de revelar información no significa, ni mucho menos, que él pueda mentir cuando se le pregunte por cuestiones relacionadas al negocio. Eso sería fraude. Sin embargo, la parte dueña del conocimiento que no está bajo la obligación de revelar información podría negarse a responder a las inquisiciones de la otra parte, y ponerla en el riesgo de decidir si va adelante con el contrato o no (la parte dueña del conocimiento podría, por supuesto, simplemente venderle la información a la otra parte si ese fuera su deseo).

⁴⁴ Sobre los costos generales de establecer derecho de propiedad sobre la información, ver DEMSETZ, Harold. "Information and Efficiency: Another Viewpoint". En: *Journal of Law & Economics* 12. 1969. pp. 10-11.

⁴⁵ Ver PLANT, Arnold. Nota 40 *supra*, para una discusión de los costos del sistema de patentes, comparados con otras formas legales para la asignación de derechos de propiedad sobre la información.

contrato. Las partes en un contrato siempre se encuentran en libertad de asignar el riesgo incluyendo una exoneración apropiada en los términos de sus acuerdos. Cuando las partes no lo hacen, sin embargo, el objeto del Derecho de contratos debería ser (como siempre lo es) reducir los costos de transacción proporcionando una regla legal que se aproxime al arreglo al que las partes hubieran llegado si hubiesen tratado deliberadamente el problema⁴⁶. Esta consideración, conjuntamente con la reducción en la producción de información socialmente relevante que probablemente resultará en caso de imponer un deber de revelar información, sugiere que la eficiencia distributiva es mejor servida permitiendo a quien posee información deliberadamente adquirida celebrar y exigir el cumplimiento de contratos beneficiosos sin revelar la información que conoce⁴⁷.

Es probable, sin embargo, que una regla que permita la aplicación caso por caso del deber de revelar información, conlleve problemas fácticos que serían difíciles (y caros) de resolver. El propio caso *Laidlaw* ilustra este punto fácilmente. De acuerdo a los hechos del caso, tal como los tenemos, es imposible determinar si el comprador de hecho realizó una investigación deliberada para adquirir la información del tratado. El costo de administrar un deber de revelar información caso por caso probablemente sea sustancial⁴⁸.

Como alternativa, uno podría aplicar uniformemente una regla general (para revelar o no la información) a categorías de casos que involucren el mismo tipo de información (por ejemplo, información acerca de las condiciones del mercado o sobre defectos en productos). Para determinar la regla general apropiada para un particular grupo de casos, sería necesario primero decidir si es más probable que la información

involucrada (en su conjunto) sea generada por casualidad o por una búsqueda deliberada. Mientras mayor sea la probabilidad de que la información sea adquirida de modo deliberado y no de modo casual, más plausible será asumir que una regla general que permita no revelar la información tendrá mayores beneficios que costos.

En *Laidlaw*, por ejemplo, la información involucrada tenía que ver con condiciones de mercado cambiantes. El resultado del caso se puede justificar (desde la perspectiva más general que acabamos de describir) sobre la base que la información acerca de las condiciones de mercado es típicamente (aunque no en todos los casos) el producto de una búsqueda deliberada. El gran número de individuos que están dedicados a la producción de tal información presta soporte empírico a esta proposición⁴⁹.

B. El tratamiento jurisprudencial

La distinción entre información adquirida de modo deliberado y la adquirida casualmente nos ayuda a entender el patrón exhibido en los casos en los cuales el deber de revelar información es impuesto a una parte o a la otra. Generalmente, los casos en los que se requiere revelar información involucran información que probablemente ha sido adquirida de modo casual (en el sentido definido anteriormente). Los casos en los que se permite no revelar la información, por otro lado, involucran información que, por lo general, ha sido probablemente producida de modo deliberado. Tomados en conjunto, los casos en los que se requiere revelar información por lo menos aparentan promover una eficiente asignación de recursos limitando la asignación de derechos de propiedad a aquellos tipos de información que probablemente sean el fruto de

⁴⁶ POSNER. Nota 2 *supra*. pp. 65-69; POSNER, Richard A. y Andrew M. ROSENFELD. Nota 2 *supra*. pp. 88-89.

⁴⁷ En recientes años ha habido un desacuerdo considerable entre los economistas con respecto al nivel óptimo de la inversión privada en la producción de la información. Este problema ha sido discutido en ARROW, Kenneth J. "Higher Education as a Filter". En: *Journal of Public Economics* 2. 1973. p. 193; DEMSETZ, Harold. "Information and Efficiency: Another Viewpoint". En: *Journal of Law & Economics* 12. 1969. pp. 1; MARSHALL, John M. "Private Incentives and Public Information". En: *American Economic Review* 64. 1974. p. 373; FAMA, Eugene F. y Arthur B. LAFFER. "Information and Capital Markets". En: *Journal of Business* 44. 1971. p. 289; HIRSHLEIFER. Nota 33 *supra*; y BARZEL, Yoram. "Some Fallacies in the Interpretation of Information Costs". En: *Journal of Law & Economics* 20. 1977. p. 291.

Los economistas que han discutido el problema están de acuerdo que bajo un sistema legal que no reconoce derechos de propiedad sobre la información, muy poca información será producida. Varios economistas, de otro lado, han expresado la preocupación de que un sistema de derechos de propiedad sobre la información podría, bajo algunas circunstancias, inducir a una sobre inversión en la producción de la información. Ver, por ejemplo, HIRSHLEIFER. Nota 33 *supra*. p. 573. Asumiendo que nuestras normas legales no pueden ser afinadas adecuadamente, sobre el hecho de permitir la no revelación de cierta información (esto es, garantizar un derecho) nosotros podríamos vernos forzados a escoger entre invertir e invertir inadecuadamente, siendo ambas alternativas poco óptimas. Sin embargo, en tanto es cierto que la eliminación de los derechos de propiedad resultarán en una baja producción, y es sólo un peligro el que el reconocimiento de dichos derechos llevarían a una sobreproducción, sería un fuerte (pero no conclusivo o final) caso económico para reconocer derechos de propiedad de la información, por lo menos ahí donde la información ha sido adquirida deliberadamente. Desde un punto de vista económico ésta podría no ser una solución óptima, pero es más atractiva que las otras (prácticas) alternativas.

⁴⁸ Para una discusión general de los costos (y beneficios) de las especificidades en la formulación de reglas legales, ver EHERLICH, Isaac y Richard A. POSNER. "An Economic Analysis of Legal Rulemaking". En: *Journal of Legal Studies* 3. 1974. p. 257. Una de las desventajas del acercamiento a un caso por caso es que esto incentivaría a los buscadores de información a invertir más que lo que de otra manera simplemente invertirían para "fijar" sus demandas sobre la propiedad. Para una discusión sobre este problema, en el contexto de los derechos sobre aguas, ver HIRSHLEIFER, Jack; DEHAVEN, James C. y Jerome W. MILLIMAN. "Water Supply: Economics, Technology, and Policy". 1960. pp. 59-66.

⁴⁹ En el 42 reporte anual para el año fiscal que terminó el 30 de junio de 1976, la Comisión de Mercado de Valores e Intercambio declaró que al final del año fiscal de 1976 el total de registro de los *broker-dealer* llegaba a 5,308 y el total del registro de los consejeros de inversión llegaba a 3,857; *Security Exchange Commission Annual Report* 42. 1976. p. 182. El número de personas actualmente trabajando en la recolección deliberada y la diseminación de la información de mercado es, por supuesto, más larga que lo que las cifras podrían indicar desde que un simple *broker-dealer* o consejero de inversiones podría ser muy bien una firma grande con muchos empleados.

una inversión deliberada (sea mediante el desarrollo de una habilidad o mediante la búsqueda real de información)⁵⁰.

