

# BOLETÍN DEL MINISTERIO DE JUSTICIA

■ Año LXV   ■ Núm. 2130   ■ Abril de 2011



## ESTUDIO DOCTRINAL

### LA RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL EN LA PROPUESTA DE MODERNIZACIÓN DEL DERECHO DE OBLIGACIONES Y CONTRATOS

MARÍA PAZ GARCÍA RUBIO



GOBIERNO  
DE ESPAÑA

MINISTERIO  
DE JUSTICIA

ISSN: 1989-4767

[www.mjusticia.es/bmj](http://www.mjusticia.es/bmj)

## LA RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL EN LA PROPUESTA DE MODERNIZACIÓN DEL DERECHO DE OBLIGACIONES Y CONTRATOS\*

**MARÍA PAZ GARCÍA RUBIO**  
Catedrática de Derecho Civil  
Universidad de Santiago de Compostela

### **Resumen**

*La Propuesta de Modernización del Código civil en materia de Obligaciones y Contratos, elaborada por la Sección Civil de la Comisión General de Codificación pretende la puesta al día del Derecho de Obligaciones contenido en el decimonónico Código civil español, pretensión totalmente concorde con lo que ha sucedido y está sucediendo en todo nuestro entorno jurídico. En esta línea, la Propuesta contiene abundantes normas relativas a la fase previa a la celebración del contrato, referidas básicamente a los deberes existentes en este periodo, a las consecuencias de la ruptura de las negociaciones contractuales, a la violación del deber de confidencialidad en el periodo precontractual, a la relación entre la violación de aquellos deberes y la validez del contrato, así como a los remedios disponibles en tales supuestos.*

*El objeto de este artículo es realizar un primer acercamiento a esas normas, exponer sus fuentes de inspiración, algunos de los principales problemas que pueden plantear, tratar de avanzar algunas soluciones y, en la medida en que estamos ante una Propuesta, sugerir algunos cambios en los textos que puedan ayudar a su mejora.*

### **Palabras clave.**

*Responsabilidad precontractual, culpa in contrahendo, buena fe precontractual, ruptura injustificada de las negociaciones, ruptura del deber de confidencialidad, validez e invalidez del contrato, remedios ante el incumplimiento.*

### **Abstract**

*The Proposal of the Civil Section of the "Comisión General de Codificación" aims to reform the Law of Obligations of the Spanish Civil Code enacted in the 19<sup>th</sup> century. Amongst others the Proposal contains several enlightening rules about the formation of a contract and the pre-contractual phase, particularly about the legal duties that apply during negotiations, the breakdown of negotiations and the remedies in case of mistake, fraud and provision of incorrect information to the other party. Most of these set of rules are inspired in the most important texts of the modern Law of Obligations, like the Principles of European Contract Law (PECL) and the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts.*

*The purposes of this paper are to introduce these provisions, to explain the main subject matters related to them and to establish some interpretative criteria that could be useful in order to balance the general principles of freedom of contract (freedom from contract) and good faith.*

### **Key words**

*Precontractual liability, culpa in contrahendo, good faith and fair dealing, negotiations contrary to good faith, breach of confidentiality, validity, remedies for non-performance.*

\* Este trabajo se ha publicado previamente en el Anuario de Derecho civil, 2010, fascículo IV, pp. 1621-1642. Fecha de recepción: 25-2-2011. Fecha de aceptación: 28-2-2011

## Sumario

*I. Introducción.*

*II. Responsabilidad en el curso de las negociaciones.*

*III. Responsabilidad por incumplimiento de los deberes precontractuales, cuando el contrato se ha llegado a celebrar.*

## I. INTRODUCCIÓN

El objeto de este trabajo es realizar un primer análisis de la Propuesta para la modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos elaborada por la Sección de Derecho Civil de la Comisión General de Codificación en el punto relativo a la responsabilidad que surge por la violación (o el incumplimiento) de los deberes dimanantes de la fase anterior a la celebración del contrato o periodo precontractual, incumplimiento que puede o no proyectarse en el contrato según éste se llegue o no a celebrar.

Esta materia está prácticamente ausente en el Código civil vigente en el que se da muy poca importancia a la fase precontractual. Hasta hace apenas unas décadas tampoco era objeto de especial preocupación doctrinal en nuestro país, tendencia que sin embargo puede decirse sin temor a equivocarse que cambió a partir de los años ochenta<sup>1</sup>.

Según la Exposición de Motivos de la Propuesta para la modernización del Derecho de obligaciones y contratos presentada por la Comisión General de Codificación en 2009, dos son sus finalidades básicas: (1) tratar de establecer las reglas que resulten más acordes con las necesidades apremiantemente sentidas en los tiempos que corren; (2) buscar la mayor aproximación posible del Derecho español a los ordenamientos europeos, tal y como éstos son concebidos hoy. Creo que ambas finalidades se alcanzan de manera paradigmática en el tema objeto de esta contribución. La importancia de la fase que precede a la celebración del contrato y el conjunto de deberes que competen a las partes inmersas en este proceso (sobre todo el deber de información) ha crecido de manera exponencial en los últimos decenios, como demuestra el aumento espectacular de las normas que, tanto a nivel internacional y comunitario como estatal, se refieren precisamente a esta etapa de la vida del contrato. Estas normas tienen bastantes puntos en común que también comparten las ahora incluidas en la Propuesta. Para su análisis dividiré el trabajo en dos partes: (1) el supuesto de negociaciones que se agotan en sí mismas; (2) el supuesto en el que, a pesar de la infracción de los deberes precontractuales, el contrato se llega a celebrar.

## II. RESPONSABILIDAD EN EL CURSO DE LAS NEGOCIACIONES

El Capítulo II del Título II (De los contratos) del Libro IV del CC se rubrica en la Propuesta “De la formación del contrato”. Tiene nada menos que siete secciones y más de veinte artículos (del 1245 al 1268), lo que prueba la entidad de la preocupación que siente ahora el prelegislador por esta etapa de la vida contractual.

<sup>1</sup> Precedentes en trabajos de DE COSSIO, A. *El dolo en el Derecho civil*, 1955, o de ALONSO, M. “La responsabilidad precontractual”, *RCDI*, 1971, pp. 859-922. Posteriormente, MANZANARES, A. “La responsabilidad precontractual en la hipótesis de ruptura injustificada de las negociaciones preliminares”, *ADC*, 1984, pp. 687-748; “La naturaleza de la responsabilidad precontractual o culpa in contrahendo”, *ADC*, 1985, p. 979-1004; ASÚA GONZÁLEZ, C.I. *La culpa in contrahendo. Tratamiento en el Derecho alemán y presencia en otros ordenamientos*, 1989; GARCÍA RUBIO, M.P., *La responsabilidad precontractual en el derecho español*, 1991; GÓMEZ CALLE, E., *Los deberes precontractuales de información*, 1994.

Trataré de detenerme con un cierto pormenor en el primero de los artículos de este capítulo, esto es, el 1245, que constituye la Sección primera y se rubrica “De las negociaciones”. Su contenido es el siguiente:

*“1. Las partes son libres para entablar negociaciones dirigidas a la formación de un contrato, así como para abandonarlas o romperlas en cualquier momento.*

*2. En la negociación de los contratos, las partes deberán actuar de acuerdo con las exigencias de la buena fe.*

*3. Si durante las negociaciones, una de las partes hubiera facilitado a la otra una información con carácter confidencial, el que la hubiera recibido sólo podrá revelarla o utilizarla en la medida que resulte del contenido del contrato que hubiera llegado a celebrarse.*

4. La parte que hubiera procedido con mala fe al entablar o interrumpir las negociaciones será responsable de los daños causados a la otra.

