

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

## *Precontractual liability on the proposed reform: a missed opportunity? (Part I)*

por

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

RESUMEN: En la *Propuesta de Anteproyecto de Ley de Modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos* publicada en el año 2009 se ha decidido, por fin, dar respuesta a una tradicional demanda de nuestra doctrina, y se ha consagrado un capítulo a la perfección del contrato. Como consecuencia de ello, nuestra Comisión de Codificación ha aprovechado esta oportunidad para regular una de las cuestiones habitualmente más intrincadas: la responsabilidad precontractual. En este trabajo, dividido en dos partes, se trata de ofrecer una visión crítica del texto proyectado en nuestro país en relación con esta materia, a través del estudio de los importantes textos internacionales que le han servido de inspiración y de la referencia a los ordenamientos de algunos países de nuestro entorno. Asimismo, sirven de cimiento a esta labor las más relevantes aportaciones que nos han brindado, durante las últimas décadas, tanto nuestra doctrina como nuestra jurisprudencia. Esta primera parte se halla destinada a efectuar una aproximación al propio concepto de responsabilidad precontractual, así como al texto normativo propuesto. En relación con este último, se escruta

su principal presupuesto, la *bona fides in contrahendo*, y nos detenemos en el estudio de las más importantes manifestaciones del contenido del deber de buena fe en la fase de negociaciones. En la segunda parte de este trabajo, de próxima publicación, se abordará el análisis de la compleja cuestión de los remedios previstos frente a la vulneración de este deber y del espinoso problema de la naturaleza jurídica de esta suerte de responsabilidad.

**ABSTRACT:** *In response to a longstanding demand, the proposed preliminary draft for the Act on Modernization of the Law of Obligations and Contracts (published in 2009) contains a chapter on the conclusion of contracts. The Lawmaking Committee seized this opportunity to regulate one of the issues that regularly poses some of the most intricate legal snarls: precontractual liability. This two-part paper offers a critical overview of the preliminary draft's take on the subject through an examination of the important international texts that inspired it and references to the legislation of some of the countries around us. The foundations underlying the paper are provided by the foremost contributions made by Spanish legal thought and case law over the last few decades. The first part of the paper gives an approach to the very concept of precontractual liability and the proposed text. The text's lynchpin, the idea of bona fides in contrahendo, is scrutinized, and the main manifestations of the contents of the duty of bona fides in the negotiating phase are studied carefully. The second part of the paper (soon to be published) contains an analysis of the complex issue of the remedies anticipated for cases where this duty is violated and the thorny problem of the legal nature of this particular type of liability.*

**PALABRAS CLAVE:** Negociaciones. Tratos preliminares. Responsabilidad precontractual. Buena fe *in contrahendo*. Perfección del contrato. Ruptura de negociaciones. Deber precontractual de información. Deber precontractual de confidencialidad.

**KEY WORDS:** *Negotiations. Preliminaries. Precontractual liability. Bona fides in contrahendo. Contract conclusion. Breaking off of negotiations. Precontractual duty of information. Precontractual duty of confidentiality.*

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN.—II. LA FASE PRECONTRACTUAL EN EL TEXTO DE LA PROPUESTA DE MODERNIZACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL: 1. PLANTEAMIENTO. 2. PRESUPUESTO: *BONA FIDES IN CONTRAHENDO*. 3. CONTENIDO DEL DEBER DE BUENA FE EN LA FASE DE NEGOCIACIONES: A) *Deber de información*. B) *Deber de secreto*. C) *Los cuestionables deberes de custodia, conservación*

y protección. D) *Deber de no abandonar injustificadamente las negociaciones:* a) Supuesto de hecho. b) Requisitos.—III. CONCLUSIONES.

## I. INTRODUCCIÓN

Actualmente, el esquema de la celebración de un número ingente de contratos se reduce a la aceptación por una de las partes negociales de los términos unilateralmente perfilados por el proponente de los mismos. Esta circunstancia responde a las radicales transformaciones del escenario donde se desenvuelve la actividad contractual, pues constituye la lógica y natural consecuencia del fenómeno de la masificación en la contratación tras la Revolución Industrial, así como de la implantación de una economía de consumo y de los imponentes avances tecnológicos.

Sin embargo, aunque quizá la mayor parte de los contratos sean reconducibles a esta suerte de procedimiento de gestación, no cabe desdeñar el modo tradicional de contratar, en cuyo germen podemos localizar una fase previa dirigida a negociar los concretos términos del negocio jurídico finalmente acordado. Esta etapa inicial en la formación del contrato se halla constituida por los «tratos preliminares», que comienzan cuando las futuras partes del contrato entran en contacto, y finalizan con la conclusión del mismo, o bien con la ruptura de las propias negociaciones<sup>1</sup>. Es lo que los autores del Derecho Común denominaron *tractatus*, donde simplemente se requería la intención de llegar a un acuerdo y de discutir sobre el mismo (vid., v.gr., SALOMON AUGUSTUS y PACIONI)<sup>2</sup>.