La racionalidad económica detrás de permitir no revelar información se encuentra bien ilustrada en varios casos que involucran la compra de propiedades inmobiliarias donde el comprador tenía razones para creer en la existencia de petróleo o de un depósito mineral desconocido por el vendedor⁵¹. Por ejemplo, en *Neill v. Shamburg*⁵², las partes eran concesionarios⁵³ de un terreno de 200 acres. El comprador (Shamburg) compró la participación de su co-concesionario por \$550 (con la reserva de tener que pagar \$100 más en caso sean encontrados seis o más barriles por día en la producción del pozo). Al momento de la venta, Shamburg se encontraba operando diversos pozos petroleros en terrenos aledaños. Uno de los pozos era bastante valioso. Shamburg "dio una directiva a sus empleados para que no revelen esta información" y no le dijo nada a su co-concesionario acerca de este pozo cuando compró su participación en el terreno de 200 acres. La Corte sostuvo que Shamburg no le debía a Neill ningún deber de revelar información y rechazó resolver la venta de su mitad de la participación en la explotación del petróleo. La Corte respaldó esta resolución con el siguiente argumento:

"El demandante [el vendedor] no tenía participación en el terreno de 50 acres, pero podemos conceder que, cuando estaba a punto de vender parte del otro terreno a su co-concesionario, estaba en su derecho de conocer aquellos hechos relativos a su producción que podían

incidir en el valor del terreno. [A la luz de lo que sigue, el significado de esta oración no es del todo claro]. Sin embargo, salvo que existan circunstancias excepcionales que impongan a una persona el deber de hablar, es derecho de todos los hombres el conservar sus negocios para sí mismos. Posiblemente, Shamburg se encontraba indebidamente sospechoso en este punto, pero la naturaleza y posición de sus negocios sugieren tener cautela. Fogle testificó que Shamburg era la única persona operando en el sector vecino, y *James dijo que Shamburg le dijo que había gastado cerca de \$150,000 en desarrollar ese territorio, "y ahora todos estos compañeros están ansiosos por inmischirse en mi negocio". Nosotros encontramos que los actos de Shamburg, bajo las circunstancias, no constituyen nada más que una intención positiva y un esfuerzo para obtener los beneficios de su esfuerzo, conservando la información acerca de sus resultados para sí mismo, y estamos de acuerdo en que esta actitud "está lejos de constituir un fraude"*⁵⁴.

Un caso más reciente –y ciertamente más dramático– de esta naturaleza sucedió en conexión con el descubrimiento por parte de Texas Gulf Sulphur de la fabulosamente rica mina Kid Creek cerca a Timmins, Ontario⁵⁵. Después de conducir extensos estudios aéreos que revelaron una anomalía geológica que indicaba la presencia de un masivo depósito de sulfuro, Texas Gulf Sulphur compró opciones para el derecho a explotar los minerales y el subsuelo de varios terrenos adyacentes a donde la anomalía fue localizada. Una de las opciones cubría una parcela de terreno que pertenecía al patrimonio de Murray Hendrie. La opción

⁵⁰ Yo precisé, antes de ingresar a los casos de revelar información, que muchos de estos casos nos hacen ver dos problemas que no han sido tratados en este trabajo. El primer problema envuelve la existencia o inexistencia de una relación confidencial o de confianza entre las partes en el contrato. Donde tal relación existe, las Cortes de Justicia son más proclives a requerir la revelación de información que lo que serían en otro contexto. "Cuando existe una relación de confianza entre las partes como la que se presenta entre el abogado y su cliente, el guardián y el protegido, el fideicomitente y el fiduciario, ejecutor y legatario, principal y agente, parte y contra-parte, *joint venturer* y compañeros *joint venturer*, existe una obligación positiva de revelar información sobre los hechos materiales; una reticencia de hacerlo es fraudulento desde sus bases. Como lo mencionábamos líneas arriba una obligación similar existe cuando un agente negociando en valores o corretaje inmobiliario representa a un principal.

Asimismo, la naturaleza de la transacción o la relación de las partes debe ser igual a la transacción particular en cuestión, los deberes de un fiduciario son impuestos sobre una de las partes, y dicha relación envuelve una obligación de revelar información". WILLISTON. Nota 2 *supra*. § 1499. Ver, también, KERR, William W. "Law of Fraud and Mistake". Séptima Edición. 1952. pp. 185-186; BOWER, George Spencer. "Actionable Non-Disclosure". 1915. pp. 273-274.

El segundo problema concierne a la línea entre la no revelar información, de un lado, y el fraude o falta de representación positiva, del otro. Aun si una parte de un contrato no tiene la obligación de revelar información, fraude o representación indebida de la otra parte invariablemente le dará las bases legales para tratar de anular el contrato. WILLISTON. Nota 2 *supra*. §§ 1487, 1488; KEETON. Nota 29 *supra*. pp. 1-6 (describe especialmente la distinción que se hace entre la no obligación de revelar información y el "ocultamiento activo").

Cada una de estas reglas generales o principios tiene sentido desde un punto de vista económico: una relación de confianza podría ser vista como una forma deliberada de compartir el riesgo (el beneficiario en efecto compra la información de la otra parte), y el fraude no es deseado económicamente porque incrementa positivamente la cantidad de desinformación en el mercado y es de esa manera proclive a reducir la eficiencia del mercado como un mecanismo de distribución de recursos. Ver DARBY, Michael R y Edi KARNI. "Free Competition and the Optimal Amount of Fraud". En: *Journal of Law & Economics* 16. 1973. p. 67.

Yo he escogido no discutir estos dos problemas porque están centrados en cuestiones de hecho difíciles (¿cuándo existe una relación de confianza? ¿Dónde se debe trazar la línea entre la no obligación de revelar información y el fraude?), acerca de lo cual es difícil hacer generalizaciones de una manera tal que sea interesante en lo teórico. Los casos seleccionados para discusión han sido escogidos, en parte, porque no levantan preguntas o reflexiones de esta suerte.

⁵¹ *Fox v. Mackreth*, 2 Bro. Ch. 400, 420, 30 Eng. Rep. 148 (1788) (dictum); *Smith v. Beatty*, 2 Ired. Eq. 456 (N.C. 1843); *Harris v. Tyson*, 24 Pa. 347 (1855); *Stackpole v. Hancock*, 40 Fla. 362m 24 So. 914 (1898); *Holly Hill Lumber Co. v. McCoy*, 201 S.C. 427, 23 S.E. 2d 372 (1942); *STORY*, William W. Nota 27 *supra*. p. 442; WILLISTON. Nota 2 *supra*. § 1498.

⁵² *Neill v. Shamburg*, 158 Pa. 263, 27 Atl. 992 (1893).

⁵³ La Corte falló, *inter alia*, que su acuerdo comercial no creaba una relación fiduciaria entre las partes.

⁵⁴ *Neill v. Shamburg*, 27 Atl. 993 (1893). Cursivas añadidas.

⁵⁵ Para un recuento del descubrimiento, y los eventos subsiguientes ver SHULMAN, Morton. "The Billion Dollar Windfall". 1969.

de Hendrie (que fue obtenida por \$500) dotaba a Texas Gulf Sulphur de la posibilidad de adquirir derechos mineros sobre la propiedad pagando \$18,000 en cualquier momento durante los dos años siguientes a la celebración de la opción⁵⁶. La opción también incluía que, en caso fuera descubierto un depósito comercial de hierro, Hendrie recibiría 10 por ciento de cualquier ganancia. Después de que la existencia del depósito fuera de conocimiento público, los representantes de Hendrie protestaron porque Texas Gulf Sulphur los había intencionalmente engañado para que vendiesen, ocultando informar de que ellos tenían “indicadores inusuales que hacían creer que existía una mineralización económica en la propiedad de Hendrie”. La demanda presentada por los representantes fue finalmente transada fuera de la Corte⁵⁷.