*En todo caso, se considera contrario a la buena fe entrar en negociaciones o continuarlas sin intención de llegar a un acuerdo.*

*5. La infracción de los deberes de que tratan los apartados anteriores dará lugar a la indemnización de daños y perjuicios. En el supuesto del apartado anterior, la indemnización consistirá en dejar a la otra parte en la situación que tendría si no hubiera iniciado las negociaciones.*

No cabe duda que este precepto se inspira directamente en los PECL o Principios Lando, que en su art. 1:201 consagra entre las disposiciones generales el principio de buena fe cuando afirma en su párrafo primero

#### *Artículo 1:102: Libertad contractual*

*(1) Las partes son libres para celebrar un contrato y establecer su contenido, dentro del respeto de la buena fe y de las normas imperativas dispuestas por los presentes principios.*

Posteriormente, bajo la rúbrica “Responsabilidad por negociaciones”, la Sección 3 del Capítulo 2 de los PECL incluye dos artículos que respectivamente se denominan “negociaciones contrarias a la buena fe” (art. 2:301) y “ruptura de la confidencialidad” (art. 2:302). En virtud del precitado art. 2:301

*(1) Las partes son libres de negociar y no son responsables por el hecho de que no se alcance un acuerdo*

*(2) Sin embargo, la parte que hubiera negociado o roto las negociaciones en forma contraria a la buena fe y a la lealtad, es responsable de las pérdidas causadas a la otra parte.*

*(3) Es contrario a la buena fe y a la lealtad, en particular, que una de las partes inicie o continúe negociaciones sin intención real de alcanzar un acuerdo con la otra.*

Por su parte, como se ha dicho ya, el art. 2:302 PECL contiene lo que algunos consideran una regla especial de c.i.c relativa a la violación de los deberes de confidencialidad cuando señala:

*«Si en el curso de una negociaciones, una de las partes facilita a la otra una información confidencial, esta última queda obligada a no revelar la información recibida, ni a utilizarla para sus propios fines, tanto si el contrato queda posteriormente concluido como si no. La inobservancia de este deber puede incluir una compensación por pérdida sufrida y la restitución del beneficio obtenido por la otra parte».*

Aunque reitero que me parece evidente la inspiración del art. 1245 de la Propuesta en estos receptos de los PECL, no se debe desconocer que en otros instrumentos normativos del moderno Derecho de contratos existen normas muy semejantes a las que se acaban de reproducir. Baste mencionar, sin ánimo de exhaustividad, los arts. 2.1.15 y 2.1.16 de los Principios Unidroit<sup>2</sup> y, dentro del ámbito académico, los arts. II.-3:301 y II.-3:302 y II.-3:501 del DCFR. Por tanto, es bien claro que el art. 1245 de la Propuesta se sitúa en la línea del moderno derecho contractual europeo e internacional<sup>3</sup>.

Trataremos brevemente de analizar su forma y su contenido a fin de poner de relieve algunos de los problemas más interesantes entre los que suscita.

Desde el punto de vista de su estructura, el art. 1245 de la Propuesta comienza por proclamar en su párrafo primero el principio de libertad contractual, específicamente referido a la libertad de entablar y romper las negociaciones, para establecer en el párrafo segundo el límite a esa libertad que representa la buena fe, también aquí ubicada en la fase precontractual. Aunque con toda probabilidad no es esta la ocasión para analizar la relación entre dos principios básicos del moderno derecho contractual, al menos en el ámbito continental<sup>4</sup>, lo cierto que es que proyectan su valor informador en todo el derecho de contratos, por lo que tal vez podría valorarse la conveniencia de expresarlos con carácter general dentro de las Disposiciones Generales del Capítulo I de la Propuesta, como hacen los Lando y los Unidroit, lo que les daría fuerza irradiante también para la fase precontractual.

En cualquier caso, lo que me interesa destacar aquí es que, incluso desde los planteamientos de la economía de mercado más estrictamente liberal, el principio de libertad contractual está

2 En el art. 2.1.15, bajo la rúbrica “Negociaciones de mala fe” se dice,

(1) Las partes tienen plena libertad para negociar los términos de un contrato y no son responsables por el fracaso en alcanzar un acuerdo.

(2) Sin embargo, la parte que negocia o interrumpe las negociaciones de mala fe es responsable por los daños y perjuicios causados a la otra parte.

(3) En particular, se considera mala fe que una parte entre en o continúe negociaciones cuando al mismo tiempo tiene la intención de no llegar a un acuerdo.

Por su parte, según el art. 2.1.16, rotulado “Deber de confidencialidad”

*Si una de las partes proporciona información como confidencial durante el curso de las negociaciones, la otra tiene el deber de no revelarla ni utilizarla injustificadamente en provecho propio, independientemente de que con posterioridad se perfeccione o no el contrato. Cuando fuere apropiado, la responsabilidad derivada del incumplimiento de esta obligación podrá incluir una compensación basada en el beneficio recibido por la otra parte.*

3 También en el ámbito interno. Destacable es la inserción en 2002 del § 311 BGB de la normativa de *culpa in contrahendo*, hasta entonces de elaboración doctrinal y desarrollo jurisprudencial, con una calificación de la relación como obligatoria y extendiendo la disciplina a los terceros, distintos de los futuros contratantes que intervienen en los tratos o en la conclusión del contrato (GARCÍA RUBIO M.P./OTERO CRESPO M., “La responsabilidad precontractual en el Derecho contractual europeo”, *Indret*, abril 2010, disponible en <http://www.indret.com>). El reflejo legal de la responsabilidad precontractual también puede producirse en breve en Francia: limitándonos ahora a la fase negociadora, según los arts. 21 y 22 del *Projet de Reforme du Droit des Contrats*, presentado por el Ministerio de Justicia francés en Julio de 2008, “*L’initiative, le déroulement et la rupture des négociations précontractuelles sont libres. // La conduite ou la rupture fautive de ces négociations oblige son auteur à réparation sur le fondement de la responsabilité délictuelle. La faute est notamment constituée lorsque l’une des parties a entamé ou a poursuivi des négociations sans intention de parvenir à un accord // Les dommages et intérêts ne peuvent avoir pour objet de compenser la perte des bénéfices attendus du contrat non conclu*”; “*Indépendamment de toute rupture, celui qui utilise sans autorisation une information confidentielle obtenue à l’occasion des négociations engage sa responsabilité délictuelle*”. Ya con anterioridad, el *Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, presentado en 2005, conocido como *Avant-projet Catala*, contenía tres disposiciones (arts. 1104, 1104-1 y 1104-2) sobre la fase de negociaciones (CATALA P., *Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, La documentation Française, 2006, p. 84). Para una perspectiva comparada muy interesante, CARTWRIGHT, J./HESSELINK, M., *Precontractual Liability in European Private Law*, Cambridge University Press, 2008.

4 La inexistencia de un principio general de buena fe en la fase precontractual en los sistemas del *common law* es opinión general, si bien cada vez más matizada, que sin embargo no impide la existencia de particulares responsabilidades para cubrir algunos eventos propios de la fase precontractual (García Rubio M.P./Otero Crespo M., “La responsabilidad precontractual en el Derecho contractual europeo”, 2010, y doctrina allí citada).

limitado, o mejor, se contraponen en el sentido señalado por Canaris<sup>5</sup>, al principio de buena fe, el cual actúa de modo imperativo. En este sentido no sobraría en la Propuesta una referencia, como la que se hace en el II.-3:301 (2) DCFR, en el que expresamente se dice que “*A person who is engaged in negotiations has a duty to negotiate in accordance with good faith and fair dealing. This duty may not be excluded or limited by contract*”<sup>6</sup>.

Siguiendo con los aspectos estructurales, tal vez sea preferible seguir la senda de los textos comparados y colocar el supuesto de ruptura de las negociaciones de forma contraria a la buena fe antes que el de ruptura de la confidencialidad o incluso, como se hace también en estos textos, situar este último caso en un precepto separado, toda vez que, como se verá posteriormente, puede que las consecuencias jurídicas de una y otra ruptura no sean idénticas. Además, a mi entender, existe una cierta reiteración entre el contenido del punto primero del párrafo 4 de este art. 1245 y los párrafos 2 y 5: el supuesto de entablar o interrumpir las negociaciones con mala fe es un caso claro de actuación contraria a la buena fe del párrafo 2 y la responsabilidad por daños ya se contiene con carácter general en el párrafo 5. A mi juicio, el contenido normativo del precepto sería el mismo si desapareciese este punto primero del párrafo 4.

Desde el punto de vista del contenido del art. 1245 de la Propuesta, lo primero que hay que destacar es que la regla general sería que no existe responsabilidad por la ruptura de las negociaciones producida antes de llegar a un acuerdo, al menos que esa ruptura haya sido contraria a la buena fe. La cuestión estará pues en decidir cuándo se ha producido esa contrariedad. El precepto no impide, a falta de otro tipo de acuerdos, la realización de negociaciones paralelas, circunstancia que se considera perfectamente racional desde el punto de vista económico. Lo que sí se señala como situación particular contraria a la buena fe en el punto segundo del párrafo 4 es la de entrar o continuar negociaciones sin intención de alcanzar un acuerdo, si bien debe subrayarse que hay otras posibles actuaciones calificables como de mala fe, como el inducir dolosa o negligentemente a error en la otra parte sobre las características o términos del contrato o como, en general, la violación de deberes de información, situaciones sobre las que nos detendremos posteriormente.