A pesar del carácter ancestral de este modo de contratar, no ha perdido vigor en el moderno tráfico jurídico, pues los contratos de mayor entidad económica vienen habitualmente precedidos de esta importante fase *in contrahendo*, donde ambas partes contribuyen a la construcción del negocio que eventualmente llegará a celebrarse. Como atinadamente apunta RAVAZZONI, el procedimiento jurídico que forja el contrato es bilateral; por lo tanto, no podemos considerar incluida en esta etapa toda actividad puramente unilateral de un sujeto, pues las negociaciones deben necesariamente resultar exteriorizadas en una relación que rebase la mera esfera interna del sujeto<sup>3</sup>. En cambio, habrán de estimarse comprendidas en ella todas las actividades de relación, a través de las que las partes tratan de aproximar sus intereses y converger en lo que ulteriormente podría constituir el acuerdo de voluntades<sup>4</sup>.

En los tratos preliminares no encontramos la voluntad necesaria para la formación del contrato, pues las partes no tienen el propósito de vincularse por la mera negociación, y falta el *animus contrahendae obligationis*: las partes inmersas en esta fase no se comprometen a llevar hasta el final los tratos y lograr un acuerdo. En caso contrario, se entorpecería severamente el tráfico, y carecerían por completo de sentido las negociaciones. La libertad de quienes

intervienen en ellas constituye, precisamente, una de sus notas características. A pesar de ello, esta libertad no es absoluta, y ya en el Derecho Romano se contempló la exigencia de observar una conducta adecuada a la buena fe en la fase precontractual (se requería en los tratos preliminares con idéntica firmeza que en la relación contractual)<sup>5</sup>.

En la doctrina jurídica decimonónica, fue JHERING el autor que en primer lugar detuvo su atención en el tema de la culpa *in contrahendo*, y quien despertó la conciencia sobre el mismo, en su trabajo titulado *Culpa in contrahendo oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelangten Verträgen*<sup>6</sup>. Esta obra representó el inicio de una configuración del contrato donde no se obvia el *iter* formativo del mismo como fuente de responsabilidad (para unos extracontractual y para otros contractual). El reconocimiento específico de esta fase precontractual no debe reprimir la autonomía de las partes, quienes pueden decidir no celebrar el contrato sobre cuyos términos han negociado. Los tratos preliminares pueden llegar a fundar, exclusivamente, una clase característica de responsabilidad, denominada «precontractual»<sup>7</sup>. Aunque entre las partes que negocian no cabe apreciar una verdadera relación jurídica, sino social (lo que los alemanes llaman *contacto social*), se hallan vinculadas por ciertos deberes, ya que deben respetar la buena fe y lealtad exigida por las convicciones éticas imperantes<sup>8</sup>.

Pese a la magnitud de la aportación del genial jurista alemán, el legislador español descuidó por completo la regulación específica de la etapa precontractual o fase preparatoria del contrato. Parece que, como directa consecuencia de la concepción del contrato consagrada en nuestro ordenamiento, el legislador decimonónico consideró inexistente la fase de tratos preliminares, o bien entendió que su relevancia era despreciable<sup>9</sup>.

## II. LA FASE PRECONTRACTUAL EN EL TEXTO DE LA PROPUESTA DE MODERNIZACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL

### 1. PLANTEAMIENTO

Afortunadamente, parece que nuestro legislador se encuentra decidido a erradicar el vigente panorama de desolador silencio sobre esta materia, si bien con un injustificable y lamentable retraso. En este sentido, en la *Propuesta de Anteproyecto de Ley de Modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos* (en adelante, *Propuesta de Modernización*), publicada por la Sección de Derecho Civil de la Comisión General de Codificación en el año 2009, se ha destinado un capítulo entero a la perfección del contrato: el Capítulo II del Título II, bajo la rúbrica *De la formación del contrato* (arts. 1245 a 1268).

El Derecho de Contratos constituye, sin ningún género de dudas, una de las partes más relevantes de nuestro ordenamiento jurídico, ya que la actividad

económica se halla sustentada esencialmente en el mismo. El contrato representa, seguramente, la institución central de cualquier sistema jurídico. La incidencia macroeconómica de la actividad contractual resulta absolutamente indiscutible, y aparece como una necesidad ineludible, inmersos en el siglo XXI, la existencia de un marco jurídico claro, seguro y desarrollado, que satisfaga las exigencias del tráfico.

No obstante estas cruciales circunstancias, hemos de observar que el Libro IV de nuestro Código Civil ha sufrido escasas modificaciones desde su redacción inicial. Este texto legal responde a los postulados liberales y burgueses, y, al igual que acontece con los demás Códigos Civiles liberales, recoge la herencia ideológica del Iusnaturalismo racionalista e ilustrado desarrollado durante los siglos XVII y XVIII, y alberga el axioma en virtud del cual *solus consensus obligat*. Sin embargo, el advenimiento de la sociedad industrial y de la economía de consumo ha engendrado mutaciones extraordinarias en torno a la materia contractual. Aunque nuestro legislador ha optado por tratar de dar respuesta a algunas de estas nuevas coordenadas mediante la promulgación de normas sectoriales, llama poderosamente la atención la pasividad evidenciada en relación con la adecuación a tales circunstancias del texto normativo más prominente en el ámbito del Derecho Civil.

