

# La responsabilidad precontractual en la reforma proyectada: ¿una ocasión perdida? (parte II)

## *Precontractual Liability in the Planned Reform: A Lost Opportunity? (part II)*

por

CARLOS CUADRADO PÉREZ  
*Profesor Titular de Derecho Civil*  
*Universidad Complutense de Madrid - CUNEF*

RESUMEN: En esta segunda parte del trabajo, cuya primera entrega se publicó en un número anterior de esta revista, se estudian dos de las cuestiones más relevantes y que mayor polémica han suscitado en torno a la figura de la responsabilidad precontractual: los remedios de los que dispone el perjudicado por la vulneración de la *bona fides in contrahendo* y la naturaleza jurídica de este tipo de responsabilidad. Pese a que en la *Propuesta de Anteproyecto de Ley de Modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos* publicada en el año 2009 se ha abordado la regulación de la responsabilidad precontractual, son notables los silencios mantenidos por nuestro legislador y la incertidumbre que, si llega a ser aprobada, se perpetuará en nuestro ordenamiento jurídico. Afrontamos el análisis del texto propuesto y tratamos de ofrecer una visión crítica del mismo en relación con estas materias, a través del estudio de los importantes instrumentos internacionales que han servido de inspiración a la Comisión de Codificación y de la referencia a las más relevantes aportaciones

que nos han brindado, durante las últimas décadas, tanto nuestra doctrina como nuestra jurisprudencia. Resulta sorprendente la zozobra evidenciada por nuestro legislador y la ausencia de una cuidada y sistematizada ordenación sobre estas cuestiones, no solo por la enorme trascendencia práctica de la que estas gozan, sino también por la existencia de evidentes modelos en los textos internacionales en los que se cimienta la propia *Propuesta*.

**ABSTRACT:** *This is the second part of a paper whose first instalment was printed in a previous issue of this journal. Here we look into two of the major issues that have sparked the hottest debate concerning precontractual liability: the recourses available to a person injured by infringement of bona fides in contrahendo and the legal nature of precontractual liability. Although the Proposed Preliminary Bill for the Modernization of the Law of Obligations and Contract Law published in 2009 does address precontractual liability, legislators have remained notably silent on some points, and the uncertainty that will be perpetuated in Spanish legislation if the text is made law will be equally notable. We analyze the preliminary bill proposal and endeavour to offer a critical view of the proposal in connection with precontractual liability through an examination of the important international instruments on which the Code Committee drew for its inspiration and through reference to the leading contributions of the last few decades of legal thought and case law. Spanish legislators are displaying a surprising amount of anxiety and a surprising absence of careful, systematic planning in these issues—surprising not only because of the vast practical importance of the matters at issue, but also because there are obvious models in the international texts on which the Proposed Preliminary Bill itself is based.*

**PALABRAS CLAVE:** Responsabilidad precontractual. Ruptura de negociaciones. Deber precontractual de información. Remedios en la responsabilidad precontractual. Vicios del consentimiento. Nulidad del contrato. Incumplimiento contractual. Adaptación del contrato. Concurrencia de remedios. Naturaleza jurídica de la responsabilidad precontractual.

**KEY WORDS:** *Precontractual liability. Breaking off negotiations. Precontractual duty of information. Recourse in precontractual liability. Flaws of consent. Contract nullity. Breach of contract. Contract adaptation. Concurrent remedies. Legal nature of precontractual liability.*

**SUMARIO:** I. REMEDIOS FRENTE A LA VULNERACIÓN DE LA *BONA FIDES IN CONTRAHENDO*: 1. PLANTEAMIENTO. 2. EL CONTRATO FINALMENTE NO SE CELEBRA. 3. SE CELEBRA UN CONTRATO INVÁLIDO: A) *Posible compatibilidad*

de la nulidad y la indemnización. B) Otra posible solución: el incumplimiento contractual. 4. EL CONTRATO CELEBRADO ES VÁLIDO: A) *Indemnización de daños y perjuicios*. B) *Adaptación del contrato*. 5. CONSIDERACIONES FINALES.—II. NATURALEZA JURÍDICA DE LA RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL: 1. RELEVANCIA DE LA CUESTIÓN. 2. BREVE ALUSIÓN A LAS PRINCIPALES POSTURAS DOCTRINALES Y JURISPRUDENCIALES. 3. CONSIDERACIONES PERSONALES. III. CONCLUSIONES.

## I. REMEDIOS FRENTE A LA VULNERACIÓN DE LA *BONA FIDES IN CONTRAHENDO*

### 1. PLANTEAMIENTO

Con carácter general, en el primer inciso del artículo 1245.5 de la *Propuesta de Modernización* se dispone que la infracción del deber conducirse de buena fe en las negociaciones, así como la vulneración del deber de confidencialidad, «*dará lugar a la indemnización de daños y perjuicios*».

No obstante, en el segundo inciso de ese mismo apartado del proyectado artículo 1245 se introduce una regla específica, que resultará aplicable única y exclusivamente cuando alguna de las partes haya procedido con mala fe al entablar o interrumpir las negociaciones y cuando haya entrado en ellas o las haya continuado sin intención de llegar a un acuerdo. En tales hipótesis, «*la indemnización consistirá en dejar a la otra parte en la situación que tendría si no hubiera iniciado las negociaciones*». Sin embargo, no se ofrece explicación alguna de la razón por la que solo se concreta la consistencia de la indemnización en las hipótesis recogidas en el artículo 1245.4 de la *Propuesta de Modernización*.

El texto de este precepto es manifiestamente defectuoso y decepcionante, pues en una materia extremadamente polémica, incierta y sobradamente discutida en nuestra doctrina, como es la responsabilidad precontractual, se debe esperar mucho más de nuestro legislador.

En primer lugar, aunque parece partir de la heterogeneidad de las eventuales hipótesis que pueden dar lugar a responsabilidad precontractual y de sus consecuencias jurídicas, la *Propuesta de Modernización* dista considerablemente de ser precisa y mínimamente desarrollada. En este sentido, en su artículo 1245 simplemente se hace alusión al principio general que impone la actuación conforme a la buena fe en la fase preliminar y a los supuestos ya mencionados: deber de confidencialidad —cuyas consecuencias ya analizamos en la primera parte de este trabajo, publicada en un número anterior de esta revista— y deber de no abandonar los tratos sin justa causa y de conducirse seriamente en los mismos. Por cuanto a sus consecuencias jurídicas se refiere, en dicho precepto se

limita a disponer, con carácter general, que la responsabilidad precontractual se materializará en una «*indemnización de daños y perjuicios*», sin el rigor exigible. Hace gala de una mayor concreción, aunque insuficiente, en las hipótesis de interrupción injustificada de negociaciones o de falta de intención de contratar de una de las partes negociadoras, al especificar que la indemnización «*consistirá en dejar a la otra parte en la situación que tendría si no hubiera iniciado las negociaciones*». Incluso, en estas últimas alusiones, el texto proyectado se halla envuelto por una marcada confusión, que conviene resolver antes de su aprobación definitiva.

Por consiguiente, en la *Propuesta de Modernización* no se desarrolla, aunque hemos de observar que tampoco lo destierra, el planteamiento que ofreció CABANILLAS<sup>1</sup>, a cuyo tenor «las hipótesis agrupadas bajo la idea de responsabilidad precontractual no son absolutamente homogéneas y merecen de algún modo un tratamiento diferente». De hecho, como hemos comprobado, en el texto proyectado se contemplan algunos ejemplos concretos de responsabilidad precontractual, al margen de ofrecer una regla general ligada a la buena fe, si bien ni se establecen ni se excluyen explícitamente ciertos vínculos entre esta suerte de responsabilidad y otras hipótesis destacadas por nuestra doctrina y jurisprudencia. En concreto, el mencionado autor pone de relieve que cabe distinguir tres grupos de supuestos: a) responsabilidad precontractual cuando el contrato no se celebra; b) responsabilidad precontractual cuando el contrato es inválido; c) responsabilidad precontractual cuando el contrato es válido<sup>2</sup>.

Dado que consideramos correcto este esquema en el ámbito de nuestro análisis, vamos a centrar nuestra atención, a continuación, en los eventuales remedios propios de estas tres hipótesis.

## 2. EL CONTRATO FINALMENTE NO SE CELEBRA

En primer lugar, naturalmente, el daño se localiza en los gastos afrontados en torno a la negociación por aquel cuya confianza se ha visto quebrada por el abandono arbitrario de los tratos preliminares (v.gr., viajes, proyectos, estudios, etc). No obstante, parece lógico pensar que habrá que analizar si los desembolsos efectuados por el perjudicado por la ruptura injustificada de los tratos tienen su origen en expectativas razonables, que se han suscitado por la conducta de la otra parte de la negociación<sup>3</sup>. En relación con esta cuestión, DÍEZ-PICAZO pone de relieve que no resultan resarcibles los gastos denominados «especulativos» o que representan un riesgo inherente a todo negocio, de tal modo que habrá de probarse la conveniencia de los gastos en el ámbito del desenvolvimiento de los tratos preliminares<sup>4</sup>. Cuando las expensas resulten excesivas, se considera, con carácter general, que han de quedar a cargo de quien las ha efectuado imprudentemente, a menos que haya hecho conocer a la otra parte su intención

de llevarlas a cabo y que esta le haya empujado a hacerlas o no haya tratado de impedir el desembolso<sup>5</sup>.

En relación con la regulación del resarcimiento inherente a la ruptura injustificada de las negociaciones prevista en la *Propuesta de Modernización*, emerge de manera espontánea la siguiente controversia: en los términos «*dejar a la otra parte en la situación que tendría si no hubiera iniciado las negociaciones*», ¿se puede incluir la parte del lucro cesante correspondiente a la pérdida efectiva de oportunidades de celebrar otros contratos, o simplemente se ha de entender comprendido el daño emergente?

A tenor de la doctrina y jurisprudencia actualmente dominantes<sup>6</sup>, el responsable ha de resarcir el denominado «interés contractual negativo» o «daño a la confianza» (el «negatives Vertrauensinteresse» del que habló JHERING<sup>7</sup>, y que hoy se conoce también como «reliance damages»), como el interés en la no conclusión del contrato o «*id quod interest contractum initium non fuisse*». Como podemos comprobar, este parece ser el designio de nuestro legislador en el texto proyectado del artículo 1245.5. Con este concepto resarcitorio se pretende restituir a la parte perjudicada a la situación en la que se hallaba con anterioridad al inicio de las negociaciones.

Teóricamente, el interés negativo incluye el daño emergente (los gastos e inversiones que los tratos hubieran generado al perjudicado, con las limitaciones a las que hemos hecho mención), así como una parte del lucro cesante<sup>8</sup>. A pesar de ello, en el interés negativo no se encierran los beneficios que dicho damnificado podría haber alcanzado en caso de haberse celebrado el contrato, pues tales conceptos se insertan en el marco del «interés contractual positivo» —o interés en el cumplimiento—, que ha de afrontarse en los casos en los que se declara que hay responsabilidad contractual por incumplimiento de contrato. Como explica PANTALEÓN<sup>9</sup>, en el caso de la ruptura injustificada de las negociaciones, pretender que el infractor indemnice el interés contractual positivo comportaría una injustificable limitación de su libertad de no contratar, así como una inadmisibile compulsión a contratar.

En una primera aproximación al texto del proyectado artículo 1245, parece inferirse que únicamente habría de indemnizarse el daño emergente. Sin embargo, la expresión empleada en dicho precepto resulta ambigua. Si tomamos como punto de partida la tradicional controversia doctrinal en torno a esta cuestión, resultan inadmisibles y desalentadoras la tibieza y la vaguedad que impregnan los preceptos previstos sobre la responsabilidad precontractual. A nuestro juicio, la letra del referido precepto no permite erradicar el eventual resarcimiento de la parte del lucro cesante correspondiente a la pérdida de oportunidades, dada su oscuridad.

Por lo tanto, dentro del concepto de interés negativo habría de entenderse envuelto, al margen de los referidos gastos e inversiones, el coste de oportunidad experimentado por el perjudicado por la ruptura injustificada de los

tratos, al haber rechazado otras ocasiones de contratar. Así pues, según esta postura, el lucro cesante resarcible se limitaría a la utilidad que el perjudicado no ha obtenido como consecuencia de haber confiado en la corrección de las negociaciones y no haber aprovechado otras posibilidades de contratar que se le presentaron. La dificultad de prueba de estas circunstancias y la lógica posición restrictiva en su apreciación por parte de nuestros tribunales no debe llevarnos a excluir, *ab initio*, su inclusión en el seno del interés contractual negativo.

Abonan nuestra percepción los comentarios relativos a algunos de los textos internacionales que han servido de inspiración a nuestra *Propuesta de Modernización*, y que podríamos considerar como «interpretación auténtica» de los mismos:

- Por ejemplo, en el artículo 2.1.15(2) de los Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales (en adelante, Principios UNIDROIT) únicamente se dispone que la interrupción maliciosa de los tratos trae consigo el deber de indemnizar por los daños y perjuicios irrogados a la otra parte, sin mayor precisión. En aras a concretar la consistencia de dicho resarcimiento, en el comentario correspondiente a este precepto se afirma, de manera inconcusa, lo siguiente<sup>10</sup>: «La responsabilidad de una parte por las negociaciones de mala fe se limita a los daños y perjuicios causados a la otra parte (parágrafo (2)). En otras palabras, la parte agraviada puede recuperar los gastos en que incurrió por las negociaciones y también podrá ser compensada por la pérdida de oportunidad de celebrar otro contrato con un tercero (la llamada «confiabilidad» (*reliance*) o interés negativo), pero no podrá, en principio, recuperar las ganancias que hubiera percibido de haberse perfeccionado el contrato original (la llamada expectativa o interés positivo)».
- Por otra parte, en el artículo II.—3:301(3) *Draft Common Frame of Reference* (en adelante, DCFR) tampoco se advierte gran concreción, pues en él se dispone que una persona que ha contravenido este deber resulta responsable de cualquier pérdida causada a la otra parte por dicho incumplimiento [en parecidos términos, *vid.* artículo 2:301(2) *Principles of European Contract Law* (en adelante, PECL)<sup>11</sup>]. En el comentario a dicho artículo se señala que la responsabilidad de la persona que actuó en contra de la buena fe y la lealtad negocial incluye tanto los gastos en los que ha incurrido la otra parte como el trabajo por esta realizado, así como la pérdida por operaciones realizadas por confiar en el contrato esperado. En algunos casos, según el comentario a este precepto, la pérdida de oportunidades también puede ser compensada. Sin embargo, la parte perjudicada no puede reclamar ser puesto en la posición en la

que se hallaría si el contrato se hubiera concluido debidamente y si las obligaciones derivadas del mismo hubieran sido realizadas correctamente (interés positivo)<sup>12</sup>.

Como puede observarse, aunque no se ha previsto explícitamente la inclusión de la pérdida de oportunidades entre los conceptos resarcibles en estos textos internacionales, los comentarios que les acompañan no dejan margen a la discusión en torno a su admisibilidad. La incertidumbre afectará a la determinación de cuáles serán las concretas hipótesis en las que habrá de indemnizarse por haber perdido otras ocasiones de contratar y la cuantía de tal resarcimiento. En nuestra opinión, el tenor literal de nuestro proyectado artículo 1245 no veda una exégesis similar a la inmanente a estos textos internacionales.

Con mayor rotundidad se admite esta tendencia en el artículo 6.4 del Código de Pavía, donde se dispone expresamente: *«En los casos previstos en los párrafos anteriores, la parte que ha actuado contra la buena fe está obligada a reparar el daño sufrido por la otra hasta el máximo de los gastos comprometidos por esta última en el curso de los tratos preliminares con vistas a la celebración del contrato, así como por la pérdida de ocasiones similares causada por los tratos pendientes»*.

Son muchas las cuestiones de capital relevancia que se suscitan en torno a la inserción de parte del lucro cesante en la indemnización debida en estos supuestos: por ejemplo, si el interés negativo puede exceder el interés positivo<sup>13</sup>, si se requiere que el contrato rechazado sea más beneficioso que aquel sobre el que se estaba negociando<sup>14</sup>, si sendos contratos han de tener el mismo objeto, etc. Lamentablemente, ninguna de estas controversias recibe respuesta en nuestra *Propuesta de Modernización*, que ha eludido abordar una regulación cuidadosa sobre la responsabilidad precontractual.

Pese a que la doctrina mayoritaria incluye esta parte del lucro cesante en el interés negativo cuando se produce el abandono injustificado de las negociaciones<sup>15</sup>, otros autores niegan tal posibilidad, al entender que si el perjudicado había tenido una ocasión más provechosa o ventajosa, gozó de la oportunidad de retirarse de las negociaciones con justo motivo, de tal manera que si no lo aprovechó, solo a él es imputable<sup>16</sup>. A nuestro juicio, quien recibe una mejor propuesta mientras negocia un contrato puede decidir continuar los tratos por entender que es lo correcto, por una cuestión de mayor confianza en el sujeto partícipe en los mismos, o, incluso, por temor a incurrir en responsabilidad precontractual si abandona él mismo las negociaciones. Por otra parte, si el negocio no concluido por el perjudicado era igual o menos beneficioso que aquel cuyas negociaciones luego se truncaron injustificadamente, lo normal es que no abandone los tratos. Por lo tanto, en estos últimos supuestos no cabría reproche alguno al perjudicado.

### 3. SE CELEBRA UN CONTRATO INVÁLIDO

#### A. Posible compatibilidad de la nulidad y la indemnización

En relación con la hipótesis referida a la responsabilidad *in contrahendo* si el contrato es inválido (cimiento sobre el que ya en el siglo XIX sustentó JHERING su imprescindible tesis), la *Propuesta de Modernización* sigue la senda trazada por nuestro todavía vigente Código Civil. En consonancia con lo anterior, el texto programado en nuestro país elude pronunciarse sobre una posible obligación de resarcimiento cuando la causa de nulidad del contrato fue conocida, o debía serlo, por una de las partes. En cambio, en los principales textos internacionales que han influido en la reforma proyectada en España sí se acomete la disciplina de este supuesto.

Por ejemplo, en el artículo 15:105 PECL se dispone que cuando el contrato es nulo por vulneración de los principios fundamentales o infracción de normas imperativas, una de las partes del mismo puede exigir a la otra una indemnización de los daños y perjuicios, siempre que la otra parte conociera o debería haber conocido la causa de ineficacia; este resarcimiento tratará de colocar al perjudicado en la situación más semejante posible a la que habría tenido si no se hubiera concluido el contrato. Naturalmente, esta obligación de indemnizar podrá denegarse cuando el perjudicado, por su parte, conoció o debió haber conocido la causa de ineficacia (cfr., asimismo, artículo II.-7:304 DCFR). En esta misma senda, hemos de observar que han sido varias las decisiones del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en las que se ha reconocido el derecho al resarcimiento en estos casos (*vid.*, v.gr., STJUE de 20 de septiembre de 2001, asunto C-453/99, *Courage Ltd contra Bernard Crehan*).