Volviendo al marco de la ruptura de las negociaciones, cabría preguntarse si existe o no un punto a partir del cual ya no es posible apartarse de ellas. Parece que la propia autonomía de la voluntad de las partes negociadoras puede limitar la libertad de ruptura<sup>7</sup>, e incluso dentro de los preceptos de la Propuesta de modernización existen algunas limitaciones de origen legal: así, cuando la formación del contrato se produce a través del mecanismo de la oferta y la aceptación, el art. 1248 establece la irrevocabilidad (y la imposibilidad de retirada) de la oferta (que ya ha llegado al destinatario) en una serie de casos. Pero incluso fuera de estas situaciones, en algunos ordenamientos, como el holandés, llega un momento

5 Pertenece a la esencia misma de los principios generales del derecho el entrar frecuentemente en conflicto los unos con los otros y empujar a soluciones contrapuestas cuando cada uno de ellos se toma por sí solo. Por consiguiente, ha de alcanzarse un compromiso con arreglo al cual se asigne a cada principio un determinado ámbito de aplicación, de forma que se limiten recíprocamente sin romper la coherencia del sistema. Por ello, el autor germano distingue entre contraposiciones y contradicciones de principios y señala que la expresión contradicciones entre principios debe reservarse para las auténticas contradicciones, esto es, las contradicciones valorativas que dañan la coherencia y unidad internas del ordenamiento jurídico, su armonía, y que, por tanto, deben ser en lo posible, evitadas o eliminadas (CANARIS, C.W, *El sistema en la Jurisprudencia*, 1998, pp. 151-152).

6 Esta imperatividad no está tan clara en los Principios Unidroit; en contra, KLEINHEISTERKAMP J., *Commentary on the Unidroit Principles of International Commercial Contracts (PICC)*, VONGENAUER S/KLEINHEISTERKAMP J. ed. 2009, pp. 300-301.

7 Como ha señalado recientemente DIEZ-PICAZO, L, “La existencia del contrato”, *AAMN*, 2009, núm. 39, pp. 179-194 (en adelante 2009b), la especial complejidad que han ido adquiriendo muchas negociaciones conlleva que no sea raro que, sobre todo en negociaciones de especial importancia las partes prefieran regular por sí mismas esa fase de negociación, en lugar de remitirla a albur de un Derecho legal inexistente o escaso. Dentro de estos acuerdos propios de la fase preliminar, de muy diferentes tipos, cabe destacar las llamadas cartas de intenciones, en las cuales las partes se ponen de acuerdo exclusivamente sobre determinados puntos de una negociación que queda abierta. En ellas las partes se comprometen a negociar, a desarrollar la negociación de acuerdo con los criterios de buena fe, a no llegar a cabo negociaciones paralelas con terceras personas, a mantener una absoluta confidencialidad sobre las informaciones que se han recibido y a algunos otros extremos parecidos (DIEZ-PICAZO, L. 2009b, p. 186).

en el que las partes dejan de tener libertad para romper las negociaciones<sup>8</sup>. Este punto de no retorno, que se va alcanzando de manera gradual, depende de las circunstancias del caso, en particular de la medida en que la otra parte, teniendo en cuenta la conducta de la primera, tenga razones para confiar en el resultado positivo de las referidas negociaciones, así como el número de temas relativos al futuro contrato sobre los que las partes ya han llegado a un acuerdo.

No parece que, ni *lege data* ni *lege ferenda*, ésta sea la solución más adecuada para el Derecho español, en el que sin embargo tampoco se sigue la tesis más liberal a la hora de romper las negociaciones propia de los sistemas del *common law*<sup>9</sup>. La relativamente escasa jurisprudencia española existente en la materia parece considerar que el hecho de entrar en negociaciones con alguien e, incluso, el de llegar a un grado avanzado en ellas, no implica el deber de alcanzar un acuerdo, de suerte que la libertad contractual incluye también la libertad de apartarse de las negociaciones en cualquier fase en que éstas se encuentren<sup>10</sup>. Cabe decir, no obstante, que las decisiones del Tribunal Supremo existentes hasta la fecha no son un referente seguro para establecer pautas claras de responsabilidad por ruptura de tratos, pues en ocasiones sencillamente la niegan<sup>11</sup>, mientras que en otras parecen

8 Según los tribunales holandeses (el *leading case* es de 1982, *Plas/Valburg*) (CARTWRIGHT J/HESSELINK M., 2008, p. 46) el proceso negociador puede delimitarse en tres fases o estadios: en la primera fase los negociadores pueden romper libremente su relación; en la segunda son todavía libres de hacerlo, pero a costa de indemnizar los gastos en los que hubiera incurrido la otra parte; finalmente en la tercera, ya no existe libertad de ruptura. Esto sucede cuando la otra parte ha llegado a creer razonablemente que el contrato se celebrará, o cuando se dan otras circunstancias que convierten la ruptura en inaceptable, si bien es cierto que los tribunales son muy cautos a la hora de decidir que en un caso particular se ha llegado a este estadio. Por consiguiente, las negociaciones pueden llegar a una fase en la que ya no es lícito apartarse de ellas y, si eso se llega a hacer, el causante de la ruptura incurre en responsabilidad, cuyas consecuencias pueden alcanzar el llamado interés contractual positivo. Incluso el tribunal puede obligarle a continuar las negociaciones y, según una parte de la doctrina holandesa, también a celebrar el contrato (GARCÍA RUBIO M.P./OTERO CRESPO M., 2010). Sin embargo, tanto la doctrina holandesa como la jurisprudencia más reciente en los Países Bajos tienden a limitar el alcance de la doctrina dimanante del caso *Plas/Valburg* (CARTWRIGHT J/HESSELINK M., 2008, pp. 48-49).

9 Por ejemplo, el Derecho inglés que desconoce la categoría de la responsabilidad precontractual y parte de la idea de que el riesgo de que una parte rompa las negociaciones antes de haber llegado a un acuerdo se considera "*business loss*", y por tanto en principio no habría responsabilidad por su ruptura. Debe tenerse en cuenta que, como se ha dicho ya, el principio de "buena fe" no se reconoce como tal en el *common law*, de tal manera que no existe ninguna obligación de comportarse durante las negociaciones con arreglo a sus dictados. El *leading case* en este punto es el ya citado caso *Walford v. Miles*, en el que Lord Ackner afirma: "*Each party to the negotiations is entitled to pursue his (or her) own interest, so long as he avoids making misrepresentations. To advance that interest he must be entitled, if he thinks it appropriate, to threaten to withdraw from further negotiations or to withdraw in fact, in the hope that the opposite party may seek to reopen the negotiations by offering him improved terms [...]. In my judgment, while negotiations are in existence either party is entitled to withdraw from those negotiations, at any time and for any reason*". No obstante, tanto la literatura jurídica posterior, como la jurisprudencia se muestran insatisfechos con la rigidez del planteamiento de la sentencia (CARTWRIGHT J/HESSELINK M., 2008, p. 467). Con todo, precisamente por lo restrictivo de los supuestos de responsabilidad por ruptura, lo frecuente en el Derecho inglés es que las partes que deseen protegerse frente a los riesgos de una posible ruptura de negociaciones, sobre todo en el caso de los profesionales, celebren acuerdos destinados a asegurar el reembolso de los gastos para el caso de que el contrato no sea finalmente celebrado (GARCÍA RUBIO/OTERO CRESPO, 2010 y doctrina allí citada).

10 Entre otras, STS 3 de junio de 1998 (RJ\1998\3715), en la que existía además un "acuerdo de intenciones". Muy interesante, la STS (Sala de lo Social) de 9 de marzo de 1988, (RJ\1998\2372) en un supuesto en el que se trataba de la negociación de un convenio colectivo en el sector aéreo. Los sindicatos reclamantes sostenían que, a pesar de que no se había firmado el texto final, se había llegado a acuerdos parciales vinculantes. El Tribunal Supremo anula la sentencia de la Audiencia Nacional que había aceptado ese planteamiento y estima que "...en un proceso negociador se van produciendo acuerdos parciales de esa finalidad ..., pero ese concierto en el consentimiento, salvo decisión expresa de los interesados carece de valor si no se logra el acuerdo global que desean los negociadores...". Para CARRASCO PERERA, A, "Cartas de intenciones, precontratos, responsabilidad in contrahendo y obligatoriedad de los tratos en la jurisprudencia española", AC, núm. 21, abril 2006, ib 2005\2648, ésta es sin duda la sentencia más importante producida en el Derecho español sobre los tratos preliminares,

11 Como en el supuesto de la STS 13 de diciembre de 1989 (RJ\1989\8824), al estimarse que se pide la indemnización por incumplimiento de un acuerdo que todavía no existía.

atisbarla con cierta timidez<sup>12</sup>, si bien tampoco aciertan a dejar claros sus presupuestos<sup>13</sup>. En su descargo se debe reconocer que la especial complejidad que adquieren las negociaciones en algunos casos hace muy difícil la determinación del momento en el que se produce el tránsito entre esta fase puramente negociadora y el genuino acuerdo contractual, siendo este segundo momento al cual, en general, apela al menos de una de las partes en su reclamación judicial<sup>14</sup>.