Se trata de una materia que goza de una importancia capital en el moderno tráfico jurídico, y en torno a ella emergen múltiples cuestiones que requieren respuestas concretas por parte de nuestro ordenamiento. A pesar de la manifiesta perentoriedad de una minuciosa elaboración normativa sobre estos temas, puesta reiteradamente de relieve durante décadas en sede tanto doctrinal como jurisprudencial, nuestro legislador ha observado una contumaz inactividad. Tal desidia provoca que nos cuestionemos hasta qué punto cumple este la genérica labor que se le ha encomendado a través de lo que algunos denominaron el «contrato social» (v.gr., Jean-Jacques ROUSSEAU<sup>10</sup>), pues el Derecho ha de ser el mundo de lo útil y, primordialmente, «el arte de lo justo».

Esta situación se halla aparentemente destinada a ser solventada, pues en el artículo 1245 de la *Propuesta de Modernización* se acomete la ordenación de la fase precontractual, dirigida a la obtención del *duorum vel plurium in idem placitum consensus*, en los siguientes términos:

- «1. Las partes son libres para entablar negociaciones dirigidas a la formación de un contrato, así como para abandonarlas o romperlas en cualquier momento.
2. En la negociación de los contratos, las partes deberán actuar de acuerdo con las exigencias de la buena fe.
3. Si durante las negociaciones, una de las partes hubiera facilitado a la otra una información con carácter confidencial, el que la hubiera recibido solo podrá revelarla o utilizarla en la medida que resulte del contenido del contrato que hubiera llegado a celebrarse.

4. *La parte que hubiera procedido con mala fe al entablar o interrumpir las negociaciones será responsable de los daños causados a la otra. En todo caso, se considera contrario a la buena fe entrar en negociaciones o continuarlas sin intención de llegar a un acuerdo.*
5. *La infracción de los deberes de que tratan los apartados anteriores dará lugar a la indemnización de daños y perjuicios. En el supuesto del apartado anterior, la indemnización consistirá en dejar a la otra parte en la situación que tendría si no hubiera iniciado las negociaciones».*

## 2. PRESUPUESTO: *BONA FIDES IN CONTRAHENDO*

Las ideas hasta ahora expuestas en torno a la fase precontractual encuentran su reflejo en este precepto. En tal sentido, puede apreciarse que en el texto proyectado se respeta, como punto de partida, la libertad de las partes en el marco de las negociaciones del contrato. Sin embargo, seguidamente se les impone un genérico deber de actuar conforme a las exigencias de la buena fe, cuya concreción entendemos que deja prudentemente en manos del juzgador en cada caso concreto. Resulta atinado, en cualquier caso, que nuestro legislador afronte por fin la regulación de esta materia, para, de este modo, evitar la necesidad de acudir a la aplicación de preceptos de índole más general (arts. 7 y 1258 CC) en aras a cimentar la presencia en la fase negocial del principio de buena fe.

Nuestro legislador, al fin, trata de aproximarse a otros ordenamientos de nuestro entorno geográfico, como el alemán y el italiano, donde ya se contempla de modo explícito la responsabilidad precontractual (aunque haya evidentes divergencias entre ellos). En otros países, en cambio, no se acoge un deber general de buena fe *in contrahendo*: en tal sentido, suele aludirse al Derecho inglés, donde los intentos de importar la buena fe como el principio rector aplicable a todos los contratos y relaciones comerciales han resultado vanos, como consecuencia de la percepción de la teoría clásica del Derecho contractual inglés como promotor del pragmatismo, la previsibilidad y la certeza (una relevante —pero infructuosa— tentativa en esta dirección fue la llevada a cabo por el juez reformista Lord Mansfield, en el año 1766)<sup>11</sup>. En el siglo XXI, siguen sin existir en el Derecho inglés deberes generales precontractuales de buena fe, de información, de confidencialidad o de colaboración, cuando finalmente no se contrata. A pesar de ello, hay importantes excepciones.

En el seno del ordenamiento inglés, por consiguiente, no podemos hallar un conjunto estructurado de principios, normas y excepciones, sino una sanción histórica y sistemáticamente fragmentada de hipótesis especiales de conducta equivocada o excesiva, con remedios provenientes de *equity*, *tort* y *restitution* (salvo cuando finalmente sí se haya celebrado el contrato, pues en ese caso dicha conducta puede ser sancionada en relación con su efecto sobre la validez del

acuerdo y la precisión de sus términos válidos, y podría imponerse la responsabilidad contractual, así como también, potencialmente, extracontractual)<sup>12</sup>. Así pues, en el ordenamiento jurídico inglés las negociaciones no son configuradas, en sí mismas, como una *legally protected relationship*.