Tanto Shamburg como Texas Gulf Sulphur tuvieron razones para creer que la propiedad que estaban comprando era mucho más valiosa que lo que sus propietarios creían. En cada caso, la información obtenida por el comprador, en relación con el valor de la propiedad, era el producto de una búsqueda deliberada en la que el comprador había invertido una suma considerable de dinero (en los cuatro años anteriores al descubrimiento de los depósitos en Kid Creek, Texas Gulf Sulphur gastó casi tres millones de dólares explorando otras fallas sin resultados)⁵⁸. La información, en ambos casos, revelaba ciertas características de la propiedad que incrementaban la eficiencia de su utilización y, por consiguiente, su valor para la sociedad en su conjunto.

La mayoría de las veces, la información relativa a la posible existencia de petróleo en el subsuelo, o de depósitos mineros, resulta ser fruto de inversiones deliberadas, sea en exploración real o en el desarrollo de habilidades geológicas. A fin de propiciar la producción de tal información, nuestro sistema legal

permite al poseedor de esa información tomar ventaja de la ignorancia de otros, negociando con éstos sin tener un deber de revelar información.

Un resultado similar usualmente se alcanza cuando la información concierne un desarrollo urbanístico anticipado de alguna naturaleza que hará la propiedad más valiosa⁵⁹. En el caso *Guaranty Safe Deposit & Trust Co. v. Liebold*⁶⁰, por ejemplo, la compañía fiduciaria compró una opción sobre una propiedad de Liebold. Trust Co. ejerció la opción y compró la propiedad por \$ 15,000. Liebold pretendió resolver la venta alegando “que al tiempo en que la opción se aseguraba, una compañía conocida como la Standard Steel Car Company contemplaba afincarse en la ciudad de Butler [Pa.] para construir una planta manufacturera; que el señor Reiber (un agente de Trust Co.) había tomado conocimiento del asunto, y que el demandado, si bien escuchó que cierta compañía venía a establecerse, su conocimiento era genérico e indefinido, y mientras que la demandada tenía conocimiento certero de tal hecho, que ocultó al demandado”. La Corte en primera instancia sostuvo que ambas partes habían conocido el “rumor” sobre el establecimiento de una planta manufacturera en Butler, y que, en consecuencia, habían ajustado el precio de la opción de acuerdo a sus conveniencias. La Corte Suprema de Pennsylvania, al confirmar el fallo a favor de la empresa fiduciaria, dijo lo siguiente:

“Supongamos que Reiber conoció con certeza que la planta se instalaría en Butler, y que Liebold lo ignoraba, ¿tenía el primero el deber de revelar dicha información al segundo, y puede sostenerse que, sin la mencionada revelación, el contrato con Liebold no podría considerarse válido por un principio de equidad? En esta era comercial, las opciones son diariamente buscadas, por aquellos que están en posesión de información, de las que esperan obtener ganancias,

⁵⁶ Ibid. p. 82.

⁵⁷ Como parte del acuerdo, Texas Gulf Sulphur accedió a comprar el 10% de las acciones de Hendrie en los beneficios de la mina. El valor de las acciones de Hendrie ha sido estimado en cerca de \$ 100,000,000. Este hecho, por supuesto, debilitó considerablemente su demanda por representación errada de la realidad; en suma la provisión del 10% deberá ser considerada, probablemente, como un recurso para distribuir deliberadamente el riesgo en cuestión.

Es interesante notar que, en un litigio surgido de una transacción relacionada, la Suprema Corte de Justicia de Ontario precisó que Texas Gulf Sulphur solamente estaba haciendo “Lo que cualquier compañía minera prudente podría haber hecho para adquirir una propiedad en la que conocía que una anomalía podría presentarse” cuando compró la propiedad “sin hacer sospechar a los eventuales vendedores que un descubrimiento había sido hecho”. *Leitch Gold Mines, Ltd. v. Texas Gulf Sulphur*, 1 Ontario Reports. 1969. pp. 492-493.

⁵⁸ SHULMAN, Morton. Nota 54 *supra*. p. 7. Es muy improbable que Texas Gulf Sulphur se hubiera beneficiado de alguna otra manera que comprando la propiedad en la que la anomalía se situaba. Si hubiese intentado vender esta información a los dueños de la tierra, Texas Gulf Sulphur hubiese encontrado 2 dificultades. En primer lugar, habría tenido que convencer a los dueños de la tierra sobre el valor de la información sin efectivamente revelarla. En segundo lugar, habría tenido que persuadir a todos los dueños involucrados a comprar la información conjuntamente —desde que, desde cualquier punto de vista, ningún propietario particular sería capaz de compensar a la corporación por los costos en que incurrió en obtenerla. Una transacción de muchas partes como esta involucraría evidentes problemas de *free-riders*, y sería especialmente difícil por el hecho que revelar la información a una parte haría casi imposible esconderla de las otras partes involucradas. Si un propietario obtiene la información y comienza los trabajos mineros, ésta pasará la información y aquellos otros no tendrán motivo alguno para comprar la información para sí mismos. En tanto es razonable asumir que la única forma efectiva en la que Texas Gulf Sulphur se podía beneficiar de la información era comprando los derechos sobre la propiedad en sí, una norma que le exigiera revelar la información hubiese frustrado su única esperanza real de recuperar los costos incurridos en adquirir la información en primer lugar.

⁵⁹ Ver, por ejemplo, *Burt v. Mason*, 97 Mich. 127, 56 N.W. 365 (1893), y *Furman v. Brown*, 227 Mich. 629, 199 N.W. 703 (1924). Ver también WILLISTON. Nota 2 *supra*. § 1498, n. 6.

⁶⁰ *Guaranty Safe Deposit and Trust Co. v. Liebold*, 207 Pa. 399, 56 A. 951 (1904).

simplemente porque los que otorgan las opciones ignoran la información. Cuando comprador y vendedor tienen información semejante, las opciones, raramente, o casi nunca, se buscan, por lo que la regla perseguida por los apelantes haría que nosotros prácticamente las aboliésemos⁶¹.

Las cortes frecuentemente han señalado que, en la ausencia de un pacto de confidencialidad o de una relación fiduciaria entre el vendedor y el comprador, “un comprador (de bienes raíces), pese a contar con un juicio superior acerca del valor de los bienes, no comete fraude simplemente por comprar sin revelar su conocimiento sobre el valor⁶². Una regla de esta suerte tiene sentido económico cuando el juicio del comprador se basa en las predicciones de los posibles usos a los que la propiedad puede ser destinada. Pese a que el “conocimiento sobre el valor” del comprador no siempre se basa en información deliberadamente adquirida, la cantidad de empresarios involucrados en la especulación inmobiliaria (profesional) nos permite asumir que tal tipo de conocimiento es usualmente (si no típicamente) adquirido de una manera deliberada (los corredores inmobiliarios, quienes unen a los vendedores y compradores, facilitan el movimiento de inmuebles hacia su uso cada vez más eficiente. La información sobre la que basan sus predicciones del futuro uso de las propiedades debe ser considerada como un valioso activo social).

Una tercera línea de casos en los que se permite no revelar información, parece, a primera vista, no ser consistente con la tesis argumentada hasta el momento. Estos casos involucran la venta de una propiedad que de alguna manera conlleva un defecto *manifiesto*; las Cortes regularmente han encontrado que el vendedor de dicha propiedad no tiene el deber de informar sobre el defecto al comprador⁶³.