Retornando al texto del art. 1245 de la Propuesta, y pasando a considerar las consecuencias jurídicas de la ruptura de tratos contraria la buena fe, el párrafo 4 señala que la parte que haya procedido de mala fe “*será responsable de los daños causados a la otra*” y, con carácter general, conforme al párrafo 5 “*La infracción de los deberes de que tratan los apartados anteriores dará lugar a la indemnización daños y perjuicios. En el supuesto del apartado anterior (ruptura de tratos), la indemnización consistirá en dejar a la otra parte en la situación que tendría si no hubiera iniciado las negociaciones*”.

Viene siendo un lugar común en la literatura jurídica el señalar que la indemnización debida por ruptura de las negociaciones contraria a la buena fe alcanza al interés en la confianza o interés negativo, que coloca al dañado en la misma situación en la que estaría de no haber iniciado las negociaciones, de suerte que no le corresponde (con algunas excepciones como las mencionadas para el caso holandés) ni la imposición del contrato ni la indemnización por el interés positivo o interés derivado de la celebración y posterior cumplimiento del contrato frustrado<sup>15</sup>. Esto es precisamente lo que recoge nuestra Propuesta. Ocurre, sin embargo, que no existe acuerdo a la hora de considerar qué queda incluido y qué no dentro de ese interés negativo. Desde luego que lo están los gastos realizados por la parte perjudicada con vistas a la celebración del contrato frustrado, pero queda por ver si también lo estarían, por ejemplo, las pérdidas de otras oportunidades de contratar<sup>16</sup>. Por la afirmativa se pronuncian entre otros los comentaristas de los PECL<sup>17</sup> o de los Principios Unidroit<sup>18</sup>, respuesta que también parece

12 STS de 3 de junio de 1994 (RJ\1994\4576) y STS de 19 de julio de 1994, (RJ\1994\6698), en las que tampoco se estima la responsabilidad por incumplimiento de un presunto precontrato, pero en las que *obiter dicta* se afirma que “la fijación de una indemnización de daños y perjuicios no va siempre vinculada al incumplimiento de un precontrato, puesto que, también cabe *en casos excepcionales* que se atribuya a la ruptura de tratos preliminares al contrato” (el énfasis es añadido). En la STS de 25 de abril de 2008, (RJ\2008\1994), se desestima la demanda porque “no se pasó de conversaciones preliminares o actos previos al contrato de compraventa”, pero no se había pedido la responsabilidad por ruptura, sino el cumplimiento del contrato que no se probó que hubiera sido celebrado. En la STS de 15 de junio 2009 (RJ\2009\3394) el alto tribunal no estima la responsabilidad por la concurrencia de tratos preliminares (sic) al considerar que ni siquiera existía causalidad material entre los tratos y la producción del daño.

13 Por ejemplo, estima que la conducta ha de ser negligente para que surja la responsabilidad la STS de 16 de diciembre de 1999, (RJ\1999\8978) si bien considera que esa negligencia “está constituida por una falta de lealtad cuyo núcleo fue una ruptura unilateral...”. En la STS de 14 de junio de 1999, (RJ\1999\4105) no se aprecia responsabilidad por ruptura al considerar que la parte perjudicada lo fue por precipitación o por propia negligencia, sin que el otro hubiera hecho nada desleal para inducirla.

14 Sobre la dificultad de determinar en muchos casos el momento en el que comienza a existir un contrato, DIEZ-PICAZO, L., 2009b, pp. 179-194.

15 GARCÍA RUBIO, M.P., 1991, p. 230 ss. Sobre el concepto y alcance de las figuras de los llamados “interés positivo” e “interés negativo”, véase en fechas recientes la impresionante monografía en dos volúmenes de MOTA-PINTO, P. *Interesse contractual negativo e interesse contractual positivo*, Coimbra Editora, 2008.

16 DIEZ-PICAZO, L., 2009b, p. 187, señala que la responsabilidad precontractual por desistimiento injustificado de las negociaciones comprende el interés negativo, es decir, el deber de dejar a la otra parte en la misma situación en que se hubiera encontrado si no hubiera iniciado la negociación, aunque algunos autores entienden que en la responsabilidad precontractual por apartamiento injustificado de las negociaciones puede existir también responsabilidad por la pérdida de una mejor ocasión de contratar.

17 LANDO O. /BEALE H. (ed.), *Principles of European Contract Law, Parts. I y II*, 2000, p. 191. Parece que, en contra, excluyendo cualquier otro elemento distinto de las pérdidas sufridas y en particular el lucro cesante se manifiesta, DIEZ-PICAZO, L./ ROCA TRÍAS, E./MORALES, A.M., *Los Principios del Derecho Europeo de Contratos*, 2002, p. 199.

18 KLEINHEISTERKAMP J., 2009, p. 302, pone de relieve la diferencia entre el tenor del art. 2:301 de los PECL, que declara responsable a quien rompe las negociaciones de forma contraria a la buena fe y la lealtad, y el art. 2.1.15 de los Principios Unidroit que exigen explícitamente que se rompan o interrumpan las negociaciones de mala fe, lo cual implica una actuación manifiestamente deshonesto o vejatoria para que surja la responsabilidad.

primar en el Derecho italiano, aunque no, por ejemplo, en el francés<sup>19</sup>. En nuestro Derecho, el Prof. Díez Picazo se ha pronunciado expresamente por la indemnización de los gastos efectivamente realizados, pero sin incluir la pérdida de otras oportunidades de contratar<sup>20</sup>, si bien más recientemente ha matizado su postura<sup>21</sup>. En mi opinión, el interés negativo incluye tanto los gastos efectivamente realizados y que deben ser reembolsados, como la frustración de ganancias o lucros cesantes, que se concretan sustancialmente en la pérdida de otras oportunidades de contratar con un tercero<sup>22</sup>, si bien he de reconocer que con ello queda abierta la cuestión de decidir qué tipo de oportunidades han de ser estas alternativas y, en definitiva, si a la postre no se está reconociendo así un resarcimiento integral o por el interés positivo, aunque sea por una vía oblicua<sup>23</sup>. Cosa distinta es que existan dificultades probatorias -la carga incumbe al lesionado-, para demostrar su existencia efectiva y no sustentada por meras conjeturas de esas otras oportunidades de negocio; pero esta es una dificultad común a la prueba de todos los lucros cesantes.

Pasamos ahora a considerar la ruptura del deber de confidencialidad, también presente como veníamos en el texto del art. 1245 de la Propuesta, en Lando, en los Unidroit y en el DCFR. Según el párrafo 3 del art. 1245 *“Si durante las negociaciones una de las partes hubiera facilitado a la otra una información con carácter confidencial, el que la hubiera recibido sólo podrá revelarla o utilizarla en la medida que resulte del contenido del contrato que hubiera llegado a celebrarse”*.

El supuesto se refiere a la información facilitada con carácter confidencial, luego la regla es de nuevo una regla de libertad: la de tratar la información recibida de la otra parte conegociadora como no confidencial. Ahora bien, si la información recibida se ha suministrado expresa, implícita o tácitamente con el carácter de confidencial, lo que puede depender, entre otras cosas, de la naturaleza y fin del contrato, el carácter de la información (listas de clientes, estrategias comerciales, etc), o las características de los sujetos destinatarios de la información (potenciales competidores, por ejemplo)<sup>24</sup>, el otro solo puede revelarla o utilizarla para sus propios fines en la medida en que resulte del contenido del contrato que hubiera llegado a celebrarse. A pesar de este tenor literal, creo que no llegándose a celebrar ningún contrato, la información dada como confidencial en el curso de las negociaciones no puede revelarse ni utilizarse en ninguna medida, suponiendo lo contrario un caso concreto de actuación contraria

19 Es la postura de la sentencia *Cour de Cass*, de 26 de noviembre de 2003, al estimar que no existía nexo causal entre la ruptura y la pérdida de oportunidad de celebrar el contrato con otra persona, si bien en otras ocasiones el alto tribunal apreció la indemnización de estas pérdidas de oportunidad, lo que es considerado más acertado por la doctrina gala (GARCÍA RUBIO/OTERO CRESPO, 2010).