Este genérico rechazo a aceptar la *culpa in contrahendo* ha permitido al Derecho inglés satisfacer sus ambiciones internacionales, pues, al ofrecer seguridad y certidumbre en el ámbito práctico, se presenta a los operadores comerciales internacionales como una opción atractiva en aras a su elección como ordenamiento jurídico aplicable. Naturalmente, estas particularidades representan un trascendental escollo para la consecución de cualquier proyecto de armonización jurídica más amplio a nivel europeo en torno a la fase de los tratos preliminares (al margen del campo de las relaciones precontractuales en materia de consumo)<sup>13</sup>.

En los ordenamientos donde se admite la presencia del concepto general de responsabilidad *in contrahendo*, tradicionalmente se ha considerado que la alusión al criterio de la buena fe ha de estimarse llevada a cabo en sentido objetivo, referida a la imposición a las partes del deber de respetar los principios de corrección social, lealtad, solidaridad y seriedad durante el desenvolvimiento de las negociaciones<sup>14</sup>. Como consecuencia de esta postura, se alude a algo ajeno a la persona, esto es, a unas reglas de comportamiento cuya vulneración provoca que se vea obligada a indemnizar si la otra parte ha soportado un perjuicio. En este sentido, aunque en el supuesto juzgado en la STS de 17 de septiembre de 2013 (*JUR* 322699) no se aprecia una hipótesis de responsabilidad precontractual, se asume que la buena fe precontractual ha de entenderse en sentido objetivo, como «estándar de comportamiento que cabe legítimamente esperar en la negociación de un contrato caracterizada por la lealtad y la corrección»<sup>15</sup>.

Sin embargo, algunos autores han optado por la configuración con carácter subjetivo de la *bona fides in contrahendo*, de tal manera que se favorece la libertad de los sujetos, cuya actuación en el tráfico jurídico se verá afectada por menos límites<sup>16</sup>. Incluso, cierto sector doctrinal sostiene una noción unitaria de la buena fe, y rechaza una eventual distinción entre buena fe objetiva y subjetiva<sup>17</sup>.

En el texto proyectado en el artículo 1245 de la *Propuesta de Modernización*, lamentablemente, no se contiene una regla clara sobre esta cuestión, que resuelva definitivamente las dudas planteadas en sede doctrinal. Del mismo no cabe extraer un concepto de buena fe preciso, donde se concrete si el límite que esta representa a la libre actuación de las partes en la fase precontractual es objetivo, ni si puede resultar transgredido por una actuación simplemente negligente, o bien se requiere un comportamiento malicioso a tal efecto. En esta misma línea, la *Propuesta de Código Mercantil*, elaborada por la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación, no parece esclarecedora en esta materia (cfr. art. 412-2). Este texto resulta más escueto, incluso, que la *Propuesta de Modernización* del Código Civil.



Tampoco es categórico, en relación con este punto, alguno de los textos jurídicos internacionales en los que se ha inspirado la *Propuesta de Modernización* española. En el *Convenio de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías*, adoptado en Viena el 11 de abril de 1980 (en adelante, Convenio de Viena o CV), sencillamente no se aborda la regulación de la etapa precontractual, como consecuencia de la pugna entre los representantes de los ordenamientos pertenecientes al *Civil Law* y los del *Common Law*<sup>18</sup>.

En cambio, podemos comprobar que nuestra *Propuesta de Modernización* ha seguido la senda trazada en el artículo 2.1.15 de los *Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales* (en adelante, Principios UNIDROIT). Este instrumento puede resultar valioso en aras a encontrar una solución a la cuestión estudiada, pues, con carácter general, y no circunscrito a la etapa precontractual, se dispone en su artículo 1.7 que las partes han de adecuar su conducta a la buena fe y a la lealtad negocial en el comercio internacional. Puede entenderse que, por una parte, la referencia a la buena fe remite a la vertiente subjetiva, y por otra, la lealtad alude a unas reglas de comportamiento objetivas<sup>19</sup>. Asimismo, en la que cabría considerar como interpretación auténtica del artículo 2.1.15, sus propios redactores reconocen que la responsabilidad en estas hipótesis puede derivarse tanto de actuaciones deliberadas como de conductas negligentes<sup>20</sup>.

En términos más palmarios se pronuncian los *Principles of European Contract Law* (en adelante, PECL), en cuyos artículos 1:102, 1:201 y 2:301 —entre otros— se emplea la locución *good faith and fair dealing* (transcribimos esta expresión en lengua inglesa, ya que en la versión de los PECL en castellano únicamente se incluye la fórmula *buena fe*). De la redacción en inglés puede desprenderse que la buena fe se halla referida a una concepción subjetiva, en tanto que la lealtad negocial (*fair dealing*) sugiere un concepto impregnado de connotaciones de índole objetiva: «“Good faith” means honesty and fairness in mind, which are subjective concepts. (...) “Fair dealing” means observance of fairness in fact which is an objective test...»<sup>21</sup>.