Nuestra *Propuesta de Modernización* no contempla la obligación de resarcimiento cuando quien ha soportado un vicio del consentimiento se inclina por anular el contrato por él afectado. A pesar de ello, parece lógico pensar que podrá acudir al proyectado artículo 1245 en estos supuestos, en aras a complementar la invalidez del contrato con la reclamación de una indemnización de los daños y perjuicios soportados. A nuestro modo de ver, la anulación del contrato por error o dolo representa un remedio perfectamente compatible con la responsabilidad precontractual<sup>17</sup>. Como acertadamente apunta MORALES MORENO, en la *Propuesta de Modernización*, la anulación del contrato afectado por vicios del consentimiento y el resarcimiento representan dos remedios desarrollados legalmente «de modo separado, no integrados en un sistema de remedios (con un supuesto unitario)»<sup>18</sup>.

Sin embargo, resulta turbadora la omisión de cualquier referencia explícita en la norma programada a esta posibilidad cuando se regulan los vicios del consentimiento, pues en algunos de los textos internacionales que han servido de inspiración al proyecto español se aborda esta cuestión de modo inequívoco

y sin ambigüedades: «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» [art. 4:117(1) PECL; *vid.*, asimismo, art. II.—7:214 DCFR].

En el actual estado de nuestra legislación, a nuestro modo de ver, resulta plenamente compatible pretender la anulación del contrato y la percepción de una indemnización cimentada en la causa de la invalidez del mismo. A favor de tal posibilidad, MORALES MORENO aduce un argumento íntimamente ligado con la congruencia jurídica: resultaría «incoherente excluir la indemnización en los casos de dolo causal y ofrecerla, en cambio, en los de dolo incidental y dolo de tercero, ya que la anulación no repara todos los daños que pueden ser indemnizables»<sup>19</sup>. Como atinadamente observa DE VERDA, cuando el contrato se encuentra afectado por dolo *causam dans*, la acción de nulidad tutela la libertad en la formación de la voluntad de los contratantes, con independencia de que el *deceptus* no haya soportado ningún perjuicio. El efecto de lo preceptuado en el artículo 1303 de nuestro vigente Código Civil, por consiguiente, no se halla configurado con el designio de indemnizar *in natura* al perjudicado, sino con el de reponer las cosas a su estado originario.

En cambio, a través de la acción de responsabilidad precontractual el contratante de buena fe trata de obtener la reparación de los daños que la anulación del contrato le ha irrogado, pues ha visto lesionada su libertad negocial al verificarse una causa de invalidez imputable al comportamiento antijurídico de la otra parte.

En la STS de 24 de abril de 2009 (RJ 3167) podemos encontrar la siguiente argumentación:

«El dolo genera responsabilidad, en cuanto acto ilícito, que algún autor ha calificado como “delito civil”, con obligación de reparar los daños y perjuicios. Aunque es cierto que la aplicación al caso de las normas de validez y de las de responsabilidad está interrelacionada, pues el daño no ha de ser el mismo en el caso de anulación que en el de mantenimiento del contrato, las acciones para exigir una u otra consecuencia (anulación o reparación de los daños) son distintas y pueden ejercitarse conjunta o separadamente. No empece la distinción el hecho de que la anulación provoque una acción de restitución (artículo 1307 CC) que, a efectos prácticos, podría producir los efectos de una acción de responsabilidad, pues la acción de restitución, consecuencia de la acción de anulación, no es una acción de reparación de daños».

Según explica el último autor citado, el *deceptor* habrá de indemnizar el interés contractual negativo, si bien su postura no resulta incontrovertida<sup>20</sup>. Por ejemplo, en la STS de 5 de mayo de 2009 (RJ 2907) se concede una indemnización que comprende el interés positivo, como consecuencia de la nulidad del

contrato debida a dolo *in contrahendo*. En cambio, en la STS de 5 de marzo de 2010 (RJ 2390), también en un caso de dolo, categóricamente se niega la posibilidad de resarcir el interés contractual positivo, y de forma explícita se confiere la indemnización del interés negativo o «interés de confianza». Indudablemente, esta disparidad de criterios en el propio Tribunal Supremo coadyuva a la generación de un escenario de azarosa oscuridad. En cualquier caso, al margen de la partidas que hayan de ser incluidas en el resarcimiento, nuestro Alto Tribunal otorga la facultad de exigir una indemnización en estas hipótesis, pese al tenor literal de los vigentes artículos 1269 y 1270 del Código Civil, donde únicamente se contempla la posibilidad de anular el contrato, sin aludir a un eventual resarcimiento de daños y perjuicios.

Mientras que en la *Propuesta de Modernización* se contempla únicamente el referido efecto restitutorio (cfr. el primer párrafo de su artículo 1306), según hemos apuntado más arriba, en los principales instrumentos internacionales que lo inspiran se admite, además, la posibilidad del resarcimiento. La pasividad e indiferencia de nuestro legislador resultan más sorprendentes, incluso, si contemplamos las antedichas decisiones jurisprudenciales.

Como hemos comprobado, en caso de dolo, nuestra jurisprudencia ha admitido el ejercicio acumulado de la acción de anulación y la de reclamación de indemnización. En estos términos, hemos de hacer destacada referencia, como colofón, a la importante STS de 18 de enero de 2007 (RJ 529), donde se concluye de manera categórica:

«Sobre si cabe, primero, la acción de anulación de contrato y reclamación de indemnización de daños y perjuicios (acumulación de dos acciones), segundo, la acción de anulación, sin reclamación de indemnización (una sola acción) y, tercero, la acción de reclamación de indemnización de daños y perjuicios, sin ejercitar la acción de anulación (una sola acción, es el caso presente). La respuesta debe ser afirmativa, tanto porque no hay norma que excluya cualquiera de las tres posibilidades, como porque sí hay una norma aplicable a un caso similar de ineficacia, que es la resolución que contempla el artículo 1124 del Código Civil, que admite como perfectamente compatibles y, al tiempo, independientes, la acción de resolución y la de resarcimiento, que pueden ser ejercitadas conjunta o independientemente, sin que la posibilidad de ineficacia excluya la indemnización, ni viceversa, ni la acumulación».

La cuestión se ha planteado tradicionalmente en términos considerablemente más confusos en relación con el error vicio, pues mientras que un importante sector doctrinal ha sostenido que este —a diferencia del dolo— agota sus consecuencias en la anulación del contrato<sup>21</sup>, se ha abierto paso con pujanza la corriente que extiende el deber de resarcimiento a las hipótesis de anulación del contrato por error imputable a la otra parte (evidentemente, cuando es propiciado por culpa, y no por dolo)<sup>22</sup>.

Se trata del «error provocado» sobre el que disertan DELGADO y PARRA, y al que dichos autores únicamente anudan una consecuencia: en estos casos, resulta excluido el requisito de la excusabilidad del error para conferirle trascendencia anulatoria, pues si es la otra parte la que ha provocado el error, ya no hay razón para proteger su confianza en la validez del contrato. Resumen su opinión del siguiente modo: «Nuestro punto de vista es que, en el Derecho español vigente, no es requisito de relevancia del error el que haya sido provocado o inducido por la otra parte contratante, pero que cuando este es el caso podemos apreciar el error sin considerar además el requisito de la excusabilidad, sustituido por o subsumido en el de provocación por la otra parte. La diferencia con el dolo es que no hay (o no se ha probado) el ánimo de engañar». No obstante, advierten estos autores sobre el cambio de perspectiva que cabe apreciar en la *Propuesta de Modernización*, ya que en su artículo 1298, al configurar los requisitos del error, se requiere siempre alguna consideración de la conducta o actitud de la otra parte, y se tiende a reducir su ámbito de relevancia como fundamento de anulabilidad; por el contrario, en la modificación programada se lleva a cabo la ampliación del ámbito del dolo a través de la ocultación de información<sup>23</sup>.

En nuestra opinión, no existe ningún obstáculo insalvable, desde el punto de vista conceptual y de lógica jurídica, que vede a quien sufrió el error exigir conjuntamente la anulación del contrato y un eventual resarcimiento de daños y perjuicios, en las hipótesis en las que tal vicio tuviera su génesis en una actitud descuidada o negligente de la otra parte. A esta conclusión nos ha de llevar, incluso en la actualidad, la plenamente vigente configuración en sentido objetivo de la *bona fides in contrahendo*. Que el error puede dar lugar no solo a la anulación del contrato, sino también a un complementario deber de resarcimiento, nos parece evidente en la *Propuesta de Modernización*, salvo en el caso del «error común» contemplado en el programado artículo 1298.1.3º [por otra parte, esta es la solución adoptada, tal y como hemos indicado, en los artículos 4:103(1)(a)(iii) y 4:117(1) PECL y II.—7:214 DCFR].

Incluso MORALES MORENO, que —como hemos observado— sostuvo que en caso de error únicamente procedía la anulación del contrato, en una obra posterior admite la complementariedad del remedio de la nulidad y el de la indemnización en el marco de la *Propuesta de Modernización* (salvo en el referido supuesto del «error común»). En su opinión, tal posibilidad tiene su origen en la evolución advertida en el texto proyectado en nuestro país: mientras que en el todavía vigente Código Civil, conforme al Derecho Romano, se acoge el dolo como criterio de imputación de responsabilidad precontractual (cfr. arts. 1270, párr. 2º, y 1486, párr. 2º, CC), la *Propuesta de Modernización* se manifiesta permeable a la construcción pandectista de la responsabilidad *in contrahendo* y a la evolución operada en el *Common Law* por la «misrepresentation», y fundamenta esta suerte de responsabilidad en la culpa (entendida como infracción de un deber de conducta impuesto por la buena fe). En este

sentido, dicho autor pone de relieve que será contraria a las exigencias de la buena fe la conducta del contratante que hace manifestaciones incorrectas, aunque crea en su corrección, cuando no haya tomado las medidas exigibles para comprobar su certeza. Como consecuencia de ello, con independencia de si el error provocado por esa transmisión de información defectuosa es esencial o no, nos hallaremos frente a un supuesto de responsabilidad precontractual. La esencialidad del error añadirá, según expone, la facultad de anular el contrato. Sobre este último aspecto, resulta interesante el artículo 4:106 PECL<sup>24</sup>.

En las hipótesis de anulación del contrato por error imputable a la otra parte, parece lógico sostener, en principio, que el responsable habrá de indemnizar el interés contractual negativo, en aras a colocar a quien sufrió el vicio en la posición de la que gozaría si no se hubiese celebrado el contrato; quizá sería más preciso aludir a la situación en la que se hallaría si nunca hubiera entablado negociación alguna tendente a la celebración de dicho contrato con la otra parte<sup>25</sup>. Dentro de este resarcimiento han de incluirse, por consiguiente, tanto el daño emergente como las oportunidades de contratar que ha perdido quien sufrió el error. Como consecuencia de ello, cuando el contrato se anula y quien padeció el vicio no ha soportado pérdida alguna ni ha desaprovechado otras ocasiones para contratar, deberá bastar con la restitución de las prestaciones.

Resulta llamativo que en el ámbito de los servicios de inversión (en concreto, en la colocación de participaciones preferentes, a la que ya nos hemos referido en la primera parte de este trabajo, publicada en un número anterior de esta revista), donde es muy frecuente la impugnación por error del contrato<sup>26</sup>, sea habitual que solo se conceda la anulación del mismo con la consiguiente restitución de prestaciones. Los consumidores (o «minoristas», de acuerdo con la nomenclatura empleada en la LMV), según se pone de relieve en la mayor parte de las decisiones judiciales recaídas sobre el particular y espinoso problema de las participaciones preferentes, adquirieron este producto complejo como directa consecuencia de la omisión de información o de las afirmaciones de los empleados e, incluso, directores de sucursal de algunas entidades de crédito. Los jueces y tribunales acostumbran a estimar que el incumplimiento de la obligación legal precontractual de informar, por parte de la entidad, genera un error en el cliente sobre la verdadera naturaleza de la operación suscrita de calado suficiente para invalidar el consentimiento contractual.

En materia de contratos bancarios, podemos hacer alusión a una reciente decisión de nuestro Alto Tribunal, la STS de 20 de enero de 2014 (*RJ* 781), cuya argumentación jurídica resulta elocuente. En ella se juzga la incidencia de la omisión del deber precontractual de información sobre la validez de un contrato de permuta financiera (*swap*). El Tribunal Supremo asume, como punto de partida, la desproporción existente entre la entidad que comercializa servicios financieros y su cliente, salvo que se trate de un inversor profesional, y la perentoria tutela que el ordenamiento jurídico ha de procurarle:

«La complejidad de los productos financieros propicia una asimetría informativa en su contratación, lo que ha provocado la necesidad de proteger al inversor minorista no experimentado en su relación con el proveedor de servicios financieros. Como se ha puesto de manifiesto en la doctrina, esta necesidad de protección se acentúa porque las entidades financieras al comercializar estos productos, debido a su complejidad y a la reseñada asimetría informativa, no se limitan a su distribución sino que prestan al cliente un servicio que va más allá de la mera y aséptica información sobre los instrumentos financieros, en la medida en que ayudan al cliente a interpretar esta información y a tomar la decisión de contratar un determinado producto».

Según se expone en esta decisión, como consecuencia de la Directiva MiFID, todo cliente debe ser informado por el banco, antes de la perfección del contrato, de los riesgos que comporta la operación especulativa de que se trate. A tenor de la atinada exposición desenvuelta en esta sentencia, este principio general es una consecuencia del deber general de actuar conforme a las exigencias de la buena fe contenido en nuestro vigente artículo 7 del Código Civil. Se hace eco, por otro lado, del reflejo de este principio en el artículo 1:201 PECL y de la plasmación que del mismo ha de efectuarse en este tipo de contratos, pues el genérico deber de negociar de buena fe conlleva el más concreto de proporcionar a la otra parte información acerca de los aspectos fundamentales del negocio, entre los que se encuentran, en este caso, los concretos riesgos que comporta el producto financiero que se pretende contratar.

Especialmente luminosa nos parece su disertación referida a esta cuestión, en aras a acceder a la anulación del contrato de *swap* pretendida por el cliente:

«Por sí mismo, el incumplimiento de los deberes de información no conllevan necesariamente la apreciación de error vicio, pero no cabe duda de que la previsión legal de estos deberes, que se apoya en la asimetría informativa que suele darse en la contratación de estos productos financieros con clientes minoristas, puede incidir en la apreciación del error. (...) Sobre la base de la apreciación legal de la necesidad que el cliente minorista tiene de conocer el producto financiero que contrata y los concretos riesgos que lleva asociados, y del deber legal que se impone a la entidad financiera de suministrar a dicho cliente una información comprensible y adecuada sobre tales extremos, para salvar la asimetría informativa que podía viciar el consentimiento por error, la normativa MiFID impone a la entidad financiera otros deberes que guardan relación con el conflicto de intereses en que incurre en la comercialización de un producto financiero complejo y, en su caso, la prestación de asesoramiento financiero para su contratación. (...) En un caso como el presente, en que el servicio prestado fue de asesoramiento financiero, el deber que pesaba sobre la entidad financiera no se limitaba a cerciorarse de que el cliente minorista conocía bien en qué consistía el *swap* que contrataba y los concretos riesgos asociados a este producto, sino que además debía haber evaluado que en aten-

ción a su situación financiera y al objetivo de inversión perseguido, era lo que más le convenía».

Finalmente, en esta decisión del Tribunal Supremo se aporta una solución de enorme calado en el ámbito práctico, destinada a tutelar los intereses del cliente minorista, pues se concluye con la consagración de una relevante presunción:

«En caso de incumplimiento de este deber, lo relevante para juzgar sobre el error vicio no es tanto la evaluación sobre la conveniencia de la operación, en atención a los intereses del cliente minorista que contrata el *swap*, como si al hacerlo tenía un conocimiento suficiente de este producto complejo y de los concretos riesgos asociados al mismo. La omisión del test que debía recoger esta valoración, si bien no impide que en algún caso el cliente goce de este conocimiento y por lo tanto no haya padecido error al contratar, lleva a presumir en el cliente la falta del conocimiento suficiente sobre el producto contratado y sus riesgos asociados que vicia el consentimiento. Por eso la ausencia del test no determina por sí la existencia del error vicio, pero sí permite presumirlo».

La habitual no concesión de indemnización alguna —más allá de la restitución de prestaciones— obedece, sin lugar a dudas, a una comprensible táctica instaurada en la *praxis* procesal de nuestro país, por el siempre acuciante temor a ser condenado en costas: el afectado «se conforma» con la anulación del contrato y la subsiguiente restitución de las prestaciones, y no trata de ver resarcidos los perjuicios que aquel le ha originado. Dado que los clientes no suelen solicitar indemnización, el juzgador normalmente no se pronuncia en torno a su compatibilidad con la anulación del contrato por error.

A nuestro modo de ver, aunque simplemente se aprecie la concurrencia de error vicio en el inversor, este resulta plenamente imputable a la entidad, de tal modo que aquel debería encontrarse facultado para exigir no solo la anulación del contrato viciado, sino también, y de manera acumulada, la indemnización de los daños y perjuicios que el mismo le ha irrogado. En estos casos concretos, por otra parte, las conductas consistentes en la omisión del deber precontractual de información legalmente impuesto resultan rayanas al dolo, tal y como se desprende de la descripción general del mismo que podemos hallar en nuestra jurisprudencia: las «palabras o maquinaciones pueden tener carácter positivo o ser de tipo negativo en el sentido de la reticencia o silencio ante una situación que razonablemente podía pensarse lo contrario» [STS de 5 de marzo de 2010 (*RJ* 2010, 2390)].

En realidad, muchas de las decisiones donde se anulan los contratos por error serían perfectamente reconducibles al dolo [así se aprecia, v.gr., en la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 37 de Madrid de 3 de junio de 2011 (*AC* 1358)]. Como explican DELGADO y PARRA<sup>27</sup>, no siempre que una de las partes omite una información que pudiera ser interesante para la otra está el contrato viciado por dolo: la clave la encontramos en si la información era debida, esto es, si precede un deber jurídico de informar que sería quebrantado

por el silencio. Si la omisión del deber precontractual de informar puede configurar una hipótesis de dolo, con mayor motivo podremos apreciarlo en los casos de error inducido por la incorrección de la información proporcionada.

Aunque la tendencia jurisprudencial en nuestro país se centra en apreciar la existencia de un error vicio, quizá pueda establecerse cierto tipo de conexión entre algunos de estos supuestos y el error obstativo, a través de la figura del *error in negotio*, pues muchos de estos clientes creyeron celebrar un contrato de depósito a plazo fijo, debido a la omisión del deber precontractual de información. En algún caso cabría plantear la presencia de dolo *causam dans*, ya que la inversión obedeció no solo a esa ausencia de información, sino también a afirmaciones explícitas sobre la liquidez, seguridad y garantía de las participaciones, e, incluso, sobre la naturaleza de esta figura como un tipo privilegiado y «preferente» de depósito a plazo fijo (de hecho, en tiempos recientes el Ministerio Fiscal ha aducido la existencia de delito de estafa en los casos más graves).