20 Díez-PICAZO L. ET AL., 2002, p. 199. La tesis más restrictiva que limita la indemnización a los gastos efectivamente realizados y constatados es la mantenida en Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo en supuestos de responsabilidad precontractual por ruptura de tratos en la contratación pública; así, por ejemplo, STS 2 de julio de 2004, (RJ\2004\5226) y STS 10 de octubre 2006, (RJ\2006\7649).

21 Díez-PICAZO, L., 2009b, p. 190, afirma que aunque se trate de una cuestión discutida y no bien resuelta, ha de entenderse que el interés negativo comprende también el lucro cesante o la ventaja que la parte perjudicada hubiera podido obtener si como consecuencia de la negociación emprendida, hubiera perdido otra ocasión más ventajosa de contratar.

22 GARCÍA RUBIO, M.P. 1991, p. 232-233; GARCÍA RUBIO, M.P. “Nota sobre el Derecho español, a la sentencia de la *Cour de Cass*, 26.11.2003. Perte de Chance (Expectation Interest) and Liability of a Third Person in Case of Breaking Off Negotiations”, 3 *ERPL*, 2005, pp. 443-447, espec. p. 451.

23 Como parece considerarlo MOTA-PINTO, P., 2008, p. 1186.

24 El II.-3:302 del DCFR (2) define lo que es “información confidencial” a los efectos del precepto, entendiendo por tal la que por su naturaleza o las circunstancias en las que ha sido obtenida la parte que la recibe sabe o podría razonablemente saber que es confidencial para la otra.

a la buena fe<sup>25</sup>, que incluso puede llegar a ser delictivo<sup>26</sup>. Todo ello, por supuesto, sin perjuicio de que se haya celebrado un acuerdo expreso de confidencialidad que también prevea las consecuencias de su incumplimiento, lo que ni mucho menos es infrecuente en determinadas transacciones comerciales de relevancia económica, planteándose entonces una situación de genuina responsabilidad contractual.

Respecto al alcance de la indemnización en este caso, el art. 1245 de la Propuesta resulta un poco oscuro. La primera parte del párrafo 5 señala que *“La infracción de los deberes de que tratan los apartados anteriores dará lugar a la indemnización de daños y perjuicios”*, pero la segunda parte que limita la indemnización al interés negativo se refiere explícitamente al *“supuesto del apartado anterior”*, es decir, al de ruptura de tratos. Debe destacarse que los textos inspiradores a los que venimos aludiendo contienen una regla especial para este caso que no está explicitada en nuestra Propuesta. Así, en el art. 2:302 PECL *“... la inobservancia de este deber puede incluir una compensación por pérdida sufrida y la restitución del beneficio obtenido por la otra parte”*, de suerte que establece el derecho a un resarcimiento integral y una regla de restitución de beneficios que es asimilable a la restitución de los enriquecimientos injustificados<sup>27</sup>, aplicable incluso si la otra parte no ha sufrido ningún daño<sup>28</sup>. Por su parte, el art. 2.1.16 de los Principios Unidroit también señala que *“la responsabilidad derivada del incumplimiento de esta obligación podrá incluir una compensación basada en el beneficio obtenido por la otra parte”*. Finalmente, el art. II.3.-302 del DCFR recoge en sus párrafos (3) y (4) las consecuencias de la ruptura del deber de confidencialidad, señalando respectivamente que cuando una parte razonablemente anticipa que la otra va a romper el deber de confidencialidad puede obtener una orden prohibiendo la comunicación pública y además, que quien efectivamente lo rompe ha de pagar una indemnización por todos los daños causados por la violación del deber y puede ser obligado a resarcir a la otra parte con cualquier beneficio obtenido por esa misma razón.

No deja de ser sorprendente que la Propuesta no incluya esta regla de restitución de beneficios que también es reconocida en ordenamientos como el alemán<sup>29</sup> o en el derecho norteamericano<sup>30</sup>. Más si se tiene en cuenta que en las relaciones entre ciertos empresarios este tipo de violaciones muchas veces pueden llegar a implicar la devaluación de la propiedad industrial de la parte agraviada<sup>31</sup> que verá así mermada en gran medida su inversión en investigación<sup>32</sup>, razón por la cual el fundamento restitutorio del beneficio obtenido no parece descabellado. Por añadidura debe considerarse que el remedio indemnizatorio puede ser en ocasiones insuficiente, por ejemplo, porque el cálculo de los daños efectivamente causados en este tipo de casos puede resultar muy difícil o porque incluso pueden existir casos de

25 Además de un acto de competencia desleal en los términos del art. 13.1 de la Ley de Competencia Desleal, según el cual *“Se considera desleal la divulgación o explotación, sin autorización de su titular, de secretos industriales o de cualquier otra especie de secretos empresariales a los que se haya tenido acceso legítimamente, pero con deber de reserva, o ilegítimamente, a consecuencia de alguna de las conductas previstas en el apartado siguiente o en el artículo 14”*. Que el precepto es aplicable también en la fase previa a la celebración del contrato no admite dudas, sobre todo tras la introducción en la propia Ley de Competencia Desleal por obra de la Ley 29/2009 de un párrafo 3 en el art. 2, en el que expresamente se la declara aplicable *“... a cualesquiera actos de competencia desleal, realizados antes, durante o después de una operación comercial o contrato, independientemente de que éste llegue a celebrarse o no”*.

26 El art. 279 del Código Penal tipifica la difusión, revelación o cesión de un secreto de empresa llevada a cabo por quien tuviere legal o contractualmente deber de guardar reserva.

27 DIEZ-PICAZO et al., 2002, p. 200; Díez-PICAZO L., *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol I, 2007, p. 314.

28 LANDO et al., 2000, p. 194.

29 HAGER, J. *“Die culpa in contrahendo in the UNIDROIT-Prinzipien und den Prinzipien des Europäischen Vertragsrechts aus der Sicht des deutschen Bürgerlichen Rechts”*, *Europäische Vertragsrechtsvereinheitlichung und deutsches Recht*, Herausgegeben von Jürgen Basedow, 2000, pp. 67-84, espec. p. 78.

30 KLASS, G., *Contract Law in the USA*, Wolters Kluwer, 2010, p. 98.

31 Sería un beneficio por intromisión en derecho ajeno, que se produce cuando a una persona le afluyen valores patrimoniales que no le corresponden, porque han sido obtenidos mediante una invasión indebida de bienes ajenos protegidos mediante derechos normalmente de carácter absoluto sobre los que existe lo que la doctrina denomina *“monopolio de explotación”* (vid. GARCÍA RUBIO, M.P., *“Restitución de beneficios obtenidos por intromisión en derecho ajeno, por incumplimiento contractual y por ilícito extracontractual”*, *Derecho de daños*, 2009, pp. 79 ss, espec., p. 91).

32 Como señala KLEINHEINSTERKAMP J., 2009, p. 308-309; este mismo autor considera que el beneficio obtenido consistirá en el ahorro de los costes de investigación y desarrollo en los casos en los que se haya utilizado la información procedente de la otra en beneficio propio.

ruptura del deber de confidencialidad en los que no quepa apreciar la existencia de daños en sentido estricto o en los que éstos sean muy inferiores al enriquecimiento de la otra parte.

Todo ello hace aconsejable a mi juicio una modificación de esta regla de la Propuesta para que se incluya la posible restitución de los beneficios obtenidos por la otra parte<sup>33</sup> que si bien es cierto que está recogida en el art. 32.6 de la Ley de Competencia Desleal, lo hace en unos términos acaso excesivamente restrictivos para que queden amparados todos los casos merecedores de ello<sup>34</sup>. A mayores, conviene recordar que en el Derecho español, de darse los presupuestos de ambas, la acción de enriquecimiento por intromisión y la de responsabilidad por daños extracontractuales son, a juicio de la doctrina más abundante, independientes pero compatibles y acumulables<sup>35</sup>, siempre que tal acumulación no produzca a su vez enriquecimiento del inicialmente perjudicado.

En otro orden de cosas me permito llamar la atención sobre dos cuestiones concretas sobre las que no se pronuncia el precepto de la Propuesta que venimos analizando, a pesar de que ambas tienen interés para nuestro Derecho interno<sup>36</sup>: en primer término, la referente a la naturaleza contractual o extracontractual – o incluso un *tertium genus*- de la responsabilidad que nos está ocupando en estas líneas; en segundo, la posible responsabilidad de terceros en los supuestos de responsabilidad por ruptura de negociaciones o del deber de confidencialidad.