En el caso *Gutelius v. Sisemore*⁶⁴, por ejemplo, el demandante compró una casa y descubrió posteriormente que el agua de lluvia, acumulada bajo los pisos, causaba que la residencia “estuviera penetrada con olores nocivos y ofensivos”. El comprador señaló que la tendencia hacia la acumulación de agua era un defecto oculto, y que el vendedor demandado tenía el deber de ponerlo sobre aviso de su existencia. Fallando a favor del demandado, la Corte manifestó que una inspección de las instalaciones (que el demandante, en los hechos, realizó), debería haberlo puesto sobre aviso de las condiciones del inmueble responsables de la

acumulación de agua (las condiciones citadas incluían la instalación de ductos de ventilación, las inclinaciones del terreno que rodeaban la casa, y la composición del terreno en el patio o jardín). “Cuando los medios que revelan el conocimiento se encuentran a la mano y son asequibles a ambas partes”, la Corte concluyó, “y el bien materia de compra se encuentra disponible para su inspección, si el comprador no toma ventaja de estos medios y oportunidades, mal podría luego sostener que resultó defraudado por un engaño del vendedor”.

Si asumimos que el vendedor en el caso *Gutelius* conoció o tuvo razones para conocer que el comprador no se percató de los defectos (a pesar de que inspeccionó las instalaciones), él se encontraría en la misma posición que el receptor de una oferta evidente errada, y si su conocimiento del error del comprador no fuera el fruto de una búsqueda deliberada, podría ser razonable suponer que el vendedor era quien podía evitar errores de una manera más económica, al menos al momento de la celebración del contrato. Por razones que serán puestas en consideración en un momento, es impensable suponer que el conocimiento del defecto de una propiedad propia es el resultado de una búsqueda intencionada del vendedor, búsqueda en la que no hubiera invertido si hubiera sabido que podría ser requerido para revelar la información sobre la existencia de los defectos en cuestión. Si éste fuera el caso, si asumimos que el vendedor en el caso *Gutelius* tenía motivos para conocer el error de parte del comprador, podría tener algún sentido, desde una perspectiva económica, requerir que el vendedor elimine el error poniéndolo en consideración del comprador. Esto es así a pesar de que ambas partes inicialmente tuvieron igual oportunidad para descubrir el defecto por sí mismas –de la misma forma en que es eficiente imponer el riesgo de un error en la oferta a la parte que la recibe cuando tuvo formas de conocer el error, a pesar de que el postor era quien se encontraba en mejor posición para prevenir la ocurrencia del mismo.

Pero si un vendedor no tiene motivos para suponer que el comprador ha incurrido en error, podría ser antieconómico requerirle que notifique al comprador sobre los defectos latentes, porque, con toda seguridad, sólo le estaría diciendo al comprador lo que ya éste sabe. Comunicaciones de esta naturaleza incrementan innecesariamente el costo de las transacciones. El tema central, en casos como el *Gutelius*, no reside en saber si la información acerca del defecto se encontraba “disponible a ambas partes por igual” en algún

⁶¹ Ibid. p. 405. 56 A. p. 93.

⁶² *Pratt Land & Improvement Co. v. McClain*, 135 Ala. 452, 33 So. 185 (1902).

⁶³ Ver “American Jurisprudence”. Segunda Edición. § 157, y casos citados allí.

⁶⁴ *Gutelius v. Sisemore*, 365. p. 2d 732 (Okla. 1961).

momento previo, sino conocer si el vendedor, al momento de la celebración del contrato, realmente conocía o tenía razones para conocer que el comprador había incurrido en error. La regla que señala que el vendedor de un inmueble no tiene el deber de revelar información sobre defectos manifiestos, tiene sentido económico pues –como usualmente ocurre– el vendedor no tiene motivos para conocer que el comprador ha incurrido en un error. Estos casos (de los cuales *Gutelius* es un ejemplo) parecen entrar en conflicto con la interpretación hasta el momento ofrecida sólo porque dejan de discutir el tema central, enfocándose, en su lugar, en la paridad inicial de las partes para acceder a la información concerniente al defecto.

En lo que concierne a defectos *latentes*, las autoridades más antiguas son inconsistentes. En algunos casos se establece que el vendedor que conoce del defecto debe revelarlo a su comprador o renunciar al trato⁶⁵. En otros fallos se establece que el vendedor tiene derecho a permanecer callado si tal es su deseo⁶⁶. En los últimos veinticinco años, sin embargo, ha habido una marcada expansión del deber de revelar la información acerca de defectos latentes⁶⁷. Un ejemplo dramático involucra la venta de una casa infestada por termitas. Un vendedor de una casa en Massachusetts obtuvo en 1942 un pronunciamiento en el sentido de no tener deber legal de revelar información sobre una infestación de termitas desconocida por el comprador⁶⁸. Si se tuviera que imponer tal deber, declaró la Suprema Corte de Massachusetts, se haría responsable a todo vendedor “que omita revelar información sobre cualquier defecto no aparente conocido por él durante la venta, que materialmente reduzca su valor y que el comprador no logre descubrir”. De manera similar, continuó la Corte diciendo, “todo comprador podría ser responsable por no revelar información sobre virtudes no aparentes conocidas durante el proceso de compraventa que materialmente incrementen el valor y que son desconocidas por el vendedor”.

Dieciocho años después, en el caso *Obde v. Schlemeyer*⁶⁹, se consideró que un vendedor de la ciudad de Washington tenía un deber de revelar información en circunstancias idénticas. La Corte de Washington concluyó que el vendedor tenía la

obligación de hablar, “sin importar que el comprador haya omitido preguntar acerca de la posibilidad de termitas” toda vez que la condición era “claramente latente –no siendo posible observarla durante una inspección razonable”. La Corte apoyó su argumentación con una larga cita de un artículo del Profesor Keeton:

“Es, por supuesto, aparente que el contenido de la máxima “*caveat emptor*”, usada en su significado más amplio de imponer riesgos en ambas partes de una transacción, ha sido limitada extensamente desde sus orígenes. Cuando Lord Cairns precisó en *Peek v. Gurney* que no había deber alguno de revelar información sobre hechos, sin importar lo moralmente censurable que fuera esta no revelación, él estaba interpretando la ley modelada por una filosofía individualista, basada en la libertad contractual. Ésta no mostraba preocupación por la moral. En el presente estado de la ley, las decisiones se alejan de esta idea, y se podría estar viendo un intento por muchas Cortes de alcanzar un resultado justo, en la medida de lo posible, pero manteniendo el grado de certidumbre que la ley debe tener. A menudo se afirma que si una parte en un contrato de compraventa esconde o suprime un hecho material que la buena fe exige revelar, entonces su silencio es fraudulento.

La actitud de las Cortes con respecto a la no revelación de información está experimentando un cambio, contrariamente a lo expresado por Lord Cairns en su célebre cita, pareciera ser que el objeto de la ley en estos casos debería ser la imposición, en las partes de un contrato, del deber de hablar cuando la justicia, la equidad, y trato leal lo demande”⁷⁰.

Sin importar lo que se piense del reclamo moral del Profesor Keeton, requerir revelar información sobre defectos latentes tiene sentido desde la perspectiva más limitada que ofrecemos acá. En primer lugar, es probable que el descubrir los defectos resulte costoso para el comprador; el descubrimiento de un defecto latente muchas veces requerirá más que una inspección ordinaria. Aun cuando ninguna de las partes tenga conocimiento del defecto, sería eficiente asignar al vendedor el riesgo de una creencia equivocada de que no existen defectos, sobre la base

⁶⁵ Ver, generalmente, STORY, William W. Nota 27 *supra*. pp. 444-445; KENT, James. “Commentaries 2”. 1873. § 482, n.1.

⁶⁶ *Swinton v. Whitinsville Sav. Bank*, 311 Mass. 677, 42 N.E. 2d 808 (1942). Ver también *Perin v. Mardine Realty Co.*, 5 App. Div. 2d 685, 168 N.Y.S. 2d 647 (1957).