No obstante, de nuevo una consolidada táctica procesal propicia que estos supuestos se conduzcan por la menos problemática vía del error vicio, donde la exigencia en la actividad probatoria resulta inferior.

En el artículo 1300 de la *Propuesta de Modernización* la regulación no difiere sustancialmente de la todavía vigente en relación con el dolo, si bien se contempla explícitamente la ocultación maliciosa de alguna información que, teniendo en cuenta las circunstancias y conforme a la buena fe, debería haber comunicado a la otra parte de las negociaciones. Por lo tanto, tampoco se prevén efectos resarcitorios en el texto proyectado cuando se anule el contrato por dolo o por error (salvo el supuesto ya existente del dolo incidental, en el que no hay posibilidad de anulación). Ello invita a pensar que nuestra jurisprudencia va a continuar por el camino ya recorrido en las decisiones mencionadas [cfr., v.gr., SSTs de 18 de enero de 2007 (*RJ* 529), de 24 de abril de 2009 (*RJ* 3167), de 5 de mayo de 2009 (*RJ* 2907), de 5 de marzo de 2010 (*RJ* 2390)], y que va a permitir exigir una indemnización en estas hipótesis. No obstante, entendemos que el legislador debería plasmar esta posibilidad expresamente, pues nuestra jurisprudencia así lo permite con un texto legal muy similar.

#### *B. Otra posible solución: el incumplimiento contractual*

En relación con los eventuales remedios aplicables cuando se celebra un contrato inválido, MORALES MORENO centra su atención en el incumplimiento de los deberes precontractuales de información. Según explica el mencionado autor, estas conductas suelen abordarse jurídicamente desde la perspectiva precontractual, a través del dolo (causal o incidental), el error o la *culpa in contrahendo*, de tal modo que los efectos diferirán en función del camino seguido. Sin embargo, a su modo de ver, cuando la información precontractual se proyecta sobre el

objeto o contenido del contrato y da lugar a problemas de incumplimiento, su tratamiento debería ser otro distinto. En estos supuestos, considera que lo más razonable es «atraer a la responsabilidad contractual tanto la lesión del interés en el cumplimiento como la del interés de integridad». Propone, como ejemplo, el caso del vendedor de un cuadro que engaña al comprador sobre su autenticidad; la conducta de aquel no solo podrá ser considerada como dolo *in contrahendo*, sino también como incumplimiento del deber de prestación consistente en la entrega del cuadro presupuesto en el contrato como auténtico<sup>28</sup>.

Naturalmente, en aras a poder acudir a los remedios inherentes al incumplimiento contractual por inadecuación de la prestación efectivamente satisfecha, la información precontractual discordante con la misma ha de entenderse incorporada al contrato y, por lo tanto, resultar vinculante. De este modo, si al cumplir el contrato no se hace según el tenor de tales informaciones, en nuestro Derecho el perjudicado debería gozar de la facultad de exigir el cumplimiento forzoso de aquel en dichos términos, o bien la resolución contractual, con una indemnización en ambos casos (cfr. art. 1124 del vigente CC).

La primera cuestión que emerge, de manera espontánea, al adentrarnos en esta materia es la precisión de las hipótesis donde la información precontractual ha de estimarse como parte del propio contenido contractual. En realidad, es en este punto donde se ubica la clave para determinar cuándo el perjudicado puede alcanzar la efectiva tutela de los remedios configurados para el incumplimiento contractual.

Nuestro actual ordenamiento jurídico nos ofrece algún ejemplo donde cabe apreciar, de manera palmaria, la inclusión de informaciones previas al contrato en el seno de su contenido. En materia de consumo, en el artículo 61.2 del TRLGDCU —cuyo origen se halla en el artículo 8.1 de la LGDCU de 1984— se dispone: «*El contenido de la oferta, promoción o publicidad, las prestaciones propias de cada bien o servicio, las condiciones jurídicas o económicas y garantías ofrecidas serán exigibles por los consumidores y usuarios, aún cuando no figuren expresamente en el contrato celebrado o en el documento o comprobante recibido y deberán tenerse en cuenta en la determinación del principio de conformidad con el contrato*»<sup>29</sup>. Este precepto erradica toda incertidumbre sobre el carácter contractual del contenido de la publicidad, que forma parte esencial de la oferta contractual y vincula al proponente [*vid.* STS de 7 de noviembre de 1988 (RJ 8419)].

De manera coherente con esta conclusión, cuando el producto o servicio no se ajusta a las características anunciadas en la publicidad, aquel incurrirá en un incumplimiento contractual, con independencia de la no inclusión de dichas características en el contrato. Así pues, el consumidor dispondrá de la facultad de acudir a los remedios propios del incumplimiento (cfr. arts. 1101, 1106, 1107 y 1124 CC), donde —según expone BERCOVITZ— se verá favorecido por una mayor facilidad probatoria y por la posibilidad de obtener una indemnización

más elevada, en comparación con las acciones de anulación del contrato por error o dolo cimentados en una publicidad engañosa<sup>30</sup>.

Incluso, con anterioridad a la acogida de esta norma en nuestro ordenamiento jurídico, la jurisprudencia tuvo ocasión de conceder ciertos efectos contractuales a los mensajes publicitarios, como elemento heterointegrador del contenido del contrato: SSTs de 14 de junio de 1976 (ROJ 22)<sup>31</sup> y de 27 de enero de 1977 (ROJ 143)<sup>32</sup>. En la segunda decisión mencionada, nuestro Alto Tribunal expresamente se apoyó, para llegar a esta conclusión, en el principio de buena fe consagrado en el artículo 1258 Código Civil. Según el tenor de dicha sentencia, el criterio de la buena fe contemplado en el antedicho precepto constituye un medio para precisar las obligaciones emanadas de un contrato, e implica la vinculación a los términos de la publicidad previamente efectuada. La buena fe coadyuva en la determinación del alcance de las prestaciones contractuales y contribuye a que el tráfico jurídico se desenvuelva de acuerdo con unos principios que la conciencia social estima necesarios, aunque no hayan sido establecidos por el legislador, ni por la costumbre, ni por las partes en el contrato<sup>33</sup>.

Este mismo razonamiento podría emplearse actualmente en hipótesis ajenas al ámbito objetivo de las normas de Derecho de Consumo, pues, si bien es cierto que la tutela dispensada a los consumidores por nuestro legislador es habitualmente mayor, la ejecución de un contrato donde no intervenga ningún consumidor también debe llevarse a cabo de buena fe, con lealtad y corrección.

El escenario no experimentará excesivas variaciones si finalmente se aprueba la *Propuesta de Modernización*, ya que en ella no se contempla una regla general donde se concrete cómo se incorporan al contenido contractual las afirmaciones de los contratantes. No obstante esta carencia, la información precontractual podrá llegar a ser incluida en el contrato en virtud del proyectado artículo 1243 (y, quizás también, a través del 1279), pues es similar al artículo 1258 del vigente Código<sup>34</sup>.

Por otra parte, en el artículo 1276 de la *Propuesta de Modernización* se ofrece una norma específica en torno a la heterointegración del contrato con las afirmaciones llevadas a cabo por un profesional en la publicidad o en actividades de promoción del producto o servicio. Cabe reseñar que, a diferencia de nuestro actual ordenamiento jurídico, en este texto se introduce esta norma sin requerir que la otra parte contratante sea un consumidor. En relación con este precepto, llama la atención que en su segundo párrafo se prevea la posibilidad de insertar en el contenido del contrato, en determinadas circunstancias, también las afirmaciones efectuadas por un tercero (siempre que se encuentre en la misma cadena de producción o comercialización que el profesional contratante)<sup>35</sup>. Por lo tanto, se procederá a disciplinar un ámbito que ya goza de regulación, el del valor de la publicidad como parte integrante del contenido contractual, si bien se amplía considerablemente su espectro, de tal manera que se evita el recurso a la norma general del previsto artículo 1243 en ciertas hipótesis.

En contraste con lo que acontece en nuestra *Propuesta de Modernización*, en algunos de los textos que mayor influencia han desplegado sobre ella sí podemos encontrar normas generales referidas a la inserción en el contrato de las declaraciones precontractuales de las partes. En estos, una vez más, se evidencia que los deberes de información no restringen su ámbito al *iter* precontractual, sino que penetran en el propio contenido del contrato y se integran en él.

Por ejemplo, en el artículo 6:101(1) PECL, bajo la rúbrica «*Declaraciones de las que nacen obligaciones contractuales*», se dispone: «Una declaración hecha por alguna de las partes antes o durante la conclusión del contrato, se debe considerar fuente de obligación contractual si la otra parte, lógicamente y de acuerdo con las circunstancias, así la entendió, teniendo en cuenta: (a) La importancia aparente de la declaración para la otra parte. (b) Si la parte formuló la declaración en el marco de una operación de negocios. (c) Y la experiencia profesional de cada una de las partes».

Como puede advertirse, en este precepto se toma en especial consideración la confianza justificada de la otra parte contractual en torno a la vinculación de quien hace las manifestaciones y a la exactitud de las mismas [cfr., asimismo, el artículo II.—9:102(1) DCFR]. Según expone MORALES MORENO, se garantiza el interés positivo del otro contratante en relación con la exactitud de dichas afirmaciones, porque pueda creer que esa es su voluntad, o porque, atendidas las circunstancias, resulte razonable entender que así sea, con independencia de cuál fuera la verdadera voluntad del autor de aquellas<sup>36</sup>.

El artículo 6:101(2) PECL, por su parte, se halla consagrado a las concretas hipótesis contempladas en el artículo 1276 de nuestra *Propuesta de Modernización* (información y publicidad efectuada por un proveedor profesional de servicios o un tercero relacionado con su comercialización), con un contenido o, al menos, un espíritu parangonable [cfr., asimismo, los apartados (2) a (6) del artículo II.—9:102 DCFR, que contienen una regulación más desarrollada].

En relación con este tema, es relevante también el artículo 6:102 PECL, donde se recogen los criterios de integración de las lagunas contractuales, al establecer que un contrato puede contener, al margen de las cláusulas expresas, otras «implícitas», derivadas de la propia intención de las partes contractuales, la naturaleza y el objeto del contrato y la buena fe (cfr., también, el artículo II.—9:101 DCFR).

Como colofón a todo lo anterior, en el artículo 4:119 PECL se reconoce que quien tenga derecho a ejercitar alguna de las acciones del Capítulo 4 (v.gr., la anulación del contrato por error vicio) «en circunstancias que le den también derecho a aplicar acciones para casos de incumplimiento, puede utilizar cualesquiera de dichos medios». Por consiguiente, se le confiere, de manera terminante, la facultad de escoger la solución que más le interese: la anulación del contrato, con eventual resarcimiento de daños y perjuicios, o bien los remedios frente al incumplimiento contemplados en los Capítulos 7, 8 y 9 (cfr., también, art. II.—7:216 DCFR)<sup>37</sup>.

En contra de esta tendencia trazada por los PECL y el DCFR, en el artículo 3.2.4 Principios UNIDROIT se cercena injustificadamente la facultad de escoger la acción que el afectado prefiera, al establecer: «*Una parte no puede anular el contrato a causa de error si los hechos en los que basa su pretensión le otorgan o le podrían haber otorgado remedios por incumplimiento*». Tal restricción se nos antoja arbitraria, y no alcanzamos a comprender el fundamento que de ella se propone en sus comentarios, cuando se concluye: «En caso de conflicto debe preferirse la segunda opción, puesto que ofrece una mejor solución y resulta más flexible que la solución tajante de la nulidad»<sup>38</sup>.

Si lo que se anhela es alcanzar un resultado tuitivo para el perjudicado, la mejor opción consistiría, a nuestro juicio, en reconocerle un ámbito propio de decisión, de tal modo que se encuentre en su mano valorar y decidir cuál de los remedios legalmente proporcionados es el más apropiado para sus concretos intereses. Por otra parte, con carácter general, nuestro Alto Tribunal ha considerado reiteradamente que puede haber un concurso alternativo de acciones. Por consiguiente, aunque la concurrencia de remedios albergada tanto en los PECL como en el DCFR pueda lograrse con apoyo en los todavía vigentes términos de nuestro Código Civil, así como en los previstos en la *Propuesta de Modernización*, entendemos que conviene plasmar en esta de modo explícito tal circunstancia, en aras a lograr una mayor claridad y a erradicar cualquier incertidumbre sobre esta posibilidad<sup>39</sup>.

Sorprende, como atinadamente evidencia FENOY, que en el texto proyectado en nuestro país no se brinde una respuesta expresa, ya que esta cuestión ha sido no solo objeto de profuso análisis por nuestra doctrina, sino también abordada en los instrumentos internacionales que le han servido de inspiración (si bien con criterios dispares, como hemos podido comprobar). En cualquier caso, si la *Propuesta de Modernización* se aprobase en los términos programados, la situación apenas sufriría variaciones en relación con el todavía vigente ordenamiento jurídico, donde, dados los textos del Código civil y del TRLGDCU, «parece predominar la solución adoptada por los PECL». Por consiguiente, el legitimado gozaría de la facultad de escoger entre los remedios precontractuales —anulación, *culpa in contrahendo*— y los contractuales por incumplimiento. En su opinión, no es previsible que la *Propuesta de Modernización* vaya a ser objeto de una exégesis más apegada al restrictivo criterio plasmado en los Principios UNIDROIT<sup>40</sup>.

#### 4. EL CONTRATO CELEBRADO ES VÁLIDO

##### A. *Indemnización de daños y perjuicios*

Cuando el legitimado para anular el contrato no quiere o no puede exigir la invalidación del mismo (v.gr., por no haber resultado suficiente el error o el

dolo para admitir su anulación), en nuestra opinión, debe también otorgársele la facultad de acudir a los remedios resarcitorios. En caso contrario, el escenario resultaría poco razonable, ya que su situación sería considerablemente negativa: o exige la anulación del contrato (si se encuentra legitimado para ello), o la infracción del deber precontractual de información carece de cualquier trascendencia. Afortunadamente, la compatibilidad de remedios se desprende de la ya referida STS de 18 de enero de 2007 (RJ 2007, 529) —de la que fue ponente el Profesor O'CALLAGHAN—, cuando se reconoce la posibilidad de exigir una indemnización sin que resulte imprescindible instar, además, la nulidad del contrato.

Esta misma idea, que parece haber calado en nuestro ordenamiento por vía jurisprudencial, resulta consagrada en el artículo 4:117(2) PECL, cuando establece: *«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 [por transcurso del plazo de anulación o por confirmación], 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 [información incorrecta, pero que no provoca error esencial que permita anular; vid. también dicho artículo 4:106]»*.

Asimismo, en el artículo II.—7:214(1) DCFR —al que nos referimos con anterioridad—, también se admite la reclamación del resarcimiento de los daños sufridos como consecuencia del error y dolo, siempre que la otra parte conociese o podría razonablemente esperarse que conociera la causa de nulidad, *«whether or not the contract is avoided»*, esto es, con independencia de si se anula o no. Por otra parte, en el artículo II.—7:204 DCFR se confiere el derecho a una indemnización por los perjuicios irrogados debido a la confianza suscitada por una información incorrecta, aunque no se goce de la facultad de anular el contrato.

En estas hipótesis, la otra parte habrá de satisfacer una indemnización, que, como apunta PANTALEÓN<sup>41</sup>, normalmente coincidirá con la diferencia entre el valor de la prestación contractual que ejecutó el perjudicado a favor del infractor del deber precontractual de información y el valor de la prestación recibida de este. No obstante —prosigue este autor—, el resarcimiento podrá resultar más elevado cuando de la celebración del contrato se derivasen ulteriores perjuicios para el afectado, y también habrá de tomarse en consideración su eventual culpa concurrente tanto en la generación como en la mitigación del daño, pues ella podría propiciar una rebaja en la indemnización. En relación con la última cuestión, el mismo autor evidencia que esta solución se vislumbra en las remisiones finales contenidas en los artículos 4:117(3) PECL y II.—7:214(3) DCFR (se corrobora en los comentarios a estos últimos preceptos)<sup>42</sup>.

Por último, PANTALEÓN pone atinadamente de relieve que es preciso evitar que quien padeció la infracción del deber de información logre, a través de la indemnización del interés negativo, repercutir al infractor un perjuicio no imputable a su conducta: v.gr., una disminución sobrevenida del valor de la prestación de quien infringió el deber precontractual fundada, única y exclusivamente, en alteraciones del mercado. Esta restricción se halla entre los designios de lo preceptuado en el artículo II.—7:214(2) DCFR, cuando se dispone: «*The damages recoverable are such as to place the aggrieved party as nearly as posible in the position in which that party would have been if the contract had not been concluded, with the further limitation that, if the party does not avoid the contract, the damages are not to exceed the loss caused by the mistake, fraud, coercion, threats or unfair exploitation*». Así lo confirman, por otra parte, los comentarios a este precepto<sup>43</sup>. Una precisión parangonable se contiene también, como vimos con anterioridad, en el artículo 4:117(2) PECL<sup>44</sup>.

Menos evidente aparece la respuesta a esta última cuestión en el artículo 3.2.16 de los Principios UNIDROIT, ya que, aunque en él también se otorga la facultad de exigir una indemnización con independencia de que el contrato sea o no anulado, se concreta que su cuantía será la necesaria para colocar al perjudicado «*en la misma situación en que se encontraría de no haber celebrado el contrato*». Esta mención resulta demasiado amplia y puede inducir a confusión. En nuestra opinión, resulta más apropiado el criterio explícita y certeramente plasmado en los PECL y en el DCFR, y confirmado en sus anteriormente referidos comentarios, en aras a evitar la repercusión de perjuicios no imputables al transgresor del deber de información.

En lugar de favorecer la adopción de las consecuencias indemnizatorias que colocan al perjudicado en la situación en la que estaría si no se hubiese celebrado el contrato, resulta más apropiada —como también sostiene ASUA<sup>45</sup>— la solución resarcitoria que lo ubica en la posición de la que gozaría si no se hubiera infringido la obligación de información. Pero, en estas hipótesis, ¿qué denominación merecen los conceptos resarcidos: interés negativo o interés positivo?

Dados los términos en los que se expresan los aludidos textos internacionales, resulta lógico entender que no se trata del interés del cumplimiento o positivo. Sin embargo, su incardinación en el concepto de interés negativo tampoco se halla exenta de incertidumbres, pues no parece que quepa entenderlo aquí como sinónimo del interés de la confianza propio de los supuestos de interrupción arbitraria de las negociaciones. Por este motivo, PANTALEÓN<sup>46</sup> propone la configuración de esta indemnización como el resarcimiento del interés positivo dentro del interés de la confianza, o *reliance interest* en su variante de interés contractual positivo, que ha de constituir un concepto también diverso del *expectation interest* o interés en el cumplimiento. Pese a adherirse a este razonamiento, y entender que en este concepto más amplio del interés de la confianza se englobaría también la colocación del perjudicado en la situación

que habría tenido si hubiera contratado en mejores condiciones, ASUA advierte de lo confusa que puede resultar la nomenclatura propuesta.