Respecto de lo primero se debe destacar que aunque sistemas tan relevantes como el alemán incluyen la responsabilidad por *culpa in contrahendo* en sede contractual, incluso expresamente tras la reforma del parágrafo 311 del BGB, creo que el ordenamiento español, como en general los latinos, incardinan este tipo de supuestos dentro de la responsabilidad extracontractual. A primera vista parece ser ésta también la calificación autónoma dada a la responsabilidad precontractual en el Reglamento (CE) núm. 864/2007, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (“Roma II”)<sup>37</sup>, cuando en el art. 12, bajo la prístina denominación de “*culpa in contrahendo*”<sup>38</sup> recoge “la ley aplicable a una obligación extracontractual que se derive de los tratos previos a la celebración de un contrato, con independencia de que el contrato llegue o no a celebrarse realmente, será la ley aplicable al contrato o la que se habría aplicado al contrato si este se hubiera celebrado”<sup>39</sup>, estableciendo así un curioso puente entre su inserción en el Reglamento Roma II y el contrato frustrado (o en su caso celebrado), que queda refrendado también en el Reglamento sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I)<sup>40</sup>.

33 Lo que sería coherente con la idea expresada por DIEZ-PICAZO, L. *La doctrina del enriquecimiento injustificado*, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, 1987, p. 114. según la cual cuando el daño deriva de la utilización y explotación de bienes y derechos ajenos, el autor del ilícito no debe restaurar sólo el menoscabo patrimonial producido en el patrimonio del titular del derecho subjetivo, si no que debe restituir todo el valor obtenido por él.

34 Puesto que el precepto citado prevé que la acción de enriquecimiento injusto sólo procederá cuando la conducta desleal lesione una posición jurídica amparada por un derecho de exclusiva u otra de análogo contenido económico, siendo así, que como ya se ha reconocido en la SAP Navarra de 10 de junio 1998 (AC\1998\1455) “En el ámbito empresarial, además de los derechos exclusivos mencionados, existe una serie de conocimientos, informaciones, técnicas o ideas que por su valor competitivo recibe o debe recibir un cierto amparo o protección del ordenamiento jurídico en aras de fomentar la investigación, el progreso y, en definitiva, la competitividad, que resulte indispensable para un aceptable funcionamiento de la economía de mercado”.

35 GARCÍA RUBIO, M.P. 2009, pp. 93 ss. Respecto concretamente a la posibilidad de acumular ambas acciones, DÍEZ-PICAZO, L., 2007, p. 123.

36 No así en otros donde, como sucede en Dinamarca, resulta irrelevante para su sistema de daños la naturaleza su ubicación contractual o extracontractual (CARTWRIGHT J./HESSELINK M, 2008, pp. 457).

37 DOCE de 31 de julio de 2007.

38 Señala ARENAS GARCIA, R., 2008, “La regulación de la responsabilidad precontractual en el Reglamento Roma II”, *Indret*, disponible en <http://www.indret.com>, pp. 1-27., espec. p. 4, que la expresión *culpa in contrahendo* se utiliza en las versiones española, inglesa, francesa, italiana y portuguesa, mientras que en la versión holandesa el término utilizado es el de responsabilidad precontractual y en la alemana la expresión es “culpa por negociaciones contractuales”.

39 El párrafo segundo contiene una serie de normas subsidiarias para el caso de que la ley aplicable no pudiera determinarse mediante el apartado 1.

40 En concreto, a tenor del Cdo. Núm. 10 del Reglamento (CE) No 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo “Las obligaciones que se derivan de los tratos previos a la celebración de un contrato están reguladas por el artículo 12 del Reglamento (CE) nº 864/2007. Por consiguiente, dichas obligaciones deben excluirse del ámbito de aplicación del presente Reglamento”.

La segunda de las cuestiones apuntadas se refiere a la responsabilidad de un tercero por la ruptura de tratos o del deber de confidencialidad. Se trata de un tema que ha comenzado a proliferar en la doctrina y jurisprudencia comparadas<sup>41</sup> y que ahora tiene un reflejo expreso en el tercer párrafo del parágrafo 311 del BGB, cuando señala: “*una relación obligatoria con deberes según lo previsto en el § 241, apartado 2, puede producirse entre personas que no vayan a ser luego parte en el contrato. Tal relación obligatoria se produce especialmente cuando un tercero reclama para sí una confianza especial y a través de ésta influye considerablemente en las negociaciones del contrato o en su perfeccionamiento*”<sup>42</sup>. En cambio, a falta de norma expresa, en los derechos francés, italiano o español parece difícil considerar esa responsabilidad a menos que el tercero incurra en dolo o negligencia, pudiendo así ser reconducido a los presupuestos de la responsabilidad extracontractual.

### III. RESPONSABILIDAD POR INCUMPLIMIENTO DE LOS DEBERES PRECONTRACTUALES, CUANDO EL CONTRATO SE HA LLEGADO A CELEBRAR

Hasta ahora nos hemos detenido en el análisis de un precepto que hace alusión sobre todo a la responsabilidad precontractual que no deriva en la conclusión efectiva del contrato. Sin embargo, pueden existir y de hecho existen situaciones en las que la violación de los deberes dimanantes de la buena fe por parte de una de las partes en la etapa precontractual no impide que el contrato se llegue efectivamente a celebrar. Tales situaciones se producen principalmente en supuestos de violación del deber precontractual de información y derivan en contratos cuyo contenido no era realmente el querido por el otro contratante.

No existe en la Propuesta un precepto único que se refiera a las consecuencias jurídicas derivadas de este tipo de supuestos, lo que es común a los textos comparados a los que venimos haciendo referencia. Probablemente ello es así porque la complejidad tanto de los supuestos de hecho, como de sus consecuencias exige también respuestas normativas complejas.

Recientemente el Prof. Morales Moreno ha dicho que el incumplimiento de los deberes precontractuales de información ha tenido y continúa teniendo tratamiento jurídico precontractual, canalizado a través del dolo (causal o incidental), el error o la *culpa in contrahendo*, con efectos también diversos, tratamiento que a su juicio no es el más adecuado cuando la información precontractual se proyecta sobre el objeto y el contenido del contrato y genera problemas de incumplimiento, de suerte que estima que lo más razonable en estos casos es atraer a la responsabilidad contractual tanto la lesión del interés en el cumplimiento como la del interés de integridad<sup>43</sup>. Vamos a intentar desentrañar qué hace al respecto la Propuesta<sup>44</sup>.

A primera vista se puede decir que la Propuesta de Modernización conjuga ambas perspectivas, la más clásica (vicios del consentimiento, anulación, indemnización del interés negativo) y la más moderna (contenido del contrato, responsabilidad contractual), aunque no sé si lo hace con la suficiente nitidez.

41 Planteado por ejemplo en la sentencia *Cour de Cass*, de 26 de noviembre de 2003, ya citada.

42 El nuevo § 311 BGB supone un ejemplo especialmente significativo de la legalización del Derecho de creación judicial que se había ido elaborando por la jurisprudencia alemana a lo largo del siglo XX; en este caso en concreto, sobre la figura de la *culpa in contrahendo*. Así lo señalan, entre otros, VOGENAUER, S. 2006, pp. 627-663, espec. pp. 643-645. Destaca el enorme significado práctico de la figura, LOOSCHELDERS, D., *Schuldrecht: Allgemeiner Teil*, ed. 6, Carl Heymanns, 2008, p. 63.

43 MORALES MORENO, A.M., *Incumplimiento del contrato y lucro cesante*, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, 2010, p. 90.

44 Lo que se pone de relieve en la literatura jurídica y en los textos comparados es que los deberes precontractuales de información y las consecuencias de su incumplimiento son objeto de preocupación creciente, como lo es la necesidad de situarlos en su marco propio que debe ir más allá de las tradicionales figuras de los vicios del consentimiento (sobre todo error y dolo).