⁶⁷ GOLDFARB, William B. “Fraud and Nondisclosure in the Vendor-Purchaser Relation”. En: *Western Reserve Law Review* 8. 1956. p. 5; BEARMAN, Leo Jr. “Caveat Emptor in Sales of Realty—Recent Assaults Upon the Rule”. En: *Vanderbilt Law Review*. 1961. p. 541. Dos casos ilustrativos son *Kaze v. Compton*, 283 S.W. 2d 204 (Ky. 1955), y *Cohen v. Vivian*, 141 Colo. 443, 349 P.2d. 366. (1960).

⁶⁸ *Swinton v. Whitinsville Sav. Bank*, 311 Mass. 677, 42 N.E. 2d 808 (1942). Ver también *Perin v. Mardine Realty Co.*, 5 App. Div. 2d 685, 168 N.Y.S.2d 647 (1957).

⁶⁹ *Obde v. Schlemeyer*, 56 Wash. 2d 449, 353 P.2d 672 (1960). Ver también *Williams v. Benson*, 3 Mich. App. 9, 141 N.W. 2d 650 (1966); *Cohen v. Blessing*, 259 S.C. 400, 192 S.E.2D 204 (1972), *Annot*, 22 A.L.R. 3d 972.

⁷⁰ Nota 29 *supra*. p. 31.

que de las dos partes, él sería quien puede evitar el error a menor costo⁷¹.

Cuando el vendedor conoce del defecto, y el comprador no, el vendedor es claramente la parte más apta para evitar el error del comprador a un menor costo –a menos que el vendedor haya realizado esfuerzos deliberados para adquirir sus conocimientos, los cuales no habría realizado si hubiera sabido que iba a ser requerido para revelar los defectos descubiertos a los potenciales compradores de la propiedad. Un vendedor, por supuesto, puede hacer inversiones substanciales para adquirir información sobre un defecto particular: por ejemplo, podría contratar exterminadores para detectar la existencia de termitas en la propiedad. Pero aun en ese supuesto no debería pensarse que su principal objetivo para adquirir tal información es obtener una ventaja sobre sus eventuales compradores. Típicamente, los propios dueños de los inmuebles conducen investigaciones de esta suerte para proteger sus inversiones. En la mayoría de los casos, el dueño de la casa tendrá un incentivo adecuado para hacer una inspección de termitas, aun cuando la ley lo obliga a revelar la información sobre su descubrimiento⁷²; por lo demás, muchas infestaciones de termitas son descubiertas simplemente por el hecho de vivir en la casa –algo que el dueño hará en cualquier caso. El requerimiento de revelar información no tendrá un efecto substancial en el nivel de inversión por parte el propietario en la detección de termitas: el punto no es que la información sobre las termitas no sea costosa (lo es), sino que un requerimiento de revelar información no reducirá, necesariamente, la producción de tal información. Esto representa una gran diferencia entre casos como *Obde*, de un lado, y casos como *Laidlaw*, *Shamburg*, y *Guaranty Safe*, del otro.

Un vendedor de mercancías podría argumentar que una regla requiriéndolo revelar información sobre defectos latentes lo desanimará para desarrollar conocimientos (socialmente útiles) especializados acerca de los atributos o cualidades de los productos que está vendiendo: si no puede gozar de los frutos vendiendo sin revelar información, ¿qué incentivos tendrá para adquirir el grado de conocimiento especializado en primer lugar? Este argumento no es convincente. Un vendedor se beneficia de muchas maneras del conocimiento de los muchos atributos que poseen sus productos. Por ejemplo, conocimientos de este tipo le permiten ser más

eficiente en la compra de materiales, reduciendo la posibilidad de que falle en identificar cualquier ventaja que sus productos puedan tener (y, por consiguiente, los venda por debajo de su precio). Como quiera que los beneficios que derivan de este tipo de conocimientos son muchos y variados, no resulta creíble que el deber de revelar información sobre defectos latentes constituya, por sí mismo, un impedimento para invertir en la adquisición de conocimientos acerca de los atributos de lo que vende.

Por contraste, la utilidad de la información de mercado (distinta de la información acerca de los atributos de los productos en venta) es sustancialmente reducida como consecuencia de imponer a sus poseedores un deber de revelar tal información. Resulta dudoso si los beneficios de la información de mercado, que no son eliminados por requerimientos de revelar información, son suficientes por sí mismos para justificar una inversión en su producción. En consecuencia, aun si consideramos estas dos clases de información –información de mercado e información del producto– como igualmente útiles desde un punto de vista social, una regla legal que requiera revelar la información adquirida probablemente producirá diferentes impactos en la producción de cada una. Esto trae como consecuencia que una regla que permite que no se revele información de mercado sea sensible tanto si la parte en posesión de la información es la compradora o la vendedora⁷³. Así, si el vendedor en *Laidlaw* hubiese conocido que el tratado traería un efecto depresivo sobre el precio del algodón y hubiera vendido al comprador sin revelar la información sobre estos hechos, las consideraciones económicas que favorecían la exigibilidad del acuerdo serían las mismas a las del caso en que el comprador hubiera adquirido información especial. Si bien consideraciones económicas parecerían apoyar un tratamiento similar para compradores y vendedores poseyendo información de mercado, las mismas consideraciones podrían justificar un trato diferente cuando se trate de información sobre productos. Debería resultar claro, de lo ya dicho, que no es inconsistente el requerir a los vendedores revelar información sobre defectos latentes y no requerir a los compradores revelar información sobre ventajas latentes.

Los casos sobre defectos latentes tienen interesantes analogías en el campo de los seguros. Un solicitante de seguro de vida usualmente se encuentra obligado a revelar información sobre defectos conocidos en su

⁷¹ Por su acceso superior a la información relevante. Ver POSNER. Nota 2 *supra*. pp. 74-75.

⁷² Esto no será verdad en todos los casos. No lo será, por ejemplo, si el propietario planea vender su casa en el futuro inmediato.

⁷³ Este punto ha sido reconocido desde tiempo atrás. Ver STORY, William W. Nota 27 *supra*. pp. 444-445. Ver también la discusión clásica del problema en TULLIUS CICERO, Marcus. "De Officiis". Volumen 3. Loeb Classical Library. 1975.

propia constitución física⁷⁴. Por ejemplo, si el solicitante tiene una historia de problemas al corazón que exámenes médicos practicados por la misma compañía de seguros no detectan, y si él no revela la información sobre los problemas cardíacos, la compañía aseguradora estaría permitida de resolver el contrato⁷⁵. En muchos casos, por supuesto, la no revelación de parte del solicitante podría constituir fraude (esto sería así, por ejemplo, si dentro del cuestionario se le preguntara sobre problemas cardíacos y él respondiera negativamente)⁷⁶. Pero, aun en la ausencia de fraude, usualmente se estima que el solicitante está en la obligación de hablar y revelar información, aun en el caso extremo de no habersele preguntado algo de forma específica⁷⁷. De esta manera, el mismo deber de revelar información es requerido de quien compra una póliza de seguros como del que vende una casa con un defecto latente (como una plaga de termitas). Desde un punto de vista económico, los dos casos son similares y es comprensible que los mismos requerimientos de revelar información sean aplicados a ambos. Derivado de su íntima familiaridad con su propia historia médica y sintomatología, el solicitante de una póliza de seguros estará en mejor posición que la compañía de seguros para prevenir la ocurrencia de un error de parte de la compañía sobre defectos latentes en la constitución del solicitante. Más importante aun, el solicitante debería tener un fuerte incentivo para adquirir información sobre su salud, sea que se imponga o no el deber de revelar información sobre sí mismo⁷⁸. En ese sentido, él se parece al dueño de la casa, quien tiene un incentivo para proteger la misma de la destrucción por las termitas, ya sea que fuese o no requerido a revelar información sobre la plaga de termitas. Ambos, el dueño de casa y el solicitante de la póliza de seguros, tienen razones independientes para producir información de esta clase, y el valor para ellos de la información no se verá

mermado, en la mayoría de los casos, por un requerimiento de revelar información.