Por este motivo, entendemos que es oportuno ofrecer un esquema del sistema dibujado por PANTALEÓN, donde podríamos escindir los siguientes conceptos:

- *Expectation interest* o interés en el cumplimiento, cuya cuantía será el resultado de restar al valor esperado, es decir, el que la prestación habría tenido si su utilidad para el acreedor se hubiese correspondido con las expectativas que en él generó el incumplimiento del deber precontractual de información, su valor real. O, alternatively, el coste que supone para el acreedor hacer realidad las expectativas de utilidad de la prestación que tal infracción le generaron.
- *Reliance interest* o interés de la confianza en su versión de «interés contractual negativo». En este caso, la cuantía de la indemnización se calcularía con una resta sencilla: el precio verdaderamente pagado por el acreedor perjudicado por la transgresión del deber precontractual de información menos el valor real de la prestación.
- *Reliance interest* o interés de la confianza en su variante de «interés contractual positivo». La medida del resarcimiento la hallaríamos con otra resta: el precio realmente pagado menos el precio que habría satisfecho el acreedor y aceptado el deudor si el primero hubiera conocido la realidad de las cosas al contratar. De todo lo hasta ahora expuesto, se infiere que esta es la medida en la que habrá de ser indemnizado quien sufrió el perjuicio por la ausencia o por la incorrección de la información, cuando no quiere o no puede invalidar el contrato. No obstante, como evidencia ASUA, la carga de la prueba de las eventuales mejores condiciones contractuales de las que habría disfrutado si se hubiera respetado el deber precontractual de información recae sobre el perjudicado, y constituye una ardua tarea. Especialmente compleja, a nuestro modo de ver. Según expone esta autora, si no logran acreditarse estos extremos, la medida de la indemnización habría de ser la del interés negativo. En cualquier caso, concluye ASUA, se trataría propiamente de una indemnización y no de una adaptación del contrato.

## B. Adaptación del contrato

En el artículo 1298.4 de la *Propuesta de Modernización* se da carta de naturaleza a una figura presente en los textos internacionales, inspirada por el principio del *favor negotii*, y destinada a facilitar la pervivencia del contrato susceptible de anulación por error de vicio, al disponer: «*Tampoco podrá anularse el contrato cuando la otra parte contratante, tras ser informada del error,*

*comunique sin dilación su voluntad de ejecutarlo en los términos pretendidos por la parte que lo ha sufrido».*

Esta institución ha recibido el nombre de «adaptación del contrato», y se contempla, por ejemplo, en el artículo 4:105 PECL<sup>47</sup> y en el similar artículo II.—7:203 DCFR. No obstante, en el texto proyectado en nuestro país únicamente se acoge la hipótesis en la que uno de los contratantes ha incurrido en error y el otro, inmediatamente después de conocer tal circunstancia, evita su eventual anulación mediante una decisión unilateral de ajuste del contenido negocial a los términos que erradamente había asumido quien padeció aquel vicio. Así pues, se deja en manos de quien no sufrió el error la decisión referida a la adaptación del contrato.

En los comentarios a los dos instrumentos internacionales mencionados se aclara, por otra parte, que el caso más obvio de aplicación de esta norma se presenta cuando alguien tiene derecho a anular el contrato por existir un error en la comunicación, si la parte no equivocada no conocía en qué consistía el error. En estos supuestos, si propone la adaptación del contrato de acuerdo con el contenido pretendido por el contratante que sufrió el error, este no se hallará facultado para anular el contrato. Este mecanismo resultará aplicable en los supuestos de error de hecho o de Derecho<sup>48</sup>.

Sin embargo, en la reforma prevista de nuestro texto legal no se alberga la norma adoptada, respectivamente, en los últimos apartados de los referidos preceptos de los PECL y del DCFR, donde se confiere a ambas partes contractuales la facultad de reclamar al juzgador la adaptación del contrato, siempre y cuando los dos hubieran cometido el mismo error. Como consecuencia de tal solicitud, el contrato no resultará anulado, sino que se le concederá el sentido que razonablemente habrían pactado las partes si no hubiera concurrido el error. Esta previsión normativa, contemplada para el caso del doble error, se encuentra también cimentada en el principio del *favor negotii*, y brinda un relevante ámbito de decisión a las partes en torno al mantenimiento del contrato, si bien se delega en la autoridad judicial la compleja labor de integración de su contenido a través de la insegura actividad de decisión sobre lo que las partes «*en buena lógica, habrían acordado*». A pesar de ello, como evidencian los comentaristas de estos instrumentos, la adaptación no siempre representa la solución más adecuada, pues, en ocasiones, las partes no habrían celebrado el negocio si no hubieran padecido el error. Como consecuencia de ello, el contrato podrá resultar anulado.

Esta clase de remedio, que sortea la anulación del contrato y propicia la alteración de su contenido, nos parece atinada, al menos como alternativa a la invalidez contractual, pese a que en alguno de los escenarios previstos se halle impregnada de una nada desdeñable falta de certidumbre. Incluso, aunque sean más exhaustivos que nuestra *Propuesta de Modernización*, podría pensarse que los PECL pecan de incompletos en esta materia, al omitir cualquier referencia a la posible concesión, en determinadas condiciones, de la facultad de exigir la adaptación del contrato únicamente a quien padeció el error.

Asumimos la posición de PANTALEÓN, cuando sostiene que parece conveniente reconocer a quien contrató inducido por dolo o por error esencial generado como resultado de la infracción por la otra parte del deber precontractual de información, no solo la facultad de anular dicho contrato, sino también la de solicitar una adaptación del contrato parangonable a la configurada en los antedichos textos internacionales cuando el error es común a ambas partes<sup>49</sup>. Ante las dificultades inherentes a la valoración del daño irrogado por haber contratado condicionado por el incumplimiento del deber de información, resultaría interesante la opción de poder trasladar al juzgador la labor de configuración del contenido contractual, para que trate de diseñar la relación negocial que hipotéticamente habría debido surgir si no se hubiese infringido este deber precontractual.

Tal y como acertadamente pone de relieve BASOZABAL<sup>50</sup>, esta peculiar medida tuitiva para quien ha sufrido la infracción de dicho deber ya ha encontrado acomodo en nuestro Derecho de Consumo, pues en el artículo 65 TRLGDCU se establece: «*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 consiguiente, no se trata un remedio absolutamente desconocido para nuestro legislador.

En realidad, en el propio texto de la *Propuesta de Modernización* podemos hallar un supuesto donde se reconoce al perjudicado, de manera palmaria, la facultad de exigir la adaptación del contrato. En este sentido, en su artículo 1301 se regulan los contratos que proporcionan un provecho excesivo o una ventaja desleal a una de las partes, que se aprovecha injustamente de una situación de dependencia, de extraordinarias dificultades económicas, de necesidad apremiante, de la ignorancia, de la inexperiencia o falta de previsión del otro contratante (contratos leoninos). En estos casos, según el texto programado, la parte desfavorecida puede solicitar al juzgador que lleve a cabo las alteraciones precisas en el contrato «*para adaptarlo a las exigencias de la buena fe y lo que sea usual en el tráfico jurídico*».

Esta norma tiene su origen en el artículo 4:109(2) PECL, donde se permite al damnificado pedir a la autoridad judicial que proceda a «*adaptar el contrato y ajustarlo a lo que podría haberse acordado respetando el principio de la buena fe contractual*». Los comentaristas de este último precepto ponen de relieve que no siempre la anulación de un contrato excesivamente ventajoso resulta adecuada, y, por este motivo, parece más oportuno admitir la posibilidad de la adaptación de sus términos. De este modo, a instancia de la parte que ha sufrido el menoscabo, el juez podrá reemplazar las cláusulas que estime abusivas por otras que sean justas, siempre y cuando resulte una medida de tutela adecuada en las concretas circunstancias que se presenten en el caso juzgado<sup>51</sup>. En términos parangonables, también podemos aludir al artículo II.—7:207(2) DCFR.

En la hipótesis por nosotros escrutada en este epígrafe, no nos hallamos frente a un contrato leonino, sino ante la celebración de un negocio jurídico donde uno de los contratantes padece el error como consecuencia de la infracción del deber precontractual de información imputable a la otra parte. En el artículo II.-3:109(2) DCFR se contiene un mecanismo de adaptación para un supuesto concreto, cuyo origen no se halla en los PECL: cuando un empresario haya omitido (o cumplido incorrectamente) el deber de información precontractual al que se encuentra obligado en virtud de los artículos que preceden a esta norma, tendrá todas las obligaciones contractuales que la otra parte haya razonablemente esperado que tuviera («...*the business has such obligations under the contract as the other party has reasonably expected as a consequence of the absence or incorrectness of the information*»).

De acuerdo con la explicación formulada por sus comentaristas, en este precepto se refleja la idea general de que la información disponible en el contexto precontractual puede incidir en la sustancia de un contrato. Si un contrato se ha celebrado, el hecho de no haber proporcionado la información precontractual exigida puede afectar al tenor de las obligaciones asumidas en virtud de tal negocio jurídico, y dar lugar, por consiguiente, a un incumplimiento contractual<sup>52</sup>.

A nuestro modo de ver, esta norma no debería restringir su ámbito subjetivo únicamente a la omisión del deber precontractual de información por parte del empresario. No obstante, los jueces habrían de operar con rigor y ser muy cuidadosos en la aplicación de una norma de este calado, pues puede dar lugar a enormes incertidumbres e, incluso, a abusos por parte del perjudicado por la falta de información.

Discrepa PANTALEÓN de la regulación ofrecida en el artículo II.-3:109(2) DCFR, al menos en la contratación entre empresarios, pues de él parece inferirse que toda expectativa razonable generada en la otra parte sobre los futuros deberes contractuales del empresario infractor del deber de información, incluso por la mera omisión de información debida, habrá de entenderse incorporada al contenido contractual. Por este motivo, hemos puesto de relieve que la labor de adaptación o de integración efectuada por la autoridad judicial ha de llevarse a cabo con enorme prudencia y con un escrupuloso análisis de las precisas circunstancias que envuelven cada caso juzgado. También manifiesta su desacuerdo con el último inciso del artículo II.-3:109(3) DCFR, que impide el juego del remedio de la responsabilidad precontractual en las hipótesis en las que el párrafo anterior brinda el recurso al incumplimiento de una obligación contractual<sup>53</sup>.

En principio, según expone MORALES MORENO, nuestro vigente Código Civil no admite expresamente que quien padeció el vicio exija la adaptación del contrato, salvo que se entienda como una indemnización *in natura*; según este autor, en cambio, nada excluye que el otro contratante evite la anulación del contrato y logre la mencionada adaptación a través del artículo 7 del Código Civil<sup>54</sup>. Estimamos que esta última precisión, no obstante, únicamente favorece

al infractor del deber de información, y no amplía las posibilidades de actuación del perjudicado por dicha omisión. Asimismo, en nuestra opinión, acudir al mecanismo indemnizatorio para alcanzar la posibilidad de adaptar el contenido contractual quizás represente una forzada desfiguración de aquel<sup>55</sup>.

Es cierto que en otras esferas ajenas por completo al ámbito contractual que ahora nos concierne, como la de la acción de cesación de las inmisiones, nuestra jurisprudencia ha acudido con frecuencia al expediente de la responsabilidad para dar entrada en nuestro ordenamiento a soluciones no previstas en él de modo explícito. Sin embargo, no parece que sea esa la vía más recomendable (tampoco en el caso de la aludida acción de cesación), ya que el instituto de la responsabilidad se encuentra destinado a lograr un resarcimiento, y no la alteración de los términos de un contrato, pues se trata de una acción indemnizatoria.

A nuestro juicio, debería otorgarse al perjudicado la facultad de instar la adaptación del contrato con carácter general, y no solo en el marco del Derecho de Consumo o en el de los contratos leoninos. No conviene olvidar que el escenario al que nos enfrentamos obedece a una infracción del deber de información imputable a la otra parte, y que el ordenamiento ha de abrazar entre sus designios la tutela del damnificado. Si, como consecuencia del incumplimiento del antedicho deber precontractual, admitimos que el afectado exija la anulación del contrato y, según nuestra opinión, una indemnización, o bien simplemente el resarcimiento de daños, no alcanzamos a comprender las razones que pueden impedir conferirle la facultad de solicitar la adaptación del contenido contractual. Quizás pueda alcanzarse tal logro a través del recurso a la genérica previsión normativa del artículo 1243 de la *Propuesta de Modernización*, que ampara la integración del contrato a través de la buena fe (en términos similares a los ofrecidos por el vigente artículo 1258 CC). Evidentemente, la configuración del contenido contractual en estos supuestos habría de recaer también en la autoridad judicial.

Por otra parte, aunque constituyan supuestos diferentes, hemos visto que tanto en los referidos instrumentos internacionales como en la *Propuesta de Modernización* (y en nuestro vigente ordenamiento) se contempla una suerte de «adaptación» del contrato, al dotar de relevancia negocial a las manifestaciones efectuadas en la fase precontractual, que pueden dar lugar, incluso, a la resolución del contrato por incumplimiento (cfr. los ya analizados artículos 61.2 TRLGDCU, 1258 del vigente CC, 1243 y 1276 *Propuesta de Modernización*, 6:101 y 6:102 PECL, II.—9:101 y II.—9:102 DCFR).

No obstante todo lo anterior, consideramos conveniente que se introduzca un precepto en la *Propuesta de Modernización*, donde se contemple la explícita concesión de la facultad de exigir la adaptación del contrato al perjudicado por la infracción del deber de información. De este modo, se erradicaría cualquier incertidumbre sobre el particular, y se restringiría el arbitrio del juzgador, en quien recaería la fundamental labor de conformación de los términos del con-

trato, pero no la decisión sobre si nuestro Derecho admite o no la adaptación del contrato.

## 5. CONSIDERACIONES FINALES

A nuestro modo de ver, dada la indefinición en la que se halla sumido el texto de la *Propuesta de Modernización*, cabría defender el vigor de muchas de las reflexiones plasmadas a lo largo de las anteriores páginas si finalmente este texto resulta aprobado. No obstante, la actitud silente del legislador en relación con estos aspectos evidencia el carácter insuficiente e inacabado del proyecto de reforma. Asimismo, entendemos que el texto habría de perfilar los conceptos indemnizables por la transgresión de cada una de las posibles (o, al menos, de las más importantes) manifestaciones de la buena fe *in contrahendo*. Abandonar su concreción a la siempre contingente labor jurisprudencial representa un evidente e indeseable riesgo para la seguridad jurídica.

Esta descuidada conducta de los redactores de la norma proyectada carece de justificación, pues se trata de materias de capital relevancia práctica, en torno a las cuales se ha disertado abundantemente en el seno de nuestra doctrina y jurisprudencia.

## II. NATURALEZA JURÍDICA DE LA RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL

### 1. RELEVANCIA DE LA CUESTIÓN

Una vez admitido que la fase preliminar puede dar lugar al deber de indemnizar al otro partícipe en dichas negociaciones, otra cuestión controvertida en torno a esta suerte de responsabilidad, desde una perspectiva doctrinal, ha sido la referida a su naturaleza jurídica. Esta polémica, en principio, dista de representar una disquisición meramente teórica, ya que la incidencia práctica de la calificación que se confiera a esta responsabilidad parece gozar de relevancia<sup>56</sup>.

En este sentido, si se califica esta responsabilidad como contractual, regirá la presunción *iuris tantum* de culpabilidad del deudor consagrada en el artículo 1183 del Código Civil, mientras que dicha culpabilidad, en principio, habría de ser probada si entendiéramos que constituye un ejemplo de responsabilidad extracontractual. No obstante, esta divergencia es hoy únicamente teórica, dada la inversión de la carga de la prueba de la culpa en el marco de la responsabilidad aquiliana operada, en la práctica, por nuestra jurisprudencia.

Según explica MEDINA ALCOZ, si calificáramos la responsabilidad precontractual como aquiliana, se exigiría una actuación dolosa o culposa, por ejemplo, en

la parte que rompe sorpresiva y arbitrariamente las negociaciones (*ex* artículo 1902 CC). Sin embargo, su calificación como contractual «significaría que la fuente de la responsabilidad se hallaría en el incumplimiento de un deber que, en el caso descrito, no es sino el deber general de actuar conforme a la buena fe»<sup>57</sup>.

Asimismo, en la responsabilidad contractual hay que deslindar los supuestos de incumplimiento culpable de los que tienen su origen en una conducta deliberada o dolosa, en relación con la indemnización exigible, dados los términos en los que se expresa el artículo 1107 de nuestro vigente Código. En este precepto se atiende a la previsibilidad de los daños cuando el incumplimiento es meramente culposos, mientras que cuando este resulta doloso, habrán de ser resarcidos todos los daños conocidos, y no solo los previsibles. Tal divergencia no se contempla en el marco de la responsabilidad extracontractual, donde deben indemnizarse todos los daños irrogados, al margen de si la conducta del responsable merece ser calificada como culposa o como dolosa<sup>58</sup>.

Por otra parte, hemos de recordar la enorme diferencia existente entre ambos tipos de responsabilidad en materia de plazos de prescripción: mientras que en el artículo 1968.2.º del Código Civil se establece un exiguo plazo de prescripción de un año en relación con la responsabilidad aquiliana, en el artículo 1964 del mismo cuerpo legal se dispone un desmedido plazo de quince años en las acciones personales que no tengan señalado uno especial en la ley.

Esta relevante cuestión ha sido intensamente debatida durante décadas tanto en nuestra doctrina patria como en la extranjera, y las posturas de los diversos autores difieren sustancialmente.

## 2. BREVE ALUSIÓN A LAS PRINCIPALES POSTURAS DOCTRINALES Y JURISPRUDENCIALES

Un importante sector doctrinal, cada vez más numeroso, confiere a la responsabilidad *in contrahendo* naturaleza contractual. El origen de esta tendencia podemos ubicarlo en la pandectística de la segunda mitad del siglo XIX y, primordialmente, en la construcción de la *culpa in contrahendo* confeccionada por el maestro JHERING<sup>59</sup>, cuyos cimientos se identifican en ciertos textos romanos (v.gr., D. 18,1,62,1; Inst. 3,23,5; D. 11,7,8,1; D. 18,4,8 y 9). Esta postura ha gozado tradicionalmente de una gran acogida en el seno de la doctrina y jurisprudencia alemanas; a ello ayudó el hecho de que el BGB, a diferencia de nuestro Código Civil, no contiene una cláusula general acerca del ilícito civil (simplemente recoge algunas hipótesis concretas de actos ilícitos que conllevan la obligación de reparar; v.gr., §§ 823 y 826). Sin embargo, su influencia se ha extendido a otros países (v.gr., Francia, Italia<sup>60</sup> y España<sup>61</sup>).

Tradicionalmente más extendida en la doctrina ha sido la configuración de la responsabilidad *in contrahendo* como responsabilidad aquiliana, dado que los tratos no vinculan a quienes en ellos participan y no existe todavía contrato

estipulado<sup>62</sup>. A pesar de ello, quien haya vulnerado el principio de la buena fe objetiva durante la fase preliminar, habrá de resarcir los daños que su comportamiento haya irrogado al perjudicado. Según este sector doctrinal, la conducta de quien lesiona los intereses de la otra parte en esta etapa de negociaciones es contraria a la buena fe y quebranta el principio general *alterum non laedere*. Así pues, estos autores estiman que el germen de esta responsabilidad se halla en un hecho ilícito que se ha verificado en el transcurso de la fase de formación del contrato<sup>63</sup>.