En efecto, en el capítulo IX del Título II relativo a la nulidad y anulación de los contratos, el art. 1298 permite a la parte que padezca un error esencial en el momento de celebrar el contrato anular el contrato si concurre alguna de estas circunstancias: *1º Que el error hubiera sido provocado por la información suministrada por la otra parte contratante. 2º Que esta última hubiera conocido o debido conocer el error y fuera contrario a la buena fe mantener en él a la parte que lo padeció.*

Por su parte el art. 1300.1 señala que *“Hay dolo cuando uno de los contratantes induce al otro a prestar su consentimiento...mediante la ocultación maliciosa de alguna información que teniendo en cuenta las circunstancias y conforme a la buena fe, debería haberle comunicado”*<sup>45</sup>, añadiendo a continuación que para que haga anulable el contrato el dolo deberá ser grave (y no haber sido empleado por las dos partes contratantes) y que *el dolo incidental solo obliga al que lo empleó a indemnizar daños y perjuicios*, dos reglas que ya se recogen en el art. 1270 del CC vigente y que ni mucho menos, especialmente esta última, ha servido para generar una jurisprudencia clara sobre la indemnización debida en caso del que se llama dolo incidental<sup>46</sup>.

No obstante ha de llamarse la atención sobre la nueva norma contenida en el primer párrafo del art. 1301 de la Propuesta, norma que parte de una concepción del contrato alejada de la puramente liberal que está basada más en la idea de solidaridad de las partes que en la oposición entre ellas y claramente inspirada en el art.4:109 PECL <sup>47</sup>. Según el citado art. 1301 *“Una de las partes puede anular el contrato que, en el momento de su celebración, otorga a la otra parte una ventaja excesiva si teniendo en cuenta la naturaleza y fin de aquél, resulta que se ha aprovechado injustamente de una situación de dependencia, de extraordinarias dificultades económicas o de necesidad apremiante, o de su ignorancia, de su inexperiencia o falta de previsión”*, hipótesis que permiten ampliar las posibilidades de anulación, algunas de las cuales pueden tener su origen en la fase precontractual.

Es de resaltar que en este ámbito la Propuesta sí incluye la situación en la que el incumplimiento de los hipotéticos deberes precontractuales (de información) haya sido provocado por un tercero, cuando en el art. 1302 se señala que *“También puede anular el contrato la parte que ha sufrido el error, el dolo o el perjuicio a que se refiere el artículo anterior, cuando hayan sido causados o provocados por un tercero de cuyos actos responda o tenga conocimiento el otro contratante”*<sup>48</sup>.

En cambio, no he reconocido en el texto de la Propuesta ninguna regla referida a la indemnización debida a la parte perjudicada como consecuencia de la anulación del contrato por cualquiera de las causas antedichas, más allá de la ya referida mención al caso de dolo

45 Cf., con el tenor del art. 1269 del CC vigente, que no hace referencia a la ocultación de información. El nuevo precepto se inspira claramente en el art. 4.107 de los PECL, con lo que cabe decir, como respecto de éste, que la transcendencia de la falta de revelación de la información se coloca bajo el manto de su relación con la buena fe y la lealtad, de manera que existirá dolo negativo o dolo reticente, cuando la buena fe y la lealtad lo impongan, y no lo habrá en caso contrario (DÍEZ-PICAZO ET ALTRI, 2002, pp. 230-231).

46 Como ha puesto de manifiesto recientemente, DÍEZ-PICAZO, L “Notas sobre la indemnización del daño causado por el dolo incidental”, ADC, 2009, (en adelante 2009a) pp. 1043 ss.

47 Artículo 4:109: Beneficio excesivo o ventaja injusta (1) *Una parte puede anular el contrato si, en el momento de su conclusión:*

(a) dependía de la otra parte, tenía una relación de confianza con ella, se encontraba en dificultades económicas o tenía otras necesidades urgentes, no tenía capacidad de previsión o era ignorante, inexperimentado o carente de capacidad negociadora, y

(b) la otra parte conocía o debería haber conocido dicha situación y, atendidas las circunstancias y el objeto del contrato, se aprovechó de ello de manera claramente injusta u obtuvo así un beneficio excesivo.

(2) *A petición de la parte interesada, y si resulta oportuno, el juez o tribunal puede adaptar el contrato y ajustarlo a lo que podría haberse acordado respetando el principio de la buena fe contractual.*

(3) *La parte a quien se comunica el ejercicio de la acción de anulabilidad del contrato por beneficio excesivo o por ventaja injusta, puede igualmente solicitar del juez una adaptación del contrato, siempre que esta parte informe de ello sin dilación a la parte que le comunicó el ejercicio de su acción y antes de que dicha parte actúe en función de ella.*

48 Inspirado en el art. 4:111 PECL.

incidental<sup>49</sup>. Esta referencia existe, por ejemplo, en los PECL, donde se reconoce para el caso de error la posibilidad de anulación y la indemnización del interés negativo [4:103 y 4:117 (1)<sup>50</sup>], y en el caso de dolo, la anulación (arts.4:103 y 4:107) y la indemnización [4:117 (1)]; también se prevé para ciertos supuestos de error (doble error) la llamada “adaptación del contrato”, de conformidad con el 4:105, cuestión sobre la que más adelante volveré<sup>51</sup>. Sobremanera se recoge la hipótesis en la que una de las partes haya concluido el contrato con informaciones incorrectas no constitutivas de error en el consentimiento, supuesto en el que sólo tendrá derecho a reclamar daños (4.106). Por lo que atañe a los Principios Unidroit, según el art. 3.18, situado en sede de validez de los contratos bajo la denominación de “Daños y perjuicios” *“Independientemente de que el contrato sea o no anulado, la parte que conoció o debía haber conocido la causa de anulación se encuentra obligada a resarcir a la otra los daños y perjuicios causados, colocándola en la misma situación en que se encontraría de no haber celebrado el contrato”*. De modo hasta cierto punto similar se manifiesta el DCFR donde se establece que, se haya llegado o no a contratar, un profesional que ha incumplido sus deberes de información es responsable por los daños causados a la otra parte provocados por el mentado incumplimiento [II.-3.109 (3)]; quedan además a salvo los remedios establecidos para el error ([II.-3.109 (4)]).

La omisión de esta referencia en la Propuesta a la indemnización en caso de anulación del contrato por violación de la buena fe precontractual no significa que ésta no se produzca en nuestro Derecho, como ha reconocido el Tribunal Supremo en la ya conocida STS de 18 de enero de 2007<sup>51</sup>, que con alguna exageración afirma que plantea por primera vez en la jurisprudencia una cuestión que había presentado la doctrina hace poco más de medio siglo (¿?) cual es el ejercicio de las acciones derivadas del dolo<sup>52</sup>. Entiende el tribunal que ante éste caben tres tipos de situaciones: primero, la acción de anulación del contrato y reclamación de indemnización de daños y perjuicios; segundo, la acción de anulación, sin reclamación de indemnización y, tercero, la acción de reclamación de indemnización de daños y perjuicios sin ejercitar la acción de nulidad, que era precisamente lo pedido en el caso<sup>53</sup>. Lo que no queda claro en nuestra jurisprudencia es el alcance de la indemnización debida que, como hemos anticipado, en la mayoría de los textos de referencia se limita en el caso de anulación del contrato al interés de la confianza o interés negativo. Sin embargo, nuestro TS en la reciente sentencia de 5 de mayo de 2009<sup>54</sup>, en la que la actora reclama la nulidad del contrato por *dolo in contrahendo* y el resarcimiento de los daños y perjuicios causados; se concede la indemnización tanto de los daños emergentes, como la de los lucros cesantes, entre los que, no se si acertadamente, se incluyen las pérdidas derivadas de la frustración del negocio hasta que se produjo la posibilidad para la actora de llevar a cabo la inversión económica en otra zona, lo cual sin duda va más allá del llamado interés negativo.

49 El art. 1306 de la Propuesta mencionada únicamente los efectos restitutorios de la anulación, pero no los indemnizatorios.

50 Conforme al cual Artículo 4:117: Daños y perjuicios *“(1) La parte que denuncia un contrato en virtud del presente capítulo podrá solicitar de su contraparte una indemnización por daños y perjuicios que le permita volver a una situación lo más parecida posible a la que tendría de no haberse celebrado el contrato, siempre que la otra parte hubiera sabido o hubiera debido saber que existía error, dolo, intimidación, un beneficio excesivo o una ventaja injusta”*.

51 RJ\2007\529, comentada por TOMÁS, G, “Damages for Fraud in Case of not Avoiding Contract”, *European Private Law Beyond the Common Frame of Reference. Essays in Honour of Reinhard Zimmermann*, Europa Law Publishing, 2008, pp. 65-75. Aún más reciente, DIEZ-PICAZO, L, 2009a, pp. 1043 y ss.