Resulta interesante, a su vez, lo preceptuado en el artículo 1:302 PECL, ya que en él se dispone que para determinar lo que debe entenderse por razonable, ha de juzgarse según lo que cualquier persona de buena fe, que se hallare en la misma situación que las partes contratantes, consideraría como tal (deben tomarse en consideración, especialmente, la naturaleza y objeto del contrato, las circunstancias del caso y los usos y prácticas del comercio o del ramo de actividad). Considerablemente relevante, a los efectos de nuestra investigación, resulta el anteriormente mencionado artículo 2:301 PECL, pues en él se regula la responsabilidad precontractual por las negociaciones contrarias a la buena fe. Aunque parece que se disciplina esta materia de manera esencialmente coincidente con los Principios UNIDROIT, hemos de recordar que en el artículo 2.1.15



de estos se sanciona la ruptura «de mala fe» de las negociaciones, mientras que en los PECL se obliga a indemnizar por el abandono de las mismas contrario a la buena fe y a la lealtad negocial. Nos parece atinada la observación de PANTALEÓN cuando afirma que es preferible la expresión *de manera contraria a las exigencias de la buena fe* (cfr. PECL y DCFR) a la locución *de mala fe* utilizada en nuestra *Propuesta de Modernización* (y en los Principios UNIDROIT), pues esta última fórmula «parece teñida de un ingrediente subjetivo de dolo o malicia, que no resulta imprescindible para que la responsabilidad proceda»<sup>22</sup>.

En esta misma línea trazada por los PECL, también en el artículo II.-3:301 del *Draft Common Frame of Reference*<sup>23</sup> (en adelante, DCFR) se hace expresa mención a los conceptos *good faith and fair dealing*, al afrontar los deberes de conducta de las partes en el seno de las negociaciones. Verdaderamente reveladora resulta, en este sentido, la definición que de tal expresión se ofrece en su artículo I.-1:103, cuando señala que hace referencia a un estándar de conducta caracterizado por la honestidad, la franqueza y la consideración de los intereses de la otra parte de la transacción o relación de que se trate. En el Anexo del DCFR destinado a las *Definitions*, se escinde esta *good faith and fair dealing* de la simple *good faith*, que se describe como *a mental attitude characterised by honesty and an absence of knowledge that an apparent situation is not the true situation*. Como consecuencia de esta descripción, podemos concluir que en la materia que estudiamos se acoge expresamente una concepción objetiva de la buena fe exigible.

Por consiguiente, dados los términos de los textos internacionales en los que se fundamenta nuestra *Propuesta de Modernización*, parece lógico sostener que, en el marco de nuestro proyectado artículo 1245, la responsabilidad precontractual surgirá no solo cuando se advierta mala intención en alguno de los partícipes en las negociaciones, sino también cuando su conducta vulnere la buena fe en sentido objetivo<sup>24</sup>. De hecho, en nuestro ordenamiento ya existe un reconocimiento explícito del principio de buena fe en sentido objetivo, como parámetro de integración del contrato, en el artículo 65 del *Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias* (cuya redacción se mantiene, a pesar de las modificaciones introducidas por la *Ley 3/2014, de 27 de marzo*): «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 este motivo, entendemos que es razonable sostener que no hay motivo alguno que justifique la ausencia de dicha calificación en la fase precontractual<sup>25</sup>.

### 3. CONTENIDO DEL DEBER DE BUENA FE EN LA FASE DE NEGOCIACIONES

De acuerdo con el texto del referido artículo 1245, quienes participan en unas negociaciones han de conducirse conforme a las exigencias de la buena fe. Sin embargo, según señalamos con anterioridad, la concreción de este genérico deber quedará en manos del juez en cada caso concreto, y no cabe efectuar una clasificación exhaustiva de sus concretas manifestaciones. A nuestro modo de ver, se trata de una medida prudente y completamente atinada, dado que no se pueden individualizar con exactitud y para siempre las conductas que han de observarse para no incurrir en responsabilidad precontractual, que es un concepto general<sup>26</sup>. Como consecuencia de su carácter de cláusula general, no puede precisarse su contenido en un concepto definido *a priori*. La norma ha de satisfacer las cambiantes exigencias económico-sociales, y para lograrlo la cláusula general ha de mantener su carácter elástico e imponer al juez y al intérprete una orientación para encontrar la concreta norma de decisión aplicable al caso. A través de la técnica de las cláusulas generales se facilita la evolución del ordenamiento jurídico, pues se hace referencia a un estándar social en un determinado momento histórico<sup>27</sup> (la indeterminación es el necesario trastorno que ha de soportarse para incluir todos los supuestos que no han sido previstos por el legislador de modo específico). Por consiguiente, entendemos que la introducción de una cláusula general de esta índole en la *Propuesta de Modernización* ha de merecer una crítica positiva.

No obstante, comúnmente se asevera que la responsabilidad precontractual representa una institución con unos perfiles muy imprecisos, debido a que en ella tienen encaje hipótesis diferentes y carentes de conexión entre sí. Esta heterogeneidad provoca enormes dificultades en la configuración de una categoría sistemática única, de tal forma que constituye una ardua labor pretender ofrecer respuestas unívocas a los diversos supuestos. A pesar de ello, en los apartados tercero y cuarto del precepto proyectado se ofrecen dos ejemplos de conductas contrarias a la buena fe, que constituyen dos de las más relevantes manifestaciones del deber más extenso de respetar el principio general de la buena fe en sede precontractual. Obviamente, aunque las hipótesis expresamente distinguidas no representan un elenco tasado de supuestos donde cabe estimar vulnerado tal principio, gozan de una gran trascendencia.