También hemos de llamar la atención sobre ciertos intentos doctrinales de emancipación de la responsabilidad *in contrahendo*, de tal modo que se excluiría su inserción en cualquiera de los polos de la arraigada dicotomía constituida por la responsabilidad contractual y la aquiliana<sup>64</sup>. Representaría, por consiguiente, un *tertium genus* de responsabilidad, pues el hecho de no haberse concluido todavía el contrato debería excluir su naturaleza contractual, si bien tampoco encajaría en el ámbito de la responsabilidad extracontractual, ya que quienes participan en las negociaciones ya no son completamente extraños entre sí. La obligación de indemnizar se asentaría en el hecho de haber cometido un acto ilícito extracontractual, si bien por razón del contrato proyectado.

Desde un punto de vista jurisprudencial, hemos de poner de relieve que nuestros Tribunales no han arrojado demasiada luz en relación con la espinosa y controvertida cuestión de la naturaleza jurídica de la responsabilidad *in contrahendo*, si bien es cierto que cabe advertir una tendencia preponderante a su consideración como extracontractual, con carácter general. Una clara manifestación de esta última preferencia podemos encontrarla en la STS de 16 de mayo de 1988 (RJ 4308), donde se afirma que la *culpa in contrahendo*, al faltar relación contractual, se nos ofrece como aquiliana, pues no puede negarse que exista una violación del principio *neminem laedere*<sup>65</sup>. Resulta interesante la argumentación expuesta, en apoyo de esta postura, en la STS de 16 de diciembre de 1999 (RJ 8978): «A lo que hay que añadir que dicha responsabilidad extracontractual se puede derivar directamente de dicha tesis jurisprudencial o a través de la teoría del abuso del derecho, como determina cierta doctrina española. Pero tanto en uno u otro caso lleva a desembocar ineludiblemente a la entrada en juego del artículo 1902 del Código Civil».

Sin embargo, en la STS de 26 de octubre de 1981 (RJ 4001) se consideró que la responsabilidad por la anulación de un contrato por dolo *in contrahendo*, al haber incumplido el deber precontractual de información (se ocultó que parte del terreno vendido estaba integrado en un monte público según una Orden Ministerial), era de naturaleza contractual. En similares términos, podemos destacar la STS de 5 de mayo de 2009 (RJ 2907), en otra hipótesis de dolo *in contrahendo*, al incumplir el deber de información (no se informó de la imposibilidad de construir una estación de servicio, como consecuencia de no tener la finca adquirida la superficie y condiciones urbanísticas exigidas).

En esta misma línea, en la STS de 30 de junio de 2000 (RJ 6747) se atribuye naturaleza contractual a la omisión del deber precontractual de información, y se estima que hay dolo incidental «al ocultar deliberadamente la denegación de la referida licencia de apertura, y ofrecer a la parte compradora unas garantías y seguridades que, al ser inexistentes, maliciosamente resultaron sustraídas»; no obstante, hemos de aclarar que en esta decisión jurisprudencial se estima que tal omisión constituye un incumplimiento contractual.

Finalmente, en la STS de 15 de octubre de 2011 (RJ 7400), sin decantarse por ninguna de las tesis propuestas, se ofrece una exposición de las posturas jurisprudenciales en relación con esta materia:

«Por ello, cuando el participante en los tratos preliminares (...) los abandona o les pone fin con infracción de la buena fe, al haber creado en la otra parte una razonable confianza en la celebración del contrato, incurre en responsabilidad por el daño producido en adecuada relación de causalidad (...). Esa responsabilidad se lleva por algunos —entre ellos, la recurrente— al ámbito contractual y por otros al extracontractual o al de un «tertium genus», como consecuencia de la extensión del deber de buena fe a los momentos preparatorios de la celebración de los contratos. La sentencia de 16 de mayo de 1988 destacó que «[...] una *culpa in contrahendo* [...] al faltar aquella relación contractual, se nos ofrece como *aquiliana* [...]».

Tampoco cabe inferir una solución unívoca de la jurisprudencia comunitaria, donde podemos hallar, por un lado, decisiones que enmarcan la responsabilidad precontractual en el seno de la *aquiliana* [v.gr., STJUE de 17 de septiembre de 2002, asunto C-334/00, *Fonderie Officine Meccaniche Tacconi SpA y Heinrich Wagner Sinto Maschinenfabrik GmbH (HWS)*], y, por otro, sentencias que sostienen su cariz contractual [v.gr., STJUE de 11 de julio de 2002, asunto C-96/00, *Rudolf Gabriel*]; no obstante, los hechos juzgados eran sustancialmente diferentes<sup>66</sup>.

### 3. CONSIDERACIONES PERSONALES

A nuestro juicio, el problema con el que indefectiblemente habremos de colisionar al pretender adscribir la responsabilidad precontractual a alguna de las dos modalidades de responsabilidad contempladas en nuestro ordenamiento jurídico —la contractual y la *aquiliana*— reside en la heterogeneidad de hipótesis contenidas en aquella<sup>67</sup>. Dada la disimilitud predicable de los múltiples supuestos que originan la responsabilidad *in contrahendo*, entendemos que no conviene configurar su naturaleza jurídica con carácter homogéneo e invariable.

En tal sentido, parece acertada la perspectiva brindada por CABANILLAS<sup>68</sup>, cuando asevera: «Los hechos susceptibles de ser recogidos bajo esa unitaria denominación presentan unos perfiles profundamente heterogéneos que difi-

cilmente hacen posible un tratamiento uniforme. Por ello la mejor manera de solventar la cuestión planteada es decidir, en cada hipótesis concreta de *culpa in contrahendo*, cuál es la modalidad que mejor se le adapta». A nuestro modo de ver, la responsabilidad por la ruptura injustificada de los tratos preliminares no debería ubicarse en el mismo plano, por ejemplo, que la existencia de dolo o de un error imputable a la otra parte en un contrato que sí se ha celebrado<sup>69</sup>. Los remedios jurídicos difieren en sendas hipótesis, como hemos tenido ocasión de exponer.

La controversia referida a la naturaleza jurídica de la responsabilidad precontractual se ha desarrollado durante décadas no solo en nuestra doctrina, sino también, especialmente, entre los autores de nuestro entorno geográfico y cultural. Tal circunstancia podría hacernos albergar la esperanza de hallar, al fin, una respuesta por parte de nuestro legislador en la *Propuesta de Modernización*, con independencia de cuál fuera el tenor de la misma. La riqueza y el desenvolvimiento que ha alcanzado el debate desde el punto de vista doctrinal, más que jurisprudencial, permiten defender que en la próxima reforma de nuestro Derecho de Obligaciones y Contratos ha de abordarse forzosamente esta cuestión para ofrecer una solución definitiva.

Sin embargo, parece que el legislador no muestra el arrojo necesario en torno a esta materia, pues en el texto proyectado se omite cualquier referencia sobre el particular, de tal modo que, en definitiva, el escenario no diferirá en gran medida del incierto panorama en el que actualmente nos conducimos. Como consecuencia de ello, seguiremos sin gozar de criterios seguros sobre puntos de enorme trascendencia: cuál es el criterio de imputación, cuándo prescribe la acción para reclamar por responsabilidad *in contrahendo*, etc<sup>70</sup>. Supondrá, sin ningún género de duda, la pérdida de una excelente ocasión para dibujar los imprecisos contornos de una responsabilidad cuya relevancia, lejos de haber disminuido, se ha visto intensificada desde la promulgación de nuestro Código Civil, si bien algunos autores no consideran que constituya una cuestión «acuciante»<sup>71</sup>.

Hemos de advertir que nuestro legislador no se separa en este punto de los textos internacionales inspiradores del proyecto de reforma del Libro IV de nuestro Código, ya que en ellos tampoco podemos encontrar soluciones expresas en torno a la naturaleza jurídica de la responsabilidad *in contrahendo*.

El hecho de regularse la responsabilidad precontractual en estos instrumentos internacionales consagrados al Derecho de Contratos no ha de comportar, ineludiblemente, el carácter contractual de esta suerte de responsabilidad en todas sus hipótesis. Es lógico que se contemple la responsabilidad *in contrahendo* en estos instrumentos, con independencia de su naturaleza jurídica, pues en ellos se regula el proceso formativo del contrato desde sus primeras fases. Por este motivo, entendemos que tal circunstancia no debe resultar decisiva, en aras a conocer la postura de los autores de tales textos. La inclusión de la responsabilidad precontractual en estos obedece a razones de pura lógica y

coherencia jurídica, y posibilita la contemplación prácticamente integral en un mismo cuerpo legal de todo el fenómeno contractual, sin que ello sirva para prejuzgar sobre la materia debatida.

Por otra parte, si bien nos parece criticable el silencio observado en dichos textos en torno a la naturaleza jurídica de la responsabilidad precontractual, nos parecería inaudito que sus autores no hubieran plasmado su posición de manera completamente palmaria y explícita en relación con una materia tan relevante y controvertida durante décadas, y que, a pesar de ello, pudiéramos inferir su tesis sobre la misma a través de una incierta y contingente actividad deductiva<sup>72</sup>. Finalmente, hemos de recordar que otros textos internacionales excluyen el cariz contractual de esta responsabilidad de manera concluyente. En concreto, podemos hacer alusión a los Reglamentos comunitarios conocidos como «Roma I» y «Roma II», que, a diferencia de los instrumentos del *soft law* a los que nos hemos referido, sí resultan vinculantes.

En cualquier caso, no debemos perder de vista la circunstancia a la que aludimos en una nota anterior, se encuentra cada vez más extendida la doctrina que propugna una configuración unitaria de los diferentes regímenes de responsabilidad, donde tendrían cabida exclusivamente ciertas divergencias de matiz en su regulación. Asimismo, tal y como hemos expuesto, los casos que dan lugar a un deber de resarcimiento por conductas *in contrahendo* carecen de la homogeneidad requerida para ofrecer una respuesta uniforme en torno a la naturaleza jurídica de esta suerte de responsabilidad.

### III. CONCLUSIONES

I. En la *Propuesta de Modernización* se dispone, con carácter general, que la infracción de la buena fe precontractual «*dará lugar a la indemnización de daños y perjuicios*». Sin embargo, únicamente se alude a la consistencia de la indemnización en los casos en los que se entablen o interrumpan las negociaciones con mala fe, pues en estas hipótesis «*la indemnización consistirá en dejar a la otra parte en la situación que tendría si no hubiera iniciado las negociaciones*». No obstante, no se ofrece ninguna explicación sobre las razones que llevan a precisar el contenido del resarcimiento solo en estos últimos supuestos. Dado que se trata de una materia envuelta en una considerable polémica, el legislador debería ofrecer una solución más elaborada y rigurosa.

II. Aunque la *Propuesta de Modernización* tampoco alude expresamente a las partidas resarcibles cuando exige dejar a la otra parte en la situación que tendría si no hubiera iniciado las negociaciones, entendemos que no solo ha de incluirse el daño emergente, sino también parte del lucro cesante. En concreto, el correspondiente a la pérdida efectiva de oportunidades de celebrar otros contratos; pero nunca el interés contractual positivo. Esta es, por otra parte,

la solución que se infiere de los textos internacionales inspiradores de nuestra reforma. A pesar de ello, nuestro legislador debería recoger esta especificación expresamente, y dar respuesta a numerosos interrogantes que emergen en torno a esta materia.

III. Si se celebra un contrato inválido, la *Propuesta de Modernización* sigue la senda trazada por nuestro todavía vigente Código Civil, y elude pronunciarse sobre una eventual obligación de resarcimiento cuando la causa de nulidad fue conocida, o debía serlo, por una de las partes. Esta actitud resulta de todo punto injustificable, especialmente, si tomamos en consideración las aportaciones doctrinales y jurisprudenciales en esta materia, así como el tenor de los textos internacionales que sirven de cimiento a la reforma proyectada. No obstante lo anterior, entendemos que podrá acudirse al programado artículo 1245, en aras a complementar la invalidez del contrato con la reclamación de una indemnización, pues representan dos remedios perfectamente compatibles, tanto en caso de dolo como cuando nos hallamos ante un error «provocado» o «imputable» a la otra parte.

IV. En determinados ámbitos, como en los contratos bancarios, la jurisprudencia habitualmente se limita a decretar su nulidad por error vicio, sin pronunciarse sobre una complementaria indemnización. Tal circunstancia obedece, principalmente, a una táctica procesal tendente a evitar la condena en costas.

V. Si bien no se recoge ninguna norma general en la *Propuesta de Modernización* sobre la facultad de acudir a los remedios propios del incumplimiento contractual en estas hipótesis, creemos que no existe inconveniente en sostener tal posibilidad. Incluso, en el estado actual de nuestro ordenamiento jurídico. Debería, en cualquier caso, plasmarse en el texto proyectado, y otorgar explícitamente la facultad de elección al afectado para optar por el remedio jurídico que prefiera.

VI. Cuando el perjudicado no ha podido o no ha querido anular el contrato, debe conferírsele la posibilidad de acudir a los remedios resarcitorios, a pesar de la validez del contrato. Así se reconoce tanto en nuestra jurisprudencia como en los instrumentos jurídicos internacionales. La *Propuesta de Modernización* no brinda ninguna respuesta general de manera expresa.

VII. En nuestra opinión, la denominada «adaptación del contrato» resulta una figura atinada como alternativa a la invalidez contractual. De hecho, consideramos conveniente conferir tal facultad a quien contrató inducido por dolo o error imputable a la otra parte. Quizás quepa alcanzar tal logro mediante la heterointegración del contrato a través del principio de la buena fe, si bien resultaría acertada su inclusión en la *Propuesta de Modernización* con carácter general, y no solo para los contratos leoninos.

VIII. Nuestro legislador obvia cualquier referencia a la naturaleza jurídica de la responsabilidad precontractual, pese a la relevancia teórica y práctica de tal cuestión. Constituye una materia extremadamente polémica, y sobre la que

se ha disertado abundantemente en el seno de nuestra doctrina y de nuestra jurisprudencia, de tal modo que deberíamos esperar un mayor empeño por parte de nuestro legislador sobre este particular, con independencia de cuál fuera su elección de política legislativa.

IX. Un somero análisis jurisprudencial evidencia la ausencia de un criterio uniforme en relación con la naturaleza jurídica de la responsabilidad precontractual; incluso, en la jurisprudencia comunitaria. En realidad, el problema con el que ineludiblemente nos enfrentamos en esta materia reside en la clara heterogeneidad de las hipótesis abarcadas en la responsabilidad *in contrahendo*. Por lo tanto, no conviene configurar su naturaleza con carácter unitario. A nuestro juicio, no cabe colocar en el mismo plano la responsabilidad por abandono arbitrario de los tratos y la derivada de la presencia de dolo *causam dans* o de error provocado por la otra parte en un contrato que sí ha llegado a ver la luz. De hecho, los remedios jurídicos difieren en estos supuestos.

## ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS:

### A. JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA

- STS de 13 de marzo de 1950
- STS de 4 de octubre de 1962
- STS de 8 de junio de 1972
- STS de 25 de mayo de 1974
- STS de 14 de junio de 1976
- STS de 27 de enero de 1977
- STS de 16 de noviembre de 1979
- STS de 26 de enero de 1980
- STS de 26 de octubre de 1981
- STS de 26 de septiembre de 1983
- STS de 21 de septiembre de 1987
- STS de 4 marzo de 1988
- STS de 16 de mayo de 1988
- STS de 7 de noviembre de 1988
- STS de 23 de noviembre de 1988
- STS de 30 de diciembre de 1992
- STS de 19 de julio de 1994
- STS de 26 de octubre de 1995
- STS de 29 de febrero 1996
- STS de 22 de septiembre de 1997
- STS de 9 de marzo de 1998
- STS de 6 de marzo de 1999

- STS de 14 de junio de 1999
- STS de 16 de diciembre de 1999
- STS de 20 de febrero de 2000
- STS de 29 de febrero de 2000
- STS de 30 de marzo de 2000
- STS de 30 de junio de 2000
- STS de 25 de julio de 2000
- STS de 2 de octubre de 2000
- STS de 23 de julio 2001
- STS de 12 de julio de 2002
- STS de 30 de enero de 2003
- STS de 18 de enero de 2007
- STS de 24 de abril de 2009
- STS de 5 de mayo de 2009
- STS de 15 de junio de 2009
- STS de 5 de marzo de 2010
- STS de 15 de octubre de 2011
- STS de 14 de diciembre de 2012
- STS de 18 de abril de 2013
- STS de 17 de septiembre de 2013
- STS de 20 de enero de 2014
- SAP de Valladolid 9 de noviembre de 1998
- SAP de León de 1 de marzo de 2012

#### B. JURISPRUDENCIA COMUNITARIA

- STJUE de 20 de septiembre de 2001, asunto C-453/99, *Courage Ltd* contra *Bernard Crehan*
- STJUE de 11 de julio de 2002, asunto C-96/00, *Rudolf Gabriel*
- STJUE de 17 de septiembre de 2002, asunto C-334/00, *Fonderie Officine Meccaniche Tacconi SpA* y *Heinrich Wagner Sinto Maschinenfabrik GmbH (HWS)*

#### C. JURISPRUDENCIA INGLESA

Caso *Peter Pan Manufacturing Corpág. v Corsets Silhouette Ltd.* [1964] 1 WLR 96  
Caso *Martin Walford v Charles Miles* [1992] ADR.L.R. 01/23  
Caso *Cobbe v Yeomans Row Management Ltd* [2006] EWCA Civ 1139, [2006] 1 WLR 2964

Caso *Vercoe and others v Rutland Fund Management Ltd. and others* [2010] EWHC 424 (Ch)

Caso *Jones v Ricoh UK Ltd.* [2010] EWHC 1743 (Ch)

#### D. JURISPRUDENCIA ALEMANA

RG v. 7 de diciembre de 1911 (RGZ 78, 239: *Linoleumrollenfall*)

#### BIBLIOGRAFÍA:

- ALBALADEJO GARCÍA, M. (2002): *Derecho civil*, T. II, Derecho de Obligaciones, 11ª edic., puesta al día con la colaboración de Fernando Reglero. Barcelona, Librería Bosch.
- ALBERICI, A. (1982): «Il dovere precontrattuale di buona fede». *Rassegna di Diritto Civile*, págs. 1051 y sigs.
- ALONSO PÉREZ, M. (1971): «La responsabilidad precontractual». *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 485, julio-agosto, págs. 859 a 922.
- ARENAS GARCÍA, R. (2008): «La regulación de la responsabilidad precontractual en el Reglamento Roma II». *InDret*, 4/2008, octubre de 2008, págs. 1 a 27, disponible en [http://www.indret.com/pdf/590\\_es.pdf](http://www.indret.com/pdf/590_es.pdf)
- ASUA GONZÁLEZ, C.I. (1989): «La culpa in contrahendo». Bilbao, Servicio Editorial Universidad del País Vasco.
- BANAKAS, S. (2009): «Liability for Contractual Negotiations in English Law: Looking for the Litmus Test». *InDret*, 1/2009, febrero de 2009, págs. 1 a 21, disponible en [http://www.indret.com/pdf/605\\_en.pdf](http://www.indret.com/pdf/605_en.pdf)
- BARBERO, D. (1958): *Sistema istituzionale del Diritto privato italiano*, T. I., 5ª ed. Torino, UTET.
- BASOZABAL ARRUE, X. (2009): «En torno a las obligaciones precontractuales de información». *Anuario de Derecho Civil*, T. LXII, fasc. II, págs. 647 a 711.
- BENATTI, F. (1963): *La responsabilità precontrattuale*. Milano: Giuffrè.
- (1987): «Culpa in contrahendo». *Contratto e impresa*, págs. 287 a 312.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (1987): «La defensa contractual del consumidor o usuario en la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios». En: A. y R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *Estudios jurídicos sobre la protección de los consumidores*, Madrid, Ed. Tecnos (págs. 180 a 221).
- BESSONE, M. (1969): *Trattativa, recesso e danno*. Milano, Giuffrè Editore.
- BIANCA, C. M. (2000): *Diritto Civile*, T. III, Il Contratto, 2ª ed. Milano, Giuffrè Editore.
- CABANILLAS SÁNCHEZ, A. (1995): «El ámbito de la responsabilidad precontractual o culpa in contrahendo». *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 628, mayo-junio, págs. 747 a 788.
- CARRARA, G. (1915): *La formazione dei contratti*. Milano: Casa Editrice Dott. Francesco Vallardi.