C. El Deber de revelar información y los "Restatements"¹

Además de haber generado una sustancial jurisprudencia, el problema de revelar información en transacciones negociadas ha sido considerado por los compiladores de tres diferentes "Restatements". Resulta instructivo comparar el trato dado al problema de revelar información en manos de estos compiladores. El análisis desarrollado en este trabajo nos sugiere que los diferentes compiladores estuvieron más cercanos en su pensamiento acerca del deber de revelar información de lo que se aparenta.

La Sección 472 (1) (b) del "Restatement of Contracts (First)" indica que "no hay obligación de revelar información por la parte que conoce que la otra actúa en error respecto a información sobre hechos materiales no revelados, y si el error es mutuo la transacción originada sobre la base del mismo podría ser resuelta...". Como muchos de los principios compilados en los "Restatements", éste no muestra una figura clara, y sólo adquiere un contenido a la luz de los ejemplos que se ofrecen para ilustrar su significado. Dos de los cinco ejemplos que se anexan a la Sección 472 involucran situaciones que aparecen dentro de los parámetros contemplados de la Sección 472 (1) (b). Los dos ejemplos son los siguientes:

"A es propietario de dos terrenos, Blackacre y Whiteacre. B hace una oferta por escrito para comprar Blackacre por \$ 10,000. A sabe que B está equivocado sobre los nombres de los terrenos y que el terreno más valioso, Whiteacre, es aquel que B tiene en mente. A acepta la oferta de B sin revelar información sobre el

⁷⁴ Para una completa discusión sobre la obligación de revelar información en el contexto de los contratos de seguros, ver PATTERSON, Edwin W. "Essentials of Insurance Law". 1957. pp. 444-473. En un punto de su discurso, el Profesor Patterson realiza un punto de vista "económico", similar al desarrollado en este trabajo:

"La doctrina del ocultamiento en relación a los contratos de seguros es, y ha sido así de tiempo atrás, una regla de excepción en los contratos comerciales, y en todos los otros entre personas que negocian con inmediatez, A, una parte, no está requerida, por propia voluntad al tiempo de negociar el contrato, de revelar información a la otra parte, B, desde que el conocimiento que posee A del hecho X, que él sabe que le es desconocido a B, y que A conoce que B consideraría materia de importancia para la confección del contrato. Por ejemplo, si A ofrece vender a B una cantidad grande de granos de café, conociendo, y B no, que el reporte prospectivo de una falla del cultivo de café en el Brasil es falsa, B, contratando la compra en la ignorancia de este hecho no podría solicitar la nulidad del contrato bajo la premisa del silencio de A. [Citado en *Laidlaw v. Organ*]. La política que apoya esta regla está basada en la función económica del "mercado", como un proceso en el que el comerciante mejor informado provee un medio para la actividad de la compraventa de propiedad al "mejor" precio posible de obtener y por este servicio público son premiados permitiéndoseles utilidades por su conocimiento especializado. El proceso de negociación en un "mercado libre" sería tedioso e inestable si cada negociador tuviera que comunicar a los otros todas sus razones por los precios que pide u oferta". Ibid. pp. 446-447.

⁷⁵ Ver *Equitable Life Assurance Soc'y of United States v. McElroy*, 83 Fed. 631 (8th Cir. 1897) (la obligación de no revelar información de una operación de apendicitis en el periodo comprendido entre la firma de un formulario de seguro y la firma final del contrato); *Stipich v. Metropolitan Life Ins. Co.*, 277 U.S. 311 (9th Cir. 1928) (*dictum*).

⁷⁶ PATTERSON, Edwin W. Op. cit., p. 458.

⁷⁷ Asumiendo que él no tiene razones para creer que no revelar los hechos es materialmente relevante al riesgo asumido por el asegurador. Ibid. p. 456.

⁷⁸ Esto no sería verdad en cada caso si nosotros conociéramos que él se obliga a revelar información cada vez que la descubre, un asegurado con síntomas de disturbios podría evitar un examen médico por miedo a lo que podría revelar (de la misma manera que un requerimiento de revelar información podría, en algunas circunstancias, desanimar a un propietario que contempla vender de someterse a una inspección por termitas).

¹ Nota del traductor: Los "Restatements" son compilaciones a modo de codificación, ilustrados con ejemplos, de las normas contenidas en la jurisprudencia, que son periódicamente efectuadas por renombrados académicos por encargo del *American Law Institute*. Si bien no tienen valor normativo, son una fuente de consulta para jueces, abogados y académicos norteamericanos.

error de B. Aunque A, de ningún modo, podría ser reputado como causante del error original de B, el no revelar información es fraudulento”.

“A conoce que el negocio C, una corporación, ha sufrido serias pérdidas. Él sabe que B ignora las pérdidas y, sin revelar la información a B, contrata para venderle a B acciones de la compañía. A no tiene ninguna relación fiduciaria frente a B. El no revelar información de parte de A no constituye fraude. Si el error hubiese sido mutuo no hubiese resultado en la resolución del contrato”⁷⁹.

En cada uno de los casos, una parte está equivocada y la otra lo sabe. En ambos casos la parte que tiene el conocimiento exacto es el vendedor. Lo que distingue los dos casos es el tipo de conocimiento que poseen. Únicamente el conocimiento que se posee en el segundo caso (una especie de información de mercado) es probable que sea el fruto de una búsqueda, en la que la parte poseedora del conocimiento correcto ha hecho una inversión deliberada. El conocimiento especial que se posee en el primer caso ha sido obtenido por el vendedor –en su sentido más literal– por accidente. Requerir al vendedor, en el primer caso, que revele la información sobre el error de la otra parte, no lo desincentiva a hacer algo que igual hubiese hecho; imponer un requerimiento similar al vendedor en el segundo caso sí tendría un efecto desincentivador de este tipo. Aunque en nuestros días el resultado en el segundo caso hubiese sido afectado, sin ninguna duda, por nuestras complejas leyes de mercado de valores, sugiere que al diseñar una regla apropiada para revelar información, los compiladores del “Restatement of Contracts (First)” intuitivamente otorgaron una gran importancia a la distinción esbozada aquí entre las dos diferentes clases de conocimiento o de información.

El tratamiento dado a la revelación de información en el “Second Restatement of Torts” no contradice el análisis ofrecido aquí. La Sección 551 (2) (e) expresa que “una parte en una transacción comercial está obligada a revelar información a la otra, antes que la transacción quede consumada, sobre hechos básicos de la transacción, si sabe que la otra celebrará la transacción en error sobre los hechos, y que la otra parte, por la relación que los une, las costumbres mercantiles u otras circunstancias objetivas, razonablemente esperará que se le revele información sobre tales hechos⁸⁰”. En un comentario aclaratorio

que acompaña la Sección 551, el compilador expresó lo siguiente:

“Por lo general, como es extensivamente aceptado por las costumbres y principios de la comunidad, información superior y una mejor inteligencia para los negocios, constituyen ventajas legítimas que no conllevan responsabilidad. El demandado, razonablemente, esperará que el demandante haga sus propias investigaciones, llegue a sus propias conclusiones, y que se proteja a sí mismo; y si el demandante es indolente, inexperto o ignorante, o si su juicio es malo, o si no tiene acceso a información adecuada, el demandado no tiene obligación alguna de suplir sus deficiencias. Esto es generalmente cierto, cuando es el comprador de tierras o bienes muebles quien tiene la mejor información y omite revelarla; es, en todo caso, menos frecuente cuando se trata del vendedor”⁸¹.