52 Señala DIEZ-PICAZO, L., 2009a, p. 1044, que no es fácil saber si es verdad o no que se trata de la primera sentencia del Tribunal Supremo en que el tribunal afronta el problema de las acciones derivadas del dolo civil; añade también que el tratamiento doctrinal al que se refiere la sentencia es el trabajo de Alfonso DE COSSIO sobre *El dolo en el Derecho civil*, publicado en 1955.

53 La argumentación utilizada para estimar que existen las tres posibilidades se basa tanto en la inexistencia de norma que las excluya, como en la analogía con lo previsto en el art. 1124 CC en materia de resolución de los contratos, donde se admiten como perfectamente compatibles y, al tiempo, independientes, la acción de resolución y la de resarcimiento. Aunque sea discutible la necesidad de utilizar tal recurso a la semejanza relevante con el supuesto de resolución, existiendo otras posibilidades como la interpretación extensiva del art. 1270.2 CC, lo cierto es que la respuesta dada en la sentencia es, a nuestro juicio, adecuada.

54 RJ\2009\2907. Comentada por QUICIOS MOLINA, S., CCJC, núm, 82, pp. 351-377.

Todo ello me anima a reclamar la conveniencia de que la Propuesta se pronuncie expresamente sobre la procedencia y alcance de la indemnización debida por responsabilidad precontractual que deriva en la anulación del contrato, siguiendo con ello una tradición del Derecho europeo continental que se remonta a los trabajos de Ihering sobre la c.i.c.

La última hipótesis que nos tenemos que plantear es aquella en la que, a pesar de la existencia violaciones de los deberes precontractuales por uno de los implicados constitutivos de responsabilidad, el contrato se ha celebrado y además se mantiene porque el legitimado no quiere o no puede desvincularse de él<sup>55</sup> a pesar de que precisamente por la violación de tales deberes el contrato ha sido celebrado en condiciones desventajosas para una de las partes.

Tampoco en este caso la Propuesta da una respuesta clara. Falta de nuevo una regla que autorice a reclamar los daños y perjuicios causados por la violación de la buena fe precontractual proyectada sobre el contrato “desventajoso”<sup>56</sup>, regla que sin embargo sí contienen los PECL<sup>57</sup> o el ya reproducido 3.18 de los Principios Unidroit y que como he dicho, sería conveniente introducir en la Propuesta.

Sin embargo, como se ha insinuado más arriba, existe en el Derecho moderno una tendencia a encauzar este tipo de situaciones por la vía contractual. Así por ejemplo, en el derecho alemán la jurisprudencia más reciente reconoce en algunos casos de violación de los deberes precontractuales de información que se proyectan sobre el contenido del contrato, la posibilidad de reclamar la modificación contractual que restablecería *ex post* el equilibrio entre las partes que aquella violación eliminó *ex ante*<sup>58</sup>. En el art. 4:105 (2) (doble error) y 4:109 (2) (contratos abusivos o leoninos) de los PECL se contemplan también situaciones de adaptación del contrato. Esta última hipótesis es también recogida en el art. 1301.2 de la Propuesta, conforme al cual “*A petición de la parte perjudicada puede el Juez introducir en el contrato aquellas modificaciones que sean necesarias para adaptarlo a las exigencias de la buena fe y lo que sea usual en el tráfico jurídico*”. La pregunta que debemos hacernos es si esta solución adaptativa (remedio propio del incumplimiento) no debería generalizarse para todos los supuestos de responsabilidad precontractual proyectada sobre el contrato desventajoso, al modo que ya se hace por ejemplo, en el art. 65 del Texto Refundido LGDCU, a cuyo tenor “*Los contratos con los consumidores y usuarios se integrarán, en beneficio del consumidor, conforme al principio de buena fe objetiva, también en los supuestos de omisión de información precontractual relevante*”.

Por otro lado, se evidencia en no pocas ocasiones que la defectuosa información precontractual acarrea genuinos incumplimientos contractuales especialmente por falta de conformidad<sup>59</sup>. Para estos casos el art. 4:119 de los PECL, situado en el capítulo relativo a la invalidez, señala

55 *V.gr.* porque el vicio no tiene la suficiente entidad como para anular el contrato, como ocurre con el llamado *dolo incidental*, o porque cuando es descubierto la anulación ya no es posible por haberse cumplido el contrato o porque con ella se perjudicaría a un tercero de buena fe o porque sencillamente a la víctima del vicio, a pesar de todo, le conviene mantener el contrato (STS 18 de enero de 2007, ya citada).

56 Parafraseando a Díez-PICAZO, L, 2009a, p. 1054, puede decirse que en este caso puede hablarse de daño en la medida en que exista un modelo contractual equitativo en que el intercambio se realiza justamente.

57 Artículo 4:117: Daños y perjuicios (2) *La parte que teniendo derecho para anular un contrato conforme a este capítulo, no lo ejerce o lo ha perdido en virtud de las disposiciones de los artículos 4:113 o 4:114, puede reclamar una indemnización por daños y perjuicios como señala el apartado (1), limitada a las pérdidas sufridas como consecuencia del error, dolo, intimidación, beneficio excesivo o ventaja injusta. Los mismos criterios se aplicarán para el cálculo de los daños cuando la parte hubiera actuado erróneamente en función de una información incorrecta en el sentido del artículo 4:106.*

58 PALANDT/HEINRICH, 2009, p. 480-481. Cf. abundante jurisprudencia alemana en el sentido del texto en Mota-Pinto, P., 2008, pp. 1414-1415.

59 Ello es así porque como dice FENOY PICÓN, N., *El sistema de protección del comprador*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2006, p. 202, en la nueva construcción del incumplimiento (que, añadido, comparte la Propuesta de modernización del CC con textos como la CISG, o los Principios Unidroit o los PECL), las cualidades que debe tener el objeto según el contrato, las que pueden ser objeto de error relevante, se han incorporado al deber de prestación del deudor con independencia de que la obligación sea específica o genérica.

que “La parte que tenga derecho a utilizar alguno de los remedios que le concede el presente capítulo y que se encuentre al mismo tiempo en circunstancias que le permiten utilizar un remedio fundado en el incumplimiento<sup>60</sup>, puede optar por cualquiera de ellos”, compatibilidad que, en cambio, no reconocen, por ejemplo, los Principios Unidroit, los cuales en su art. 3.7 excluyen la posibilidad de la anulación por error si pueden ser utilizados los remedios del incumplimiento. En consecuencia, hemos de preguntarnos qué es lo más conveniente en nuestro Derecho, puesto que a día de hoy la respuesta no es clara<sup>61</sup> y tampoco está explicitada en la Propuesta<sup>62</sup>. Entiendo que esta omisión debería ser subsanada, bien a favor de la incompatibilidad y prevalencia de los remedios del incumplimiento, más adecuada técnicamente según Morales Moreno o Fenoy Picón al menos para el caso de error<sup>63</sup>, bien a favor de la compatibilidad, que esos mismos autores estiman más cercana a nuestra tradición jurídica y, como he dicho, recogen los PECL.

60 El cumplimiento o la resolución acompañados en su caso de la indemnización (interés positivo) o la reducción del precio.

61 En el comentario al art. 3.7 de los Principios Unidroit, HUBER, P. 2009, p. 431 sitúa a España, junto con Austria, Suiza y USA, entre los sistemas jurídicos que dan a la parte el derecho a elegir cualquiera de los dos remedios; Alemania y recientemente Francia optan por la otra solución, mientras que a su parecer Inglaterra se sitúa en una posición intermedia. Se ha hecho eco del silencio de la Propuesta de Modificación del Código civil sobre este punto, mostrando su sorpresa y concluyendo que la Propuesta ha dejado a los intérpretes la decisión oportuna y su argumentación (FENYO PICÓN, N., “La modernización del régimen del incumplimiento del contrato: Propuestas de la Comisión General de Codificación. Parte primera: Aspectos generales. El incumplimiento”, ADC, 2010, pp. 47-136, espec., p. 122 ss

62 Siguiendo la tesis de MORALES MORENO, A.M., “Adaptación del Código civil al Derecho Europeo: la compraventa”, ADC, 2003, p. 1626, FENYO PICÓN, N., 2006, p. 187, considera que tal situación debería regirse por la regla de la incompatibilidad, de modo que los remedios contractuales resultasen prevalentes. Sin embargo la autora reconoce que las características de nuestro ordenamiento y la interpretación que suele hacerse del mismo, hacen más probable que triunfe la tesis de la compatibilidad.

63 En el caso del dolo *in contrahendo* FENYO PICÓN, N. 2006, p. 280, en el estado actual de nuestro ordenamiento, es partidaria de la compatibilidad.