- CARRASCO PERERA, Á. (1989): «Comentario al artículo 1101». En: M. ALBALADEJO GARCÍA (dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, T. XV-1º. Madrid: Edersa (recurso electrónico accesible en <http://vlex.com/vid/228506>).
- (2005): «Cartas de intenciones, precontratos, responsabilidad in contrahendo y obligatoriedad de los tratos en la Jurisprudencia Española». *Aranzadi Civil*, 21/2005, recurso electrónico BIB 2005/2648, accesible en [www.westlawinsignis.es](http://www.westlawinsignis.es).
- CATAUDELLA, A. (1994): *I contratti*, Parte Generale, ristampa integrata. Torino: Giappichelli Editore.
- CRISCUOLI, G. (1992): *Il Contratto (Itinerari normativi e riscontri giurisprudenziali)*. Padova: Cedam.
- DE ÁNGEL YAGÜEZ, R. (2010): «Lealtad en el periodo precontractual (La conducta de las partes en las negociaciones preliminares, según proyectos de Derecho contractual europeo y conforme a otros trabajos prelegislativos)». *Anuario de Derecho Civil*, T. LXIII, fasc. II, págs. 575 a 636.
- DE COSSÍO Y CORRAL, A. (1988): *Instituciones de Derecho Civil*, T. I, Parte general, Obligaciones y Contratos, revisado y puesto al día por Manuel DE COSSÍO Y MARTÍNEZ, y José LEÓN-CASTRO ALONSO, 1ª edic. Madrid: Ed. Civitas.
- DE CUPIS, A. (1979): *Il danno. Teoria generale della responsabilità civile*, vol. I, 3ª edic. Milano: Giuffrè.
- DE LABARRE, M. (1964): «La formation du contrat. L'avant-contrat». En: *62º Congrès des Notaires de France*. Perpignan (págs. 17 y sigs.).
- DE LA MAZA GAZMURI, Í. (2010): *Los límites del deber precontractual de información*. Cizur Menor: Civitas-Thomson Reuters.
- (2010): «Casos realmente difíciles: los deberes precontractuales de información y las consideraciones de eficiencia». *Anuario de Derecho Civil*, T. LXIII, fasc. IV, págs. 1683 a 1723.
- DELGADO ECHEVERRÍA, J., y PARRA LUCÁN, M.ª Á. (2011): «Comentario a la STS de 5 de marzo de 2010». *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 86/2011 parte Comentario, recurso electrónico BIB 2011/849, accesible en [www.westlawinsignis.es](http://www.westlawinsignis.es).
- DEL OLMO GARCÍA, P. (2001): «Responsabilidad por daño puramente económico causado al usuario de informaciones falsas». *Anuario de Derecho Civil*, T. LIV, fasc. I, recurso electrónico accesible en <http://vlex.com/vid/380133>.
- DE LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS, J. L. (2001): «Responsabilidad en los “tratos preparatorios” del contrato». En: R. DE ÁNGEL Y M. YZQUIERDO (coord.), *Estudios de responsabilidad civil. En homenaje al Profesor Roberto López Cabana*. Madrid: Dykinson (págs. 167 a 186).
- DE VERDA Y BEAMONTE, J. R. (2006): «El dolo in contrahendo». *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 16/2006, recurso electrónico BIB 2006/56, accesible en [www.westlawinsignis.es](http://www.westlawinsignis.es).
- DI GREGORIO, V. (1993): «*Culpa in contrahendo* e interesse negativo (comentario a Cass. 26 maggio 1992, núm. 6294)». *Giurisprudenza civile commentata*, T. I, págs. 351 y sigs.
- DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. (1991): «Comentario al artículo 1258». En: L. DÍEZ-PICAZO, R. BERCOVITZ, P. SALVADOR y C. PAZ-ARES (dir.), *Comentario del Código Civil*, T. II. Madrid: Ministerio de Justicia (págs. 436 a 438).
- (1996): *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*. T. I, 5ª edic. Madrid: Ed. Civitas.

- DÍEZ-PICAZO, L., ROCA TRÍAS, E. y MORALES MORENO, A. M. (2002): *Los principios del Derecho Europeo de Contratos*. Madrid: Ed. Civitas.
- ENNECCERUS, L., KIPP, T. y WOLFF, M. (1981): *Tratado de Derecho Civil*, Parte General, T. 1º, II, Primera Parte, 15ª revisión por Hans Carl NIPPERDEY, traducción de la 39ª edición alemana con estudios de comparación y adaptación a la legislación y jurisprudencia españolas por Blas PÉREZ GONZÁLEZ y José ALGUER, 3ª edic. al cuidado de Alfonso HERNÁNDEZ MORENO y María del Carmen GETE-ALONSO Y CALERA, Barcelona: Ed. Bosch.
- FAGGELLA, G. (1906): «Dei periodi precontrattuali e della loro vera ed esata costruzione scientifica». En: *Studi giuridici in onore di Carlo Fadda*, T. III. Napoli: Luigi Pierro (págs. 269 y sigs.).
- (1909): «Fondamento giuridico della responsabilità in tema di trattative contrattuali». *Archivio Giuridico «Filippo Serafini»*, Terza Serie-Vol. XI, Roma, págs. 128 a 150.
- (1918): «I periodi precontrattuali e la responsabilità precontrattuale», 2ª ed. Roma: *Stab. Tipóg. Società Cartiere Centrali*.
- FENÓY PICÓN, N. (2010): «La modernización del régimen del incumplimiento del contrato: Propuestas de la Comisión General de Codificación». Parte primera: Aspectos generales. El incumplimiento. *Anuario de Derecho Civil*, T. LXIII, fasc. I, págs. 47 a 136.
- GALGANO, F. (1999): *Diritto Civile e Commerciale*, vol. II, T. I, 3ª edic. Padova: Cedam.
- GARCÍA CANTERO, G. (2010): *Estudios sobre el Proyecto de Código Europeo de Contratos de la Academia de Pavía*. Madrid: Ed. Reus.
- GÓMEZ POMAR, F. (2007): «El incumplimiento contractual en Derecho español». *Indret*, 3/2007, julio de 2007, págs. 1 a 49, disponible en [http://www.indret.com/pdf/466\\_es.pdf](http://www.indret.com/pdf/466_es.pdf)
- HERNÁNDEZ GIL, A. (1979): «Reflexiones sobre una concepción ética y unitaria de la buena fe (discurso leído el día 22 de Octubre de 1979, en la sesión inaugural del curso 1979-1980)». Madrid: *Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*.
- INSTITUTO INTERNACIONAL PARA LA UNIFICACIÓN DEL DERECHO PRIVADO (UNIDROIT) (2007): *Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales 2004*. Roma.
- JIMÉNEZ MUÑOZ, F. J. (2013): «Los deberes de información precontractual en la legislación actual y en las distintas propuestas de modernización del Derecho de Obligaciones». *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 738, julio-agosto, págs. 2253 a 2328.
- JORDANO FRAGA, F. (1987): *La responsabilidad contractual*. Madrid: Ed. Civitas.
- LANDO, O. y BEALE, H. (2000): *Principles of European Contract Law*, Parts I and II, combined and revised, prepared by The Commission of European Contract Law. The Hague/London/Boston: Ed. Kluwer Law International.
- LARIOS MORENO, L. (2012): «Regulación de la formación del contrato: necesidad o conveniencia, factores a valorar y modelos existentes», *Trabajo de investigación presentado para la obtención del Diploma de Estudios Avanzados*, Programa de Doctorado en Estudios de Derecho Civil, Universidad Complutense. Madrid.
- LASARTE ÁLVAREZ, C. (1980): «Sobre la integración del contrato: la buena fe en la contratación (“En torno a la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de enero de 1977”)». *Revista de Derecho Privado*, págs. 50 a 78.
- LUMINOSO, A. (1988): «La lesione dell’interesse contrattuale negativo (e dell’interesse positivo) nella responsabilità civile». *Contratto e impresa*, págs. 792 a 803.

- LUNA SERRANO, A. (2003): «El régimen de los tratos preliminares en el Anteproyecto de Código Europeo de los Contratos». *Estudios de Deusto*, vol. 51/1, enero-junio, págs. 307 a 316.
- MANZANARES SECADES, A. (1984): «La responsabilidad precontractual en la hipótesis de ruptura injustificada de las negociaciones preliminares». *Anuario de Derecho Civil*, T. XXXVII, fasc. III, págs. 687 a 748.
- MEDINA ALCOZ, M. (2005): «La ruptura injustificada de los tratos preliminares: notas acerca de la naturaleza de la responsabilidad precontractual». *Revista de Derecho Privado*, núm. 5-6, mayo-junio, recurso electrónico accesible en <http://vlex.com/vid/ruptura-injustificada-precontractua-289829>.
- MENÉNDEZ MATO, J. C. (1998): *La oferta contractual*. Pamplona: Ed. Aranzadi.
- MENGONI, L. (1956): «Sulla natura della responsabilità precontrattuale (comentario a Cass. 5 maggio 1955, núm. 1259 y a la decisión del Trib. Roma, 24 gennaio 1955)». *Rivista di Diritto Commerciale*, T. II, págs. 360 a 372.
- MESSINEO, F. (1952): *Doctrina General del Contrato*, T. I, trad. esp. de la 3ª ed. italiana de 1948 por R. O. FONTANARROSA, S. SENTÍS MELENDO y M. VOLTERRA. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América.
- MIQUEL GONZÁLEZ, J. M.<sup>a</sup> (1993): «La responsabilidad contractual y extracontractual: distinción y consecuencias». *Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. XIX, págs. 59 a 78.
- MIRABELLI, G. (1980): «Commentario del Codice Civile», redatto a cura di magistrati e docenti, «Delle obbligazioni. Dei contratti in generale: art. 1321-1469», 3ª ed. Torino: UTET.
- MONATERI, P. G. (1998): *La responsabilità contrattuale e precontrattuale*. Torino: UTET.
- MORALES MORENO, A. M. (2004): «Comentario a los artículos 1269 y 1270». En: M. Albaladejo García (dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, T. XVII-1ºB. Madrid: Edersa (recurso electrónico accesible en <http://vlex.com/vid/articulos-231160>).
- (2010): *Incumplimiento del contrato y lucro cesante*. Cizur Menor: Civitas Thomson Reuters.
- (2011): «¿Es posible construir un sistema precontractual de remedios? Reflexiones sobre la Propuesta de modernización del derecho de obligaciones y contratos en el marco del Derecho europeo». En: K. J. ALBIEZ DOHRMANN (dir.), M.<sup>a</sup> L. PALAZÓN GARRIDO y M.<sup>a</sup> M. MÉNDEZ SERRANO (coord.), *Derecho privado europeo y modernización del Derecho contractual en España*. Barcelona: Atelier (págs. 400 a 422).
- MORENO QUESADA, B. (1963): *La oferta de contrato*. Barcelona: Colección Nereo.
- NASARRE AZNAR, S. (2012): «Marketing y deberes precontractuales». En: A. VAQUER ALOY, E. BOSCH CAPDEVILA, M.<sup>a</sup> P. SÁNCHEZ GONZÁLEZ (coord.), *Derecho europeo de contratos: Libros II y IV del Marco Común de Referencia*, vol. 1. Barcelona: Atelier (págs. 183 a 271).
- NATTINI, A. (1910): «Cenni critici sulla così detta responsabilità precontrattuale (nota a Trib. Napoli 31 marzo 1909)». *Il Diritto Commerciale: rivista mensile critica di dottrina, legislazione e giurisprudenza*, vol. I, Serie II. Torino: UTET, págs. 235 a 251.
- NEVONI, R. (1992): «L'art. 1337 cod. civ. e il recesso unilaterale dalla trattativa (commento a Trib. di Cremona 6 giugno 1991)». *Foro padano*, T. I, págs. 456 y sigs.
- OLIVA RODRÍGUEZ, A. M. (1989): «Panorama del Derecho de obligaciones y contratos en Castán Tobeñas». *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 594, septiembre-octubre, págs. 1439 a 1470.

- OSTI, G. (1957): Voz «Contratto». En: *Novissimo Digesto Italiano*, T. IV, 3ª ed. Torino: UTET (págs. 462 a 535).
- PACCHIONI, G. (1950): En: C. Grassetti (coord.), *Obbligazioni e contratti: succinto commento al libro quarto del codice civile*. Padova: Ed. Cedam.
- PACIONI, P. (1677): *De Locatione, et Conductione Tractatus*. Romae: Typis et Sumptibus Nicolai Angeli Tinassij.
- PANTALEÓN PRIETO, F. (1984): «Comentario a la STS de 19 de junio de 1984». *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 6, septiembre-diciembre, págs. 1869 a 1884.
- (2011): «Responsabilidad precontractual: propuestas de regulación para un futuro Código Latinoamericano de Contratos». *Anuario de Derecho Civil*, T. LXIV, fasc. III, págs. 897 a 929.
- PASQUAU LIAÑO, M. (1992): «Comentario al artículo 8.1 y 2 LGDCU». En: R. BERCOVITZ y J. SALAS (coord.), *Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*. Madrid: Ed. Civitas (págs. 139 a 175).
- (2000): «Jurisprudencia civil comentada: Código civil». En: M. PASQUAU (dir.), K. J. ALBIEZ y A. LÓPEZ (coord.). Granada: Ed. Comares, págs. 2146 a 2154.
- QUINONES ESCÁMEZ, A. (2009): «Buena fe y lealtad contractual». En: Sixto Sánchez Lorenzo (ed.), *Derecho Contractual Comparado. Una perspectiva europea y transnacional*. Cizur Menor, Civitas Thomson Reuters (págs. 341 a 404).
- RAVAZZONI, A. (1966): «La formazione del contratto», T. I, Le fasi del procedimento. Milano: Giuffrè.
- ROGEL VIDE, C. (1977): *La responsabilidad civil extracontractual en el Derecho español*. Madrid: Ed. Civitas.
- ROUSSEAU, J. J. (1762): «Du contract social; ou, Principes du Droit Politique». Ámsterdam: chez Marc Michel Rey.
- SACCO, R. (1982): En: P. Rescigno (dir.), *Trattato di Diritto Privato*, vol. 10, T. 2º. Torino: UTET.
- SALEILLES, R. (1907): «De la responsabilité précontractuelle, à propos d'une nouvelle étude sur la matière». *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, VI, págs. 697 a 751.
- SALOMON AUGUSTUS, C. (1681): «De tractatibus (von Handlungs-Vorschlägen, Vulgo Tractaten)». Jenæ: Typis Gollnerianis.
- SCOGNAMIGLIO, R. (1970): «Comentario del artículo 1337». En: A. SCIALOJA y G. BRANCA (dir.), *Commentario del Codice Civile*, Disposizioni Preliminari-Dei Requisiti del Contratto. Bologna-Roma: Zanichelli Editore.
- SONNENBERGER, H. J. (1991): «La conclusione del contratto secondo il Diritto tedesco (con attenzione ai problemi internazionalprivatistici nei rapporti commerciali italo-tedeschi)», con la collaborazione per il testo italiano del Dr. M. Stefani. Padova: Cedam.
- STELLA RICHTER, G. (1996): *La responsabilità precontrattuale*. Torino: UTET.
- STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE y RESEARCH GROUP ON EC PRIVATE LAW (ACQUIS GROUP): *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, editado por Christian VON BAR, Eric CLIVE, Hans SCHULTE-NÖLKE, Hugh BEALE, Johnny HERRE, Jérôme HUET, Matthias STORME, Stephen SWANN, Paul VARUL, Anna VENEZIANO, Fryderyk ZOLL.
- TARABAL BOSCH, J. (2011): «Comentario a la STS de 2 de noviembre de 2010». *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 87/2011 parte Comentario, recurso electrónico BIB 2011\1647, accesible en [www.westlawinsignis.es](http://www.westlawinsignis.es).

- VALÉS DUQUE, P. (2012): *La responsabilidad precontractual*. Madrid: Ed. Reus.
- VIGURI PEREA, A. (2000): «En pro del estudio de un desconocido: los tratos preliminares». En: R. HERRERA (coord.), *Homenaje al Profesor Bernardo Moreno Quesada*, vol. III. Almería: Servicio de Publicaciones de la Universidad de Almería (págs. 1855 a 1866).
- VON JHERING, R. (1969): «Culpa in contrahendo oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelangten Verträgen». *Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Rechts (Jhering-Jahrbücher)*, 4. Band (1861). Berlin-Zürich: Verlag Gehlen-Bad Homburg v.d.H., págs. 7 a 91.
- YZQUIERDO TOLSADA, M. (1988): «De nuevo sobre la buena fe». *Anuario de la Facultad de Derecho*, núm. 6, Universidad de Extremadura, Cáceres, págs. 633 a 681.
- (1991): «La zona fronteriza entre la responsabilidad contractual y la aquiliana». Razones para una moderada unificación. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 603, marzo-abril, págs. 443 a 489.

## NOTAS

<sup>1</sup> CABANILLAS SÁNCHEZ, A. (1995). «El ámbito de la responsabilidad precontractual o culpa in contrahendo». *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 628, mayo-junio, págs. 761 a 779.