La Sección 551 (2) (e) es ilustrada con el siguiente ejemplo:

“A es un experto en violines. Él visita casualmente la tienda de B donde se venden instrumentos musicales de segunda mano. Él encuentra un violín que, por razones de su conocimiento especializado y experiencia, reconoce como un Stradivarius legítimo, en buenas condiciones y valorizado, cuando menos, en \$50,000. El violín se encuentra a la venta por \$100. Sin revelar la información o su identidad, A compra el violín a B por \$100. A no es responsable frente a B”⁸².

A pesar de que la visita de A a la tienda de B se describe como “casual”, A, con certeza, ha incurrido en costos para obtener sus conocimientos acerca de instrumentos musicales y uno de los beneficios que anticipaba era el descubrir una obra maestra subvaluada (si esto es o no cierto, dependerá, en parte, del significado de ser un “experto en violín”. ¿Es un “experto en violín” alguien que toca el instrumento o el que lo colecciona? De ser lo segundo, entonces el descubrimiento de un desconocido Stradivarius probablemente constituirá uno de los beneficios que el experto anticipa derivar de su conocimiento especial). Sin tomar en cuenta los motivos que llevaron a A a convertirse en un experto, es posible asumir que muchos descubrimientos como el que nos ha servido de ejemplo son el resultado de una búsqueda deliberada en el sentido que le hemos atribuido líneas arriba.

Localizar valiosos instrumentos que han sido incorrectamente identificados por sus propietarios,

⁷⁹ “Restatement of Contracts”. 1932. § 472, Ilustraciones 2 y 4.

⁸⁰ “Restatement (Second) of Torts”. 1965. § 551, (2) (e) (Borrador Tentativo 11).

⁸¹ Ibid. Comentario e.

⁸² Ibidem.

tiene un útil propósito social: después que el Stradivarius ha sido descubierto, sin duda hallará su camino a las manos de un usuario que le dará un uso más valioso (por ejemplo, un concertista de violín o una universidad con una colección de instrumentos raros). Un Stradivarius no descubierto ciertamente será un bien mal asignado. Al traerlo a luz, un negociante acucioso y experto en instrumentos musicales promueve la eficiencia en la asignación de los escasos recursos de la sociedad. Si él ha incurrido en costos para lograr sus objetivos (y el desarrollo de destreza es uno, quizás el más importante, de estos costos), el cazador de gangas será desincentivado de realizar futuras búsquedas si no se le reconocen derechos de propiedad sobre cualquier información que adquiera (en la forma del privilegio de negociar sin revelar su información).

Del otro lado de la moneda, en tanto se le permita beneficiarse (sin costo) de la información que posee la otra parte y se elimina el riesgo de verse imposibilitado de recuperar una valiosa pieza subvaluada que ha vendido por error, el requerimiento de revelar información también reduce el incentivo del vendedor de buscar información (esto es, de identificar correctamente los atributos de su propiedad). En tanto reduce los incentivos, tanto del vendedor como del cazador de gangas, de iniciar una búsqueda deliberada, la obligación de revelar información incrementa las posibilidades de que el instrumento permanezca sin descubrirse y, por lo tanto, se encuentre mal asignado.

Los compiladores del "Second Restatement of Torts" ofrecen cuatro ejemplos para ilustrar las circunstancias en las cuales la Sección 551 (2) (e) requerirá a una parte con información especial revelarla. En el primer caso un vendedor vende una casa "sin revelar información de que el silo debajo de la casa está construido de tal manera que, a intervalos periódicos, acumula agua debajo de la casa"; en el segundo caso, el propietario de un negocio lo vende sin revelar información sobre el hecho de que el gobierno de los Estados Unidos le ha ordenado descontinuar su principal actividad; en el tercer caso, el propietario de un centro de diversiones lo vende "sin revelar el hecho de que ha sido materia de una redada policial y está siendo procesado por permitir prostitución y venta de marihuana en la localidad comercial", y, en el último caso, una parte vende un lugar de veraneo a otra sin revelar información de que una parte substancial del *resort* invade una carretera pública. El conocimiento especial involucrado en cada uno de los cuatro ejemplos dados difícilmente podría ser atribuido a una búsqueda deliberada de la información en la que la parte con el

conocimiento especializado ha realizado una inversión que de otra manera no hubiera efectuado. Todos ellos deben ser distinguidos, en este aspecto, del caso hipotético del violín. La línea que el compilador del "Second Restatement of Torts" ha trazado entre el deber de revelar información y el privilegio de permanecer en silencio es trazada ahí donde el análisis desarrollado en este trabajo nos sugiere que así debería ser.

El "Restatement of Restitution" trata el problema de revelar información en la Sección 12: "Una persona que confiere un beneficio a otra, manifestando que lo hace como una oferta para negociar que la otra parte acepta, o como la aceptación de una oferta que la otra ha hecho, no tiene derecho a solicitar restitución por un error que el otro no comparte y de cuya existencia el otro no conoce o sospecha". En el Comentario c de la Sección 12 el compilador afirma: "Cuando el transferido conoce o sospecha el error del transferente, la restitución está garantizada si, y sólo si, el hecho sobre el que se produce el error es uno que sirve de base transaccional, a menos que haya una relación especial entre las partes". El Comentario c es ilustrado con dos ejemplos.

"A, mirando joyería barata en una tienda que vende joyas baratas y caras, descubre una joya que reconoce como valiosa teniendo un valor no inferior a \$100, joya que reconoce haber sido colocada en ese lugar por error. Él le pregunta al vendedor por la joya y le ofrece 10 centavos por ella. El vendedor pone los 10 centavos en la caja registradora y le entrega la joya a A. El dueño de la tienda tiene derecho a la restitución porque no pretendió, y A lo sabía, negociar sino tan solo la joyería barata".

"A entra a un negocio de venta de libros de segunda donde, entre los libros vendidos a un dólar cada uno, descubre uno raro, con un valor de mercado que A sabe no baja de lo 50 dólares. Él le extiende el libro al propietario con un billete de un dólar. El propietario lee el título del libro y la tarjeta con el precio, se queda con el dólar y devuelve el libro a A. El librero no tiene derecho a restitución alguna, desde que no hubo error sobre la identidad del libro y ambas partes pretendieron negociar basados en la habilidad de cada uno para hacer la debida valuación del libro⁸³.

El segundo ejemplo nos recuerda el hipotético caso del violín en el "Second Restatement of Torts" y nos remite a valoración económica por las mismas razones. El primer ejemplo es de mayor intriga académica. La más resaltante diferencia fáctica entre el primer y el

⁸³ "Restatement of Restitution". 1936. § 12, Comentario c, Ilustraciones 8 y 9.

segundo ejemplo es que en este último sólo se vende libros usados, mientras que en el primero se vende joyas de primera y de segunda calidad. ¿Por qué este hecho debería hacer la diferencia en lo que respecta a la obligación de revelar información de parte del comprador? El compilador distingue dos situaciones en lo que concierne a las intenciones de negocio de las partes. Esta explicación no es satisfactoria, desde que falla en indicar por qué las intenciones deberían ser diferentes en los dos casos. Una forma alternativa de reconciliar los dos ejemplos aparentemente contradictorios podría ser la siguiente.

Uno puede imaginar con facilidad a un experto (en violines o libros) husmeando en tiendas de venta de segunda mano, con la esperanza de encontrar una pieza maestra subvaluada. No sería corriente que un cazador de oportunidades comerciales gaste su tiempo en las cajas de una tienda que vende tanto piezas de joyería finas como baratas, en la esperanza de encontrar una gema que haya sido mal clasificada.