A título meramente ejemplificativo, vamos a hacer alusión a algunos de los deberes precontractuales tradicionalmente reconocidos tanto por la doctrina y jurisprudencia como por algunos legisladores.

### A) *Deber de información*

Este deber —que la doctrina alemana denominó *Erklärungspflicht* y *Anzeigepflicht*— constituye uno de los más importantes en el marco de la fase precontractual. Así lo confirma la letra del Considerando número 30 del *Reglamento (CE) número 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales* (también conocido como *Roma II*), donde explícitamente se indica que en el seno de la *culpa in contrahendo* ha de incluirse la *violación del deber de información*. A tenor del mismo, quienes se hallen inmersos en unas negociaciones deben comunicarse las circunstancias desconocidas por la otra parte y que puedan resultar fundamentales para que finalmente se celebre el contrato. En definitiva, es exigible una conducta respetuosa de la integridad de la esfera jurídica ajena<sup>28</sup>.

El primer problema con el que nos encontramos al estudiar este deber radica en su acusada indeterminación, dado que, para poder delimitar su contenido habrán de tomarse en consideración las cualidades de los contrayentes, la naturaleza y la importancia del negocio, las circunstancias en que se ha estipulado, la existencia o no de relaciones entre las partes, los usos, la costumbre, la organización económico-social, etc.

Por otro lado, en nuestra doctrina podemos hallar autorizadas voces que ponen de relieve la íntima relación existente entre los deberes precontractuales de información y el principio de autorresponsabilidad. En tal sentido, suele aseverarse que, de acuerdo con el principio de la buena fe, cada uno de los participantes en las negociaciones se ve afectado tanto por el deber de informar a la otra parte como por el deber de informarse. Por consiguiente, ha de exigirse una conducta diligente a quienes negocian, dentro de la cual también se incluye la carga de procurarse su propia información<sup>29</sup>. Por ejemplo, en la STS de 24 de abril de 2009 (*RJ* 3167), se excluye la presencia de dolo por reticencia y de responsabilidad precontractual en un caso de compra y posterior venta de acciones societarias con notables ganancias, al entender que la información que permitió tales beneficios se encontraba plenamente accesible para el primer vendedor: «puede traducirse en un defecto de autoinformación que le sería imputable». No obstante, tal y como ha matizado nuestro Alto Tribunal en numerosas decisiones, la diligencia exigible a las partes contratantes «implica que cada una deba informarse de las circunstancias y condiciones que son esenciales o relevantes para ella, en los casos en que tal información le resulta fácilmente accesible» (frase extraída de la STS de 23 de julio 2001, *RJ* 8413).

Nuevamente, la valoración en torno a la accesibilidad de la información depende de las particularidades del contexto escrutado: v.gr., las características personales y profesionales de quien no es informado, el eventual asesoramiento de expertos, la sencillez en la obtención de la información, etc. Asimismo, en muchas hipótesis el principio de confianza gozará de preeminencia sobre el

de autorresponsabilidad, de tal forma que el nivel de confianza presente entre las partes puede llegar a justificar la ignorancia que afecta a una de ellas y a imponer a la otra un deber de informar<sup>30</sup>. Al abordar su estudio, DE LA MAZA alude a las razones de la complejidad inherente al deber de información: «1) la dispersión de su regulación, 2) la falta de coherencia que es posible advertir en ésta, y 3) la presencia de intereses jurídicos, eventualmente, contradictorios»<sup>31</sup>.

En el estado actual de nuestro Código Civil, podemos observar que este cuerpo legal no contiene una regla donde se discipline un deber precontractual de información. Sin embargo, como advierte BASOZÁBAL<sup>32</sup>, son varios los preceptos donde puede apreciarse la involucración de tal deber *in contrahendo*: v.gr., cuando se da relevancia invalidante al error en las cualidades esenciales del objeto, o bien al conceder al comprador las acciones edilicias<sup>33</sup>, o cuando brinda un conjunto de remedios por incumplimiento al no haber concordancia entre la prestación esperada y la recibida. La vulneración de este deber puede dar lugar, si se concluye el contrato, al ejercicio de una acción de anulación del mismo por error o por dolo consistente en una omisión (lo que la doctrina italiana denomina *reticenza*).

Así pues, son diversos los remedios ofrecidos por el vigente Código Civil, en función de la hipótesis frente a la que nos encontremos (vicios del consentimiento, vicios ocultos y responsabilidad por incumplimiento contractual), donde es posible localizar el denominador común en la falta de satisfacción del deber de información: pueden propiciar la anulabilidad, la facultad de modificar o la de resolver el contrato<sup>34</sup>.