<sup>2</sup> Alude, CABANILLAS (*op. cit.*, págs. 774 a 779), a los siguientes supuestos: la víctima del error imputable a la otra parte o del dolo no anula el contrato, limitándose a solicitar la indemnización de daños y perjuicios; la responsabilidad por dolo incidental; la responsabilidad del vendedor que conocía los vicios o defectos y no los manifestó al comprador; la responsabilidad del vendedor que no hace constar en la escritura que la cosa vendida está gravada con carga o servidumbre no aparente; la responsabilidad del vendedor de mala fe en caso de evicción; la responsabilidad del cedente de mala fe en la cesión de créditos; la responsabilidad del comodante por no comunicar dolosamente al comodatario los vicios de la cosa prestada; la responsabilidad del depositante por los perjuicios que la cosa depositada produzca al depositario.

<sup>3</sup> BESSONE, M. (1969). *Trattativa, recesso e danno*. Milano: Giuffrè Editore, pág. 6.

<sup>4</sup> Díez-PICAZO, *Fundamentos...*, *op. cit.*, pág. 279.

<sup>5</sup> DE LABARRE, M. (1964). La formation du contrat. L'avant-contrat. En: *62º Congrès des Notaires de France*. Perpignan, págs. 24 y 25.

<sup>6</sup> Entre otros, *vid.* ALONSO PÉREZ, *op. cit.*, págs. 905 y 906 ; ASUA, *op. cit.*, págs. 288 a 290; GALGANO, *op. cit.*, págs. 552 a 554. En nuestra jurisprudencia, v. gr., STS de 16 de diciembre de 1999 (RJ 8978).

<sup>7</sup> JHERING, *op. cit.*, págs. 17 a 22.

<sup>8</sup> Según la exposición de GÓMEZ POMAR, la indemnización del interés contractual negativo cubriría, al menos en teoría: a) Los gastos que el contrato le hubiera ocasionado al perjudicado; b) Las inversiones específicas que este último hubiera realizado confiando en el cumplimiento del contrato (inversión en confianza); y c) El coste de oportunidad de haber celebrado el contrato. Sin duda —prosigue— el último componente será frecuentemente arduo de acreditar, «e incluso la misma noción de coste de oportunidad puede ser difícil de aprehender en la práctica jurisprudencial y de trasladar a cuantías indemnizatorias». Según constata este autor, la jurisprudencia se muestra bastante restrictiva en relación con el reconocimiento de indemnización por esta clase de conceptos. Como consecuencia de ello, realmente, lo que de ordinario se indemnizará como interés contractual negativo será la suma de los gastos e inversiones anteriormente mencionados. No obstante, concluye (*op. cit.*, pág. 24, núm. 36): «Lo anterior no pretende prejuzgar la bondad o no de indemnizar o dejar de indemnizar en los casos de responsabilidad precontractual las ganancias en un contrato alternativo» (si bien

seguidamente parece aproximarse a la postura que rechaza su inclusión en la indemnización). Vid. GÓMEZ POMAR, F. (2007). El incumplimiento contractual en Derecho español. *InDret*, 3/2007, julio de 2007, pág. 24, disponible en [http://www.indret.com/pdf/466\\_es.pdf](http://www.indret.com/pdf/466_es.pdf).

<sup>9</sup> PANTALEÓN, Responsabilidad precontractual..., *op. cit.*, págs. 907 y 908.

<sup>10</sup> Vid. los comentarios del INSTITUTO INTERNACIONAL PARA LA UNIFICACIÓN DEL DERECHO PRIVADO (UNIDROIT), *op. cit.*, pág. 61.

<sup>11</sup> Según explican Díez-PICAZO, ROCA TRÍAS y MORALES MORENO (*op. cit.*, pág. 199), la regla de este precepto coincide, «*grosso modo*», con lo que denominamos interés negativo.

<sup>12</sup> STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE y RESEARCH GROUP ON EC PRIVATE LAW (ACQUIS GROUP), *op. cit.*, pág. 273. No obstante, en la nota número 20 de este mismo comentario (pág. 277), se indica que en España e Italia «damages are limited to the reliance interest, and do not cover lost opportunities». A pesar de ello, se aclara que en algunas hipótesis se han traspasado estos límites: «In exceptional circumstances, however, the damages awarded have gone beyond the reliance interest».

<sup>13</sup> En sentido afirmativo se pronuncian, dentro de la doctrina italiana, GALGANO, *op. cit.*, pág. 554; BENATTI (1987). Culpa in contrahendo. *Contratto e impresa*, pág. 307; DI GREGORIO, V. (1993). *Culpa in contrahendo* e interesse negativo (comentario a Cass. 26 maggio 1992, núm. 6294). *Giurisprudenza civile commentata*, T. I, pág. 357. En el seno de nuestra doctrina, CARRASCO (Comentario al art. 1101, cit.) se muestra categórico en la negación de tal posibilidad: «El límite institucional es seguro, sin embargo: nunca se puede conseguir por la vía del interés de confianza más de lo que se pudiera obtener por la vía del interés de cumplimiento». En este mismo sentido, cfr. PANTALEÓN, Responsabilidad precontractual..., *op. cit.*, pág. 908. Vid. la exposición efectuada por MANZANARES, *op. cit.*, págs. 738 a 740.

<sup>14</sup> A nuestro modo de ver, dentro del interés negativo cabría tomar en consideración el negocio no concluido por el perjudicado, por confiar en la corrección de los tratos, aunque fuera igual o menos provechoso que el que estaba negociándose. Piénsese, por ejemplo, en unas negociaciones mantenidas por un sujeto con otro, con la única intención de evitar que contrate con un tercero determinado; en esta hipótesis, quien continuó maliciosamente los tratos seguramente ofrecería la posibilidad de celebrar un negocio más lucrativo para la otra parte que el propuesto por el tercero, que realmente sí estaba interesado en contratar. Una vez que el tercero ve cómo su proposición es rechazada, contrata con otro sujeto, y quien negociaba sin seriedad abandona las negociaciones. En este caso, ¿no podrá pedir el perjudicado que se incluya, dentro del interés negativo, una indemnización por la oportunidad de contratar perdida por culpa de la otra parte negociadora, por el solo hecho de que el contrato que rechazó celebrar con el tercero resultaba menos provechoso que aquel cuyas negociaciones se rompieron injustificadamente?

<sup>15</sup> Vid., por ejemplo, VIGURI PEREA, A. (2000). «En pro del estudio de un desconocido: los tratos preliminares». En: R. HERRERA (coord.), *Homenaje al Profesor Bernardo Moreno Quesada*, vol. III. Almería: Servicio de Publicaciones de la Universidad de Almería, pág. 1864.

<sup>16</sup> Vid., v. gr., Díez-PICAZO, *Fundamentos...*, *op. cit.*, pág. 280 (en cambio, este autor considera que cuando la responsabilidad precontractual se produce por nulidad del contrato, quien ha violado los deberes de buena fe debe resarcir la pérdida de la ocasión más ventajosa para la otra parte, que concluyó el contrato fundado en la confianza de la validez del mismo). En parecidos términos, vid. MORENO QUESADA, *op. cit.*, pág. 56 y 57; MANZANARES, *op. cit.*, págs. 747 y 748.

<sup>17</sup> PANTALEÓN, Responsabilidad precontractual..., *op. cit.*, pág. 921.

<sup>18</sup> MORALES MORENO, ¿Es posible construir...?, *op. cit.*, pág. 416.

<sup>19</sup> MORALES MORENO (2004). Comentario a los artículos 1269 y 1270. En: M. ALBALADEJO GARCÍA (dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, T. XVII-1ºB. Madrid: Edersa (recurso electrónico accesible en <http://vlex.com/vid/articulos-231160>).

<sup>20</sup> DE VERDA Y BEAMONTE, J. R. (2006). «El dolo in contrahendo». *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 16/2006, recurso electrónico BIB 2006/56, accesible en [www.westlawin-signis.es](http://www.westlawin-signis.es). En cambio, CABANILLAS (*op. cit.*, pág. 770) estima que en estos casos no se debe

excluir la indemnización del interés positivo; cfr., asimismo, MORALES MORENO, «Comentario a los artículos 1269 y 1270», *op. cit.* Sin embargo, en contra de esta posibilidad, PANTALEÓN (Responsabilidad precontractual..., *op. cit.*, pág. 921) rechaza la exigibilidad del rescimiento del interés en el cumplimiento, pese a su raigambre en el Derecho Romano; a su modo de ver, ello solo será posible cuando la falsa representación originada en la otra parte por el engaño haya de estimarse incorporada al contenido del contrato, de tal modo que el infractor doloso del deber precontractual de información haya incurrido en un incumplimiento contractual por falta de conformidad de su prestación con los términos del contrato.

<sup>21</sup> *Vid.*, por todos, MORALES MORENO, «Comentario a los artículos 1269 y 1270», *op. cit.*; DELGADO ECHEVERRÍA, J., y PARRA LUCÁN, M.<sup>a</sup> Á. (2011). «Comentario a la STS de 5 de marzo de 2010». *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 86/2011 parte *Comentario*, recurso electrónico BIB 2011\849, accesible en [www.westlawinsignis.es](http://www.westlawinsignis.es) («El que yerra no puede pedir indemnización y quizás tenga que abonarla a la otra parte; la víctima del dolo tiene derecho a indemnización...»).

<sup>22</sup> Como señala DEL OLMO (*op. cit.*), además de poder solicitarse la anulación del contrato en caso de error, nuestra doctrina admite el ejercicio de una acción de daños por *culpa in contrahendo* en estos casos en los que una parte es inducida a contratar sobre la base de un error imputable a la negligencia de la otra parte contractual. *Vid.*, entre otros, DE VERDA, *op. cit.*

<sup>23</sup> DELGADO y PARRA, *op. cit.*

<sup>24</sup> MORALES MORENO, ¿Es posible construir...?, *op. cit.*, págs. 417 a 419.

<sup>25</sup> PANTALEÓN, «Responsabilidad precontractual...», *op. cit.*, pág. 921.

<sup>26</sup> Aunque resulte extraordinariamente sugerente, la opción de solicitar la nulidad absoluta del contrato *ex* artículo 6.3 del Código Civil, por vulneración de normas imperativas por las entidades de crédito, todavía no ha sido desarrollada en nuestra jurisprudencia. No obstante, en la interesantísima SAP de León de 1 de marzo de 2012 (AC 413) se señala que las infracciones de normas imperativas «de por sí generarían la nulidad del contrato», si bien se indica en un *obiter dicta*, y finalmente anula el contrato (de *swap*) por error vicio, que es lo que había solicitado el demandante.

<sup>27</sup> DELGADO y PARRA, *op. cit.*

<sup>28</sup> MORALES MORENO (2010). *Incumplimiento del contrato y lucro cesante*. Cizur Menor: Civitas Thomson Reuters, pág. 90.

<sup>29</sup> Podemos hallar normas similares, por ejemplo, en el artículo 3.2 del *Real Decreto 515/1989, de 21 de abril, sobre protección de los consumidores en cuanto a la información a suministrar en la compraventa y arrendamiento de viviendas*. Asimismo, en el artículo 153 del TRLGDCU se preceptúa el carácter vinculante del «programa-oferta» de los viajes combinados (salvo cuando concurren ciertas circunstancias previstas en tal artículo). Hay una norma específica en el artículo 11.2 de la *Ley 4/2012, de 6 de julio, de contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, de adquisición de productos vacacionales de larga duración, de reventa y de intercambio y normas tributarias*, donde explícitamente se dispone que la «información precontractual facilitada al consumidor, debidamente firmada por éste, formará parte integrante del contrato».

<sup>30</sup> BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (1987). La defensa contractual del consumidor o usuario en la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios. En: A. y R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *Estudios jurídicos sobre la protección de los consumidores*, Madrid, Ed. Tecnos, pág. 184.

<sup>31</sup> En esta decisión jurisprudencial se asevera que la propaganda fotográfica y gráfica existente en el supuesto litigioso cumple la función de una oferta vinculante para el vendedor, «sin que afecte al caso, lo que diga en cuanto a su rendimiento la placa unida a la máquina, que era desconocida por completo por su adquirente hasta el momento de llegar a su poder».

<sup>32</sup> Aborda el supuesto de un contrato de compraventa de un apartamento, en el que el comprador demandó a la empresa constructora por no haber cumplido con los términos previstos en su publicidad en materia de insonorización e instalación de aire acondicionado. La empresa demandada alegó el carácter no contractual del folleto publicitario para intentar liberarse del

cumplimiento de las condiciones en él expuestas. El Tribunal Supremo, sin embargo, decidió amparar la posición del adquirente del apartamento, ya que consideró que, ante la parquedad en la descripción de los elementos del referido inmueble en el contrato concluido entre las partes, lo lógico era que, para su integración, el consumidor acudiera al folleto publicitario donde aquellos se describían con mayor detalle.

<sup>33</sup> DÍEZ-PICAZO (1991). Comentario al artículo 1258. En: L. DÍEZ-PICAZO, R. BERCOVITZ, P. SALVADOR y C. PAZ-ARES (dir.), *Comentario del Código Civil*, T. II. Madrid: Ministerio de Justicia, pág. 437. Según PASQUAU el artículo 1258 del Código Civil provoca que la fuerza vinculante de un contrato se extienda más allá de su propio ámbito, de tal modo que el recurso a dicho precepto ha de efectuarse de modo calculado y con gran cautela [PASQUAU LIAÑO, M. (2000). *Jurisprudencia civil comentada: Código Civil*. En: M. PASQUAU (dir.), K. J. ALBIEZ y A. LÓPEZ (coord.). Granada: Ed. Comares, pág. 2148]. En la jurisprudencia, *vid.*, v. gr., STS de 23 de noviembre de 1988 (8702), donde se alude, como contrapeso, al artículo 1283 del mismo cuerpo legal. En opinión de LASARTE, el recurso al principio de la buena fe en la heterointegración del contrato goza de un eminente carácter tuitivo para el ciudadano, pues su falta de conocimientos técnicos y la falsa propaganda pueden facilitar que resulte engañado [LASARTE ÁLVAREZ, C. (1980). Sobre la integración del contrato: la buena fe en la contratación («En torno a la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de enero de 1977»). *Revista de Derecho Privado*, pág. 78]. En materia de integración contractual con la publicidad *ex* artículo 1258 CC, *vid.* PASQUAU (1992). Comentario al artículo 8.1 y 2 LGDCU. En: R. BERCOVITZ y J. SALAS (coord.), *Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*. Madrid: Ed. Civitas, págs. 161 a 164.

<sup>34</sup> MORALES MORENO (¿Es posible construir...?, *op. cit.*, pág. 421) señala que aseverar que las afirmaciones precontractuales vinculan conforme a la buena fe constituye «la consecuencia de que no esté permitido al contratante que con ellas ha infundido confianza de vinculación en la otra parte, pretender que el contenido de las declaraciones no se ha incorporado al contrato (o al documento contractual)».

<sup>35</sup> Artículo 1276 de la *Propuesta de Modernización: «Quedarán insertadas en el contrato y tendrán valor vinculante las afirmaciones o declaraciones efectuadas por un profesional en la publicidad o en actividades de promoción de un producto o servicio, salvo que pruebe que la otra parte conoció o debió haber conocido que tal declaración o afirmación era incorrecta. No impedirá la aplicación de lo dispuesto en el párrafo anterior el hecho de que las afirmaciones o declaraciones provengan de un tercero, siempre que resultaran conocidas o cognoscibles para el contratante profesional, éste no hubiera excluido expresamente su aplicación al contrato y se refieran a un producto, que, según el contrato celebrado, se encuentre en la cadena de producción o comercialización en la que profesional y tercero se encuentren insertos».*

<sup>36</sup> MORALES MORENO, «¿Es posible construir...?», *op. cit.*, pág. 421.

<sup>37</sup> Especial interés tienen las palabras del STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE y RESEARCH GROUP ON EC PRIVATE LAW (ACQUIS GROUP) (*op. cit.*, pág. 560): «In some situations the same facts may be analysed either as a case of mistake, or as one in which there is a non-performance of a contractual obligation. For example there may be a remedy for non-performance because the performance of one party is not of the required quality; or one party may have given a contractual undertaking that a particular fact relating to the performance is true. Although some systems prevent the aggrieved party from choosing which set of remedies to pursue in cases of this type, there seems no good reason to do so provided that there is no «double recovery» and the choice does not have the effect that a claim escapes contractual or other restrictions which should properly apply to it. Normally the remedies for nonperformance will give a fuller measure of recovery, but the aggrieved party may find it simpler to exercise rights under this Section, e.g. just to give notice of avoidance on the ground of mistake» (cfr., en parecidos términos, LANDO y BEALE, *op. cit.*, pág. 413). Asimismo, se alude a esta cuestión más adelante (*op. cit.*, págs. 611 y 612): «Even without this paragraph the same results could often be reached by relying on the rules on unilateral promises and the interpretation of offers

and other juridical acts. Also relevant would be rules on the reasonable expectations of the parties to contracts such as sales contracts. However, the rule provides a focussed way of achieving reasonable results in a common type of situation. A misrepresentation by a party may also give rise to a right to avoidance on the grounds of a mistake or to a right to damages for incorrect information. The fact that there are overlapping remedies does not matter. The other party may choose between remedies».

<sup>38</sup> INSTITUTO INTERNACIONAL PARA LA UNIFICACIÓN DEL DERECHO PRIVADO (UNIDROIT), *op. cit.*, pág. 107.

<sup>39</sup> Por cuanto se refiere a la idoneidad de la solución que admite la concurrencia de remedios, PANTALEÓN (Responsabilidad precontractual..., *op. cit.*, págs. 920 y 921) expone que no parece rechazable admitir optar por pedir un rescarcimiento en la medida del *reliance interest* (o interés de confianza), cuando le resulte arduo demostrar con certidumbre el importe de su *expectation interest* (o interés en el cumplimiento). En cambio, la posibilidad de acudir al mecanismo resarcitorio precontractual como alternativa a los remedios contractuales, aunque no se anule el contrato, es cuestionada por ASUA en un extraordinario trabajo todavía inédito [Responsabilidad en la formación del contrato (responsabilidad precontractual). En: M.<sup>a</sup> Á. PARRA, *Negociación y perfección de los contratos*, de inminente publicación por la editorial Aranzadi], a cuyo texto hemos tenido privilegiado acceso gracias a la inestimable amabilidad de la propia autora. En su opinión, en estas hipótesis, al poder apreciarse la existencia de un incumplimiento contractual, no debería abrirse la vía extracontractual (precontractual) para la indemnización de daños primariamente patrimoniales; si «no se anula el contrato y se busca la posibilidad de indemnizar el interés negativo, los remedios deberían ser contractuales (los del incumplimiento)». Sin embargo, esta misma autora entiende razonable «la compatibilidad entre los remedios vinculados a la invalidez (anulación e indemnización del interés negativo con fundamento, en nuestro caso, extracontractual) y los relativos al incumplimiento. En todo caso, y si hubiera que elegir, en el supuesto del error deberían ser preferibles los remedios contractuales y canalizar la desvinculación del contrato a través de la resolución».

<sup>40</sup> FENOY PICÓN, N. (2010). «La modernización del régimen del incumplimiento del contrato: Propuestas de la Comisión General de Codificación. Parte primera: Aspectos generales. El incumplimiento». *Anuario de Derecho Civil*, T. LXIII, fasc. I, págs. 124 y 125.