El dueño de una tienda de joyas valiosas ciertamente será un experto discriminador entre las joyas valiosas y las que no lo son. Desde que él es un experto, y se toma un gran trabajo en escoger su mercadería, es improbable que cometa un error en la clasificación. Si errores similares ocurren más frecuentemente en tiendas de venta de objetos de segunda mano (sea porque sus dueños, generalmente, no tienen la habilidad o son descuidados al clasificar), un experto buscador de gangas descubrirá más fácilmente un objeto subvaluado en este tipo de tiendas que en una que vende joyería fina y barata. Asumiendo que esto sea verdadero, uno esperaría encontrar más búsquedas deliberadas en el primer caso que en el segundo. De aquí se podría desprender que el requerimiento de revelar información es más apropiado en la joyería que en la tienda de venta de libros usados.

Esta explicación es ciertamente endeble porque se apoya en una asunción indemostrable sobre la incidencia de errores de clasificación en los dos casos. Si la explicación no resulta satisfactoria, podría, por sí misma, ser una razón para rechazar el punto de vista de los compiladores o para creer que éstos no han compilado la ley con precisión.

III. ERROR UNILATERAL Y DEBER DE REVELAR INFORMACIÓN

La regla que señala que el error unilateral del oferente será excusado cuando dicho error es conocido o debiera ser conocido por la otra parte, se encuentra tipificada en los casos de ofertas erradas en un concurso y por aquellos otros en los cuales la parte incurre en error como consecuencia de no haber leído adecuadamente

un documento en particular (usualmente, el mismo contrato propuesto). En ambos casos, el conocimiento especial poseído por la parte que no incurre en error (el conocimiento del error de la otra parte) es poco probable que sea el fruto de una búsqueda deliberada. Puesto de otra manera, una regla que lo obligue a revelar la información que posee, no causará que modifique su conducta, de tal manera que la producción de información relevante sea reducida.

Un contratante que recibe una oferta equivocada, por ejemplo, usualmente se dará cuenta del error (en caso de percatarse) al comparar la oferta que recibe con otras que han sido presentadas, o percatándose de un error evidente a la luz de la oferta misma. En cualquiera de los casos, su conocimiento del error surge en el curso de un examen rutinario de la oferta que efectuaría de cualquier manera. La parte que recibe la oferta tiene un incentivo independiente de analizar con agudeza las ofertas que le llegan: la rentabilidad de su negocio requiere que actúe de esa manera. Es por supuesto cierto que la habilidad del receptor de la oferta hará que le sea más fácil identificar ciertos errores en las ofertas que le sean remitidas. Sin embargo, el hecho de detectar errores de redacción o de cálculo no será una de las razones principales por las que se convirtió en un experto desde un principio. Una regla que obligue a revelar información sobre errores de este tipo no servirá de obstáculo, ni desanimará las inversiones destinadas a desarrollar el nivel de destreza que facilita la detección de tales errores.

En la primera parte de este trabajo, argumenté que una regla que requiriera se revele información cuando un error unilateral es conocido o susceptible de ser conocido por la otra parte tiene sentido económico puesto que la parte con conocimiento es –al momento de la celebración del contrato– quien puede prevenir los errores a menor costo. Si la parte que posee información especial ha invertido deliberadamente en su producción –y si esta información es socialmente útil (de tal manera que su producción resulte deseable desde un inicio)– los costos de su búsqueda deben ser considerados al determinar si es en realidad el que puede prevenir los errores a menor costo. En los casos más citados para apoyar la tesis de que un error unilateral será eximente cuando es conocido o pudo ser razonablemente conocido por la otra parte (por ejemplo, la oferta errada en un concurso y los casos de documentos mal leídos), es poco probable que la información especial en cuestión sea fruto de una inversión deliberada. Así presentadas las cosas, las conclusiones alcanzadas en la primera parte de este trabajo se confirman.

Los casos de errores unilaterales no se distinguen, en principio, de los otros casos contractuales discutidos

en la segunda parte de este trabajo, que imponen el deber de revelar información. Estos casos se distinguen como grupo por el hecho de que en cada uno de ellos el interés social en la eficiencia es mejor servido al asignar los riesgos de un error unilateral a la parte que posee el conocimiento (habida cuenta que no es probable que esta situación lo desanime de producir información socialmente útil). En los casos en que se permite que la información no sea revelada, una asignación similar del riesgo –como he intentado demostrar– eliminaría el incentivo privado para producir tal información y, por tanto, trabajaría en desmedro de la sociedad en su conjunto. Cuando se miran las cosas de esta manera, tanto los casos que requieren que la información sea revelada (incluyendo los casos de errores unilaterales) y los que permiten que no se revele información, parecen sujetarse a (o por lo menos son consistentes con) el principio de la eficiencia.

CONCLUSIÓN

En este trabajo he puesto énfasis en la manera en que una rama del Derecho de los contratos promueve la eficiencia alentando la búsqueda deliberada de información socialmente útil. Esto es así, como lo he argumentado, al ofrecer a los poseedores de la información el derecho de negociar con otros sin verse obligados a revelar la información que conocen. Este derecho es, en esencia, un derecho de propiedad, y he tratado de demostrar que la ley tiende a reconocer un derecho de esta naturaleza cuando la información es el resultado de una búsqueda deliberada y costosa, y a no reconocerlo cuando la información es obtenida casualmente. La distinción básica entre los dos tipos de información (y la teoría de los derechos de propiedad que se basa en ella) introduce un orden en los casos en que existe un deber de revelar información y elimina el aparente conflicto entre los casos que permiten que

no se revele información y la bien establecida regla que señala que los errores unilaterales cometidos por el oferente serán eximibles si el error es, o razonablemente pudo ser, conocido por la otra parte.

Aun a pesar de haber confinado mi discusión al Derecho de los contratos –aunque debe admitirse, a una parte pequeña de éste– el acercamiento teórico desarrollado en la segunda parte de este trabajo puede probar ser útil en el análisis de problemas relacionados en otras áreas del Derecho. Por ejemplo, ¿hasta qué grado puede decirse que los requerimientos de revelar información en nuestras normas de mercado de valores, las cuales están destinadas a frustrar el *insider trading*, se sustentan (y se justifican) en la idea de que la información privilegiada ha sido obtenida casualmente y no por un intento consciente de producirla?⁸⁴ Si esto resulta ser, en efecto, uno de los principios en que se apoyan los requerimientos para revelar información contenidos en nuestras leyes del mercado de valores, ¿qué conclusiones, si alguna, podrían trazarse sobre el alcance de estos requerimientos? Por ejemplo, ¿cuánta información debería un oferente público de adquisición revelar públicamente acerca de sus planes para la compañía que espera adquirir? ¿El análisis ofrecido en este trabajo, acaso, da luces sobre los requerimientos de “no evidencia” de las leyes de patentes?⁸⁵ (¿Será ésta, quizás, una herramienta legal para discriminar entre la información que es el resultado de una búsqueda deliberada y la que no lo es?) ¿Acaso las distinciones que se sugieren aquí nos ayudan a comprender la proliferación de requerimientos para revelar información en el campo de los productos para el consumidor y darnos una mejor idea sobre si son deseables o no? Una teoría legal que nos de un marco común para el análisis de esta y otras preguntas tendría un atractivo considerable.

⁸⁴ Discusiones útiles de la economía de los requerimientos de revelar información en el campo del Mercado de Valores podrá ser encontrado en MANNE, Henry G. “Insider Trading and the Stock Market”. 1966; FAMA, Eugene F. y Arthur B. LLAFFER. “Information and Capital Markets”. En *Journal Business* 44. 1971. pp. 297-298.

⁸⁵ Ver KITCH, Edmund W. “Graham v. John Deere Co: New Standars for Patents”. En: *Supreme Court Review*. 1966. p. 293.