En cambio, en el ámbito del Derecho de Consumo, nuestro legislador ha sido considerablemente más preciso y minucioso en relación con el deber de información *in contrahendo*, si bien no ha adoptado una solución homogénea para todos los supuestos de posible transgresión del mismo [cfr., v.gr., arts. 60, 65, 97, 98 y 152 TRLGDCU, de 16 de noviembre de 2007 (según la redacción conferida por la Ley 3/2014, de 27 de marzo), arts. 7 a 13 de la Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo, artículos 8 a 10 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]<sup>35</sup>.

Otra esfera donde cabe advertir un notable desarrollo normativo del deber precontractual de información es la relativa a la prestación de servicios de inversión, donde en los últimos tiempos se viene evidenciando, con enorme trascendencia mediática, la formidable relevancia de esta materia. En concreto, las dimensiones económicas del denominado «problema de las participaciones preferentes» son colosales<sup>36</sup>, como muestra la manifiesta preocupación del actual Gobierno español —e, incluso, de la Comisión Europea— por elaborar una solución satisfactoria al mismo. Aunque la publicidad mediática ha servido para alertar a los ahorradores sobre la posible presencia de participaciones preferentes

entre sus inversiones, así como para informarles sobre sus potenciales efectos negativos, la tremenda complejidad de esta figura ha propiciado que poca gente conozca, aunque sea vagamente, la verdadera sustancia de la misma. En este sentido, pese a que la labor didáctica de los medios ha sido importante, la comprensión de la esencia del problema de las participaciones preferentes no resulta sencilla para el público en general, ni para muchos de los que invirtieron sus ahorros en ellas.

La complejísima situación en la que se hallan cientos de miles de ahorradores ha merecido la detenida atención e intervención del propio Ministerio Fiscal, que ha descrito el panorama como un «problema social que se ha destapado con toda virulencia y crueldad». La génesis de este escenario radica, en realidad, no en la naturaleza o en las características inherentes a las participaciones preferentes, sino en la cualificación de algunas de las personas que en los últimos años han invertido masivamente en ellas, en la información de la que gozaban al hacerlo, así como en las técnicas empleadas para su comercialización por algunas entidades de crédito<sup>37</sup>. Resulta incontestable que nuestro ordenamiento jurídico permite el diseño de las participaciones preferentes como producto de inversión, dado el indiscutible vigor del principio de autonomía privada de la voluntad (art. 1255 CC). No obstante tal libertad, la LMV sujeta a la entidad bancaria que presta servicios de inversión a cumplir deberes precontractuales de información muy concretos y rigurosos.

En el marco de este sombrío paisaje, hemos de observar que el legislador ha ubicado el deber precontractual de información en un lugar preeminente, y lo ha dotado de un especial alcance. Con tal designio, en el artículo 79 bis de la LMV se dispone que las entidades que presten servicios de inversión han de *mantener, en todo momento, adecuadamente informados a sus clientes*, y que toda la información, incluida la publicitaria, debe ser imparcial, clara, no engañosa y comprensible; asimismo, habrá de incluir orientaciones y advertencias apropiadas sobre los riesgos asociados a los instrumentos financieros. El desarrollo normativo sobre este deber de información lo podemos hallar en los artículos 60 a 70 del *Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero, sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión y de las demás entidades que prestan servicios de inversión y por el que se modifica parcialmente el Reglamento de la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de Instituciones de Inversión Colectiva, aprobado por el Real Decreto 1309/2005, de 4 de noviembre*.

Es en torno a estos deberes donde se vienen planteando prácticamente todos los problemas referidos a las participaciones preferentes<sup>38</sup>. Algunas entidades de crédito aducen que la información que la ley vigente exige se hallaba reflejada en las condiciones finales y en la nota de valores en las cuales se amparan las emisiones, y que estas habían sido verificadas y registradas en la CNMV. Sin embargo, no cabe considerar satisfechos de este modo los deberes precontractuales de información legalmente impuestos, pues los inversores no habrían gozado de

una verdadera posibilidad de escrutar la seguridad, rentabilidad y liquidez de la inversión, o, incluso, de percibir la propia naturaleza del producto ofrecido. Como se indica en la SAP de León, de 1 de marzo de 2012 (AC 413), si bien referida a un contrato de *swap* o permuta financiera, el propio contrato no puede considerarse «como parte de la información ofrecida porque no es sino la documentación de lo contratado». Por otro lado, acierta el Tribunal Supremo, en la STS de 18 de abril de 2013 (RJ 3387), cuando terminantemente concluye: «La obligación de información que establece la normativa legal invocada por los recurrentes es una obligación activa, no de mera disponibilidad».

El hecho de gozar de la información exigida por nuestro ordenamiento jurídico no lleva inherente, de manera indefectible, la capacitación de todo inversor para evaluar un producto complejo como las participaciones preferentes<sup>39</sup>. Por este motivo, se ha configurado un peculiar sistema de información, donde, al margen de todo lo anterior, en ese mismo artículo 79 bis LMV se impone a las entidades que presten servicios de inversión el deber de asegurarse de disponer de toda la información necesaria sobre sus clientes. En este sentido, se fuerza a las referidas entidades a indagar sobre los conocimientos y experiencia del cliente en relación con el ámbito de inversión concreto de que se trate, su situación financiera y sus objetivos de inversión, en aras a poder recomendarle los productos que más le convengan. El propósito de este deber de recabar información es obvio: la entidad ha de evaluar si el servicio o producto de inversión es adecuado para el cliente. En el caso de no haber accedido a tal información, la entidad habrá de abstenerse de recomendarle instrumentos financieros; si, como consecuencia de la información obtenida, la entidad considera que el producto no es adecuado para el cliente, se halla obligada a advertírselo.