<sup>41</sup> PANTALEÓN, «Responsabilidad precontractual...», *op. cit.*, págs. 922, 923, 927 y 928.

<sup>42</sup> LANDO y BEALE, *op. cit.*, pág. 409 (señalan que la remisión se hace a los artículos 9:504 y 9:505 PECL); STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE y RESEARCH GROUP ON EC PRIVATE LAW (ACQUIS GROUP), *op. cit.*, pág. 556 (en el caso del DCFR, parece que la remisión ha de entenderse efectuada a los artículos III.—3:704 y III.—3:705).

<sup>43</sup> STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE y RESEARCH GROUP ON EC PRIVATE LAW (ACQUIS GROUP), *op. cit.*, pág. 555: «However, the party should not necessarily be put into the same position as if the contract had not been concluded. To allow this might permit the party to throw other losses, such as a decline in the value of the property, on to the other party, when that item of loss was in no way related to the ground for avoidance».

<sup>44</sup> *Vid.* el comentario efectuado, en el mismo sentido, por LANDO y BEALE, *op. cit.*, pág. 409.

<sup>45</sup> En la obra inédita anteriormente mencionada [«Responsabilidad en la formación del contrato (responsabilidad precontractual)»].

<sup>46</sup> PANTALEÓN, «Responsabilidad precontractual...», *op. cit.*, págs. 916 a 918.

<sup>47</sup> Artículo 4:105 PECL: «(1) Cuando una parte tiene derecho a anular el contrato por la existencia de error, pero la otra parte indica su voluntad de cumplir en los términos que la primera había entendido o, efectivamente, ejecuta el contrato en dichos términos, se considerará que el contrato se ha pactado tal y como lo entendió la víctima del error. La otra parte debe indicar su voluntad de cumplir o ejecutar dicho cumplimiento sin dilación, una vez se le haya informado del sentido que la víctima del error había otorgado al contrato y antes de que esta haya alegado dicha anulabilidad y actúe en función de ella. (2) Tras dicha indicación o cumplimiento, se pierde el derecho a anular el contrato y queda sin efecto toda acción anterior al respecto. (3) Cuando ambos contratantes hubieran cometido el mismo

*error, el juez o tribunal podrá restablecer, a petición de cualquiera de las partes, la validez del contrato otorgándole el sentido que, en buena lógica, habrían acordado las partes de no haber existido el error».*

<sup>48</sup> LANDO y BEALE, *op. cit.*, pág. 352; STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE y RESEARCH GROUP ON EC PRIVATE LAW (ACQUIS GROUP), *op. cit.*, pág. 510.

<sup>49</sup> PANTALEÓN, «Responsabilidad precontractual...», *op. cit.*, pág. 924, nota 27.

<sup>50</sup> BASOZABAL, *op. cit.*, pág. 679.

<sup>51</sup> LANDO y BEALE, *op. cit.*, pág. 378. Hemos de advertir que en el artículo 4:109(3) PECL también se confiere a la otra parte, por vía de excepción para eludir la anulación del contrato, la facultad de solicitar al juez la adaptación del contrato.

<sup>52</sup> STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE y RESEARCH GROUP ON EC PRIVATE LAW (ACQUIS GROUP), *op. cit.*, pág. 265.

<sup>53</sup> PANTALEÓN, «Responsabilidad precontractual...», *op. cit.*, págs. 926, 920 y 921.

<sup>54</sup> MORALES MORENO, «¿Es posible construir...?», *op. cit.*, pág. 415.

<sup>55</sup> Según PANTALEÓN («Responsabilidad precontractual...», *op. cit.*, pág. 924, nota 27), si alguien resulta perjudicado por el error esencial o el dolo causado por la infracción de un deber precontractual de información, la «manera técnico-jurídicamente correcta» de atender las exigencias de la razón práctica sería permitirle escoger entre la anulación y la adaptación del contrato, y no deformar la lógica indemnizatoria propia de la responsabilidad precontractual.

<sup>56</sup> Sin embargo, como expone YZQUIERDO, progresivamente va aumentando el sector doctrinal que sostiene que deberíamos dirigirnos hacia una unificación, donde únicamente se contemplasen algunas diferencias de matiz en su régimen jurídico. En su opinión, «muchas de las diferencias son más ficticias que reales, debiéndose en su gran mayoría más a soluciones judiciales de pretendida equidad que a fallos propiamente jurídicos» [YZQUIERDO (1991). «La zona fronteriza entre la responsabilidad contractual y la aquiliana. Razones para una moderada unificación». *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 603, marzo-abril, págs. 449 y 450]. Con carácter general, sobre la diferencia entre la responsabilidad contractual y la aquiliana, *vid.* MIGUEL GONZÁLEZ, J. M.<sup>a</sup> (1993). «La responsabilidad contractual y extracontractual: distinción y consecuencias». *Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. XIX, págs. 61 a 78; y MORALES MORENO, *Incumplimiento del contrato...*, *op. cit.*, págs. 18 a 22.

<sup>57</sup> MEDINA ALCOZ, *op. cit.*

<sup>58</sup> YZQUIERDO, «La zona fronteriza...», *op. cit.*, pág. 450: «Vaya por delante que es tradicional el que los tribunales dispensen un trato de favor muy claro a la víctima del daño extracontractual. Si entre el autor de un daño y la víctima del mismo no existía contrato, el alcance del resarcimiento viene a ser casi inexorablemente integral. Pero el montante de la indemnización será normalmente menor si ese mismo daño se ocasiona como consecuencia de un incumplimiento contractual. Parece como si el hecho de existir un convenio entre las partes sugiriera al juez que los contratantes han conversado sobre sus conveniencias, han aclarado sus propósitos, han tenido ocasión de agravar, limitar o excluir determinados aspectos de la responsabilidad, de escoger incluso a otra persona de más confianza; «se han visto las caras», en una palabra, pudiendo prever los riesgos y las consecuencias del hipotético incumplimiento... todo lo cual, obviamente, no sucede en los supuestos de daños extracontractuales. Si ante un daño derivado de contrato se tiende a resarcir solamente de las consecuencias que fueron previstas resultaban previsibles en el momento de concertar la obligación (siempre que no haya mediado dolo en el incumplimiento, como se verá al analizar el art. 1.107 CC), el resarcimiento del daño no contractual va normalmente a abarcar a todas las consecuencias conocidas». Como consecuencia de todo lo anterior, este autor concluye que no encuentra la justicia del resultado que se obtiene con esta diferencia de trato: «¿Acaso el patrimonio del perjudicado no se ha producido idéntico menoscabo en ambos casos?».

<sup>59</sup> JHERING, *op. cit.*, págs. 9 a 22.

<sup>60</sup> V. gr., BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*, *op. cit.*, págs. 126 a 132. GALGANO (*op. cit.*, pág. 553), por su parte, entiende que los autores que se adscriben a esta postura tienen fuertes argumentos.

<sup>61</sup> Entre otros, JORDANO FRAGA, F. (1987). *La responsabilidad contractual*. Madrid: Ed. Civitas, págs. 31 y 32 [vid. núm. 21: «Que se califica como de carácter contractual en tanto que violación de una obligación legal (derivada de la buena fe, arts. 7-1 y 1.258 del CC) de comportamiento correcto en la fase preliminar a la celebración del contrato, obligación que, por tanto, resulta preexistente a la propia afirmación de la responsabilidad»]. Aunque ALONSO PÉREZ (*op. cit.*, pág. 920) sostuvo expresamente que lo más adecuado sería, *de iure condendo*, su configuración como un *tertium genus* de responsabilidad, actualmente se muestra partidario de la tesis contractualista, al concebir la buena fe como principio que envuelve toda la relación negocial, desde sus primeros momentos preparatorios hasta sus últimas consecuencias. Si bien PANTALEÓN manifiesta su opinión favorable a incluir en la responsabilidad contractual las hipótesis donde exista un «contacto social» entre quien irroga el daño y quien lo soporta (aunque no cree aplicables todos los preceptos inherentes a aquella), no se muestra categórico, sino dubitativo, como tendremos ocasión de explicar posteriormente [PANTALEÓN (1984). «Comentario a la STS de 19 de junio de 1984». *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 6, septiembre-diciembre, pág. 1876]. Por su parte, MEDINA ALCOZ (*op. cit.*) entiende que en esta «responsabilidad entre conocidos», «conectados» o «previamente relacionados», la culpa no es el título de imputación, sino la transgresión de la buena fe en sentido objetivo; por este motivo, dado el «contacto negocial» previo existente entre las partes, excluye esta autora su identificación con la responsabilidad aquiliana, y propugna su naturaleza contractual.

<sup>62</sup> En la doctrina italiana, entre otros, vid. PACCHIONI, G. (1950). En: C. Grassetti (coord.), *Obbligazioni e contratti: succinto commento al libro quarto del codice civile*. Padova: Ed. Cedam, pág. 64; BARBERO, D. (1958). *Sistema istituzionale del Diritto privato italiano*, T. I., 5.ª edic. Torino: UTET, pág. 365; SACCO, *op. cit.*, pág. 360; BIANCA, C.M. (2000). *Diritto Civile*, T. III, Il Contratto, 2ª edic. Milano: Giuffrè Editore, págs. 157 a 162.

<sup>63</sup> En nuestro país, consideran extracontractual la responsabilidad *in contrahendo*, por ejemplo, MORENO QUESADA, *op. cit.*, págs. 42 y sigs.; PÉREZ GONZÁLEZ, Blas y ALGUER, José, en las notas a la traducción de la obra ENNECERUS, L., KIPP, T. y WOLFF, M. (1981). *Tratado de Derecho Civil*, Parte General, T. 1.º, II, Primera Parte, 15ª revisión por Hans Carl Nipperdey, traducción de la 39ª edición alemana con estudios de comparación y adaptación a la legislación y jurisprudencia españolas por Blas PÉREZ GONZÁLEZ y José ALGUER, 3.ª ed. al cuidado de Alfonso HERNÁNDEZ MORENO y María del Carmen GETE-ALONSO y CALERA, Barcelona: Ed. Bosch, págs. 264 y 265; DE COSSÍO Y CORRAL, A. (1988). *Instituciones de Derecho Civil*, T. I, Parte general, Obligaciones y Contratos, revisado y puesto al día por Manuel de COSSÍO y MARTÍNEZ, y José LEÓN-CASTRO ALONSO, 1.ª ed. Madrid: Ed. Civitas, pág. 398; CABANILLAS, *op. cit.*, págs. 764 y 765; ALBALADEJO GARCÍA, M. (2002). *Derecho civil*, T. II, Derecho de Obligaciones, 11ª ed., puesta al día con la colaboración de Fernando REGLERO. Barcelona, Librería Bosch, págs. 377 a 380; DE LOS MOZOS, *op. cit.*, pág. 180 (si bien matiza su postura —*op. cit.*, págs. 185 y 186—, al concluir que la calificación de esta responsabilidad depende de la hipótesis analizada, pues en la responsabilidad *in contrahendo* se incluyen muchos supuestos de diversa índole); con carácter general, CARRASCO, Comentario al artículo 1101, cit.; TARABAL BOSCH, J. (2011). Comentario a la STS de 2 de noviembre de 2010. *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 87/2011 parte Comentario, recurso electrónico BIB 2011\1647, accesible en [www.westlawinsignis.es](http://www.westlawinsignis.es); ASUA, en la obra todavía inédita ya aludida («Responsabilidad...», *op. cit.*). Por su parte, PANTALEÓN (Responsabilidad precontractual..., *op. cit.*, pág. 902) entiende que no hay razón alguna para importar la construcción alemana de la culpa *in contrahendo*, pues la responsabilidad precontractual es un «sector especial» de la responsabilidad aquiliana.

<sup>64</sup> ROGEL hizo alusión al desarrollo, por cierto sector doctrinal, de una nueva suerte de responsabilidad [ROGEL VIDE, C. (1977). *La responsabilidad civil extracontractual en el Derecho español*. Madrid, Ed. Civitas, págs. 44 y 45]: «Con todo, es necesario reconocer que esta nueva especie de responsabilidad no ha cuajado definitivamente, siendo ajena a la doctrina y a la jurisprudencia española».

<sup>65</sup> En torno a esta decisión, CARRASCO («Cartas de intenciones...», *op. cit.*) ofrece una relevante valoración: «Con esta decisión, el TS renuncia a configurar la culpa in contrahendo

como un fundamento propio de responsabilidad, y simplemente delimita el campo de aplicación del artículo 1902 Código Civil. Pero este proceder no crea seguridades interpretativas, ya que el principio genérico de *naeminem laedere* es demasiado laxo y genérico como para poder ofrecer criterios seguros en la aplicación a casos concretos. Al no fundarse en un principio técnicamente más preciso de la buena fe, el criterio general de solución no sirve para predecir en qué casos se estimará que concurren los requisitos de esta responsabilidad, o, como alternativa, su aplicación llevará a una extensión desmesurada de la responsabilidad in contrahendo, pues bastará que alguien haya sufrido un daño en la ruptura de tratos para calificar este como injusto. En otros términos, el artículo 1902 Código Civil, que puede suministrar el cauce material y procesal para demandar la responsabilidad, no sirve a la vez para suministrar el canon interpretativo que permite averiguar cuándo es injusto el daño causado en la ruptura de tratos preliminares. Salvo que se acabe diciendo que es injusto todo daño por el solo hecho de producirse».

<sup>66</sup> Vid. ARENAS, *op. cit.*, págs. 9 a 11.

<sup>67</sup> Según explica ARENAS (*op. cit.*, pág. 25), los redactores de los Reglamentos Roma I y Roma II han tratado de eludir las dificultades que plantean las conexiones de esta materia tanto con el ámbito contractual como con el extracontractual, a través de una regulación *ad hoc* de la culpa in contrahendo (pese a que en el artículo 12.1 del Reglamento Roma II explícitamente se hable de «obligación extracontractual que se derive de los tratos previos a la celebración de un contrato»), cuya puesta en práctica originará situaciones problemáticas [en el Considerando núm. 10 del Reglamento (CE) núm. 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (conocido como Roma I) se dispone: «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»]. Resulta interesante la reflexión aportada, con carácter preliminar y general, por DE ÁNGEL YAGÜEZ, R. (2010). «Lealtad en el periodo precontractual (La conducta de las partes en las negociaciones preliminares, según proyectos de Derecho contractual europeo y conforme a otros trabajos prelegislativos)». *Anuario de Derecho Civil*, T. LXIII, fasc. II, pág. 579: «Creo que tiene particular motivo la atención puesta en las conductas, precisamente porque nos estamos refiriendo, sobre todo, a casos de negociaciones que no han llegado a buen término (es decir, ningún contrato se ha concluido), sin perjuicio de que puedan también contemplarse hipótesis de contratos efectivamente concertados pero en los que una de las partes, al negociar, ha incurrido en un comportamiento reprochable. Dicho de otro modo, parece que el mundo de los tratos preliminares es terreno particularmente apto para el enjuiciamiento de conductas como tales, esto es, al margen o con independencia de lo acontecido entre las partes después de la negociación».

<sup>68</sup> CABANILLAS, *op. cit.*, págs. 757 y 758. En una línea que se nos antoja en cierto modo parecida, dentro de la doctrina italiana podemos aludir, entre otros, a DE CUPIS, *op. cit.*, págs. 58 y sigs.; MESSINEO, F. (1952). *Doctrina General del Contrato*, T. I, trad. esp. de la 3ª edic. italiana de 1948 por R.O. Fontanarrosa, S. Sentís Melendo y M. Volterra. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, pág. 310, núm. 6; LUMINOSO, A. (1988). «La lesione dell'interesse contrattuale negativo (e dell'interesse positivo) nella responsabilità civile». *Contratto e impresa*, págs. 794 a 800.

<sup>69</sup> Como advierte DE LOS MOZOS (*op. cit.*, págs. 185 y 186), no todas las hipótesis se hallan sometidas al mismo régimen. Él dedica su exposición a la interrupción injusta de los tratos preliminares, cuando todavía no hay contrato, y concluye: «Supuesto que es, necesariamente, muy distinto de aquellos otros en los que el contrato llega a concluirse, pero que resulta nulo o ineficaz, en los que habiéndose producido un perjuicio también se pueda seguir hablando de responsabilidad in contrahendo, cuyo estudio encaja en otros parámetros».

<sup>70</sup> Vid. MEDINA ALCOZ, *op. cit.* (que expuso su opinión en relación con la necesidad de regular tales asuntos con anterioridad a la publicación de la *Propuesta de Modernización*); LARIOS, *op. cit.*, pág. 99.

<sup>71</sup> Díez-Picazo, Roca Trías y Morales Moreno, *op. cit.*, pág. 197.

<sup>72</sup> Sin embargo, en opinión de Medina Alcoz (*op. cit.*), el silencio de los textos internacionales resulta poco decisivo en esta materia: «Ahora bien, una cosa es que dichos preceptos no declaren expresamente que la responsabilidad precontractual tiene una concreta naturaleza, y otra el afirmar que tal cuestión no ha quedado en cierto modo esclarecida. Si tal responsabilidad tuviera naturaleza extracontractual, ¿serían aquellos textos contractuales los lugares adecuados para reglamentarla? En principio, no tendría mucho sentido su afirmación como responsabilidad extracontractual y su regulación junto a la contractual. Además, en todos los artículos citados, la responsabilidad nace del incumplimiento del deber de actuar buena fe, como principio que preside la negociación precontractual y la ejecución contractual; y que inspira, por tanto, toda relación (estrictamente jurídica o contacto social) que nazca entre «conocidos» o «conectados» por la existencia de un deber previo que les vincula ineludiblemente. Por esto, entiendo que los textos analizados constituyen, sin duda, una adecuada base jurídica para la consideración de una amplia responsabilidad contractual, integrada por la responsabilidad contractual *stricto sensu* y por la responsabilidad nacida del denominado *contacto negocial*, la responsabilidad precontractual». En relación con la naturaleza jurídica de la responsabilidad precontractual en el Código de Pavía, *vid.* Luna Serrano, A. (2003). El régimen de los tratos preliminares en el Anteproyecto de Código Europeo de los Contratos. *Estudios de Deusto*, vol. 51/1, enero-junio, págs. 314 y 315 («parece acoger una suerte de responsabilidad precontractual adornada de una caracterización específica superadora de las referencias exclusivamente extracontractuales o fundamentalmente contractuales de la misma»). Sobre este mismo Proyecto de Pavía, García Cantero advierte que no es necesario que esta norma se pronuncie «irremediamente sobre la naturaleza jurídica de esta responsabilidad —la *vexata quaestio* acerca de su carácter contractual o extracontractual—, tarea que, como es sabido, se reserva, normalmente, a la doctrina» [García Cantero, G. (2010). *Estudios sobre el Proyecto de Código Europeo de Contratos de la Academia de Pavía*. Madrid, ed. Reus, pág. 114].

*(Trabajo recibido el 16-06-2014 y aceptado  
para su publicación el 30-06-2014)*