Estas últimas exigencias, referidas a la información que debe obtener la entidad de crédito que vende a los clientes minoristas participaciones preferentes, tienen su origen en la *Directiva de Mercados de Instrumentos Financieros*, más conocida por sus siglas en inglés «MiFID» (*Directiva 2004/39/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, Markets in Financial Instruments Directive*). Esta norma comunitaria ha sido transpuesta a nuestro ordenamiento interno por la Ley 47/2007, de 19 de diciembre (que modifica la LMV), y por el Real Decreto 217/2008, anteriormente mencionado. En los artículos 72 a 74 de este último se desarrollan las condiciones que ha de cumplir el denominado *Test de conveniencia MiFID*, que debe hacer la entidad a los clientes o potenciales clientes, para poder obtener la aludida información sobre los mismos requerida por el artículo 79 bis LMV. De la práctica judicial se infiere que en esta fase también se han verificado irregularidades en la venta de participaciones preferentes a consumidores<sup>40</sup>.

La especial atención consagrada a este deber precontractual en materia de consumo y de inversiones financieras obedece, naturalmente, a la comparación de las circunstancias en las que se hallan sus protagonistas, pues en estos casos resulta evidente la asimetría existente en torno a la accesibilidad de la

información. De gran interés resulta el exhaustivo desarrollo brindado por DE LA MAZA<sup>41</sup> en relación con los deberes precontractuales de informar. Este autor distingue dos modelos: a) «deberes excepcionales» de información, propios de la regulación sobre evicción y vicios redhibitorios de nuestro vigente Código Civil, donde el punto de partida lo constituye la idea de que cada parte vigila sus propios intereses, y que únicamente en algunas situaciones se imponen deberes precontractuales de información; b) «deber general» de informar, asumido en el TRLGDCU, donde se entiende que una parte no puede tutelar adecuadamente sus propios intereses, y se impone a la otra parte el deber de informar sobre determinados extremos, como consecuencia de la desigualdad imperante entre ellas en torno a la información.

La situación no parece variar sustancialmente en la *Propuesta de Modernización* (cfr., entre otros, arts. 1265.5, 1267.6 y 11, 1268, 1298 y 1300<sup>42</sup>), si bien se advierte un desarrollo más minucioso en la disciplina del error como vicio del consentimiento. Por lo tanto, sigue sin contemplarse explícitamente una posible indemnización cuando el contrato se anula como consecuencia de la presencia de dolo o error (salvo el ya presente supuesto del dolo incidental), ni un eventual resarcimiento cuando el contrato afectado por tales vicios del consentimiento no resulta anulado<sup>43</sup>.

Por su parte, en el DCFR tampoco se ofrece un régimen único y homogéneo aplicable a cualquier hipótesis, sino que se contemplan diversos supuestos a los que se otorga su propio régimen en relación con la información que ha de prestarse y con las consecuencias derivadas de la transgresión de este deber. Por cuanto se refiere al primer aspecto, en el DCFR se tienen en cuenta las características subjetivas de quienes negocian y el tipo de contrato celebrado. En este sentido, en sus artículos II.-3:101 y II.-3:102 se diferencia según la relación se entable entre un profesional y otra persona, entre dos profesionales o entre un profesional y un consumidor (vid., asimismo, arts. II.-3:106 a II.-3:108)<sup>44</sup>. Cuando no se ha llegado a contratar, el remedio será el propio de la responsabilidad precontractual. Sin embargo, si, pese a la vulneración del deber de informar, el contrato llega a ver la luz, serán aplicables las consecuencias propias del incumplimiento contractual (art. II.-3:109), así como los efectos preceptuados en torno a la invalidez del contrato por error (art. II.-7:201)<sup>45</sup>. Hemos de resaltar la confluencia de soluciones contemplada en esta norma (consecuencias propias de la transgresión del deber precontractual de información, disciplina de los vicios del consentimiento e, incluso, reglas sobre incumplimiento contractual).

En el artículo 7 del *Código Europeo de Contratos*, redactado por la Academia de Jurisconsultos Europeos de Pavía (en adelante, Código de Pavía), se contiene una norma general sobre el deber precontractual de información, así como en torno a las consecuencias de su vulneración. Si no llegó a celebrarse el contrato, o se hallaba viciado de nulidad, estaremos frente a un supuesto de responsabilidad precontractual, donde habría que resarcir el interés negativo. En



cambio, «*si el contrato ha llegado a perfeccionarse, restituirá la suma recibida o abonará la indemnización que el juez estime conforme a la equidad, salvo el derecho de la otra parte a impugnar el contrato por error*».

En los PECL, principalmente, se otorga al incumplimiento del deber de información virtualidad invalidante y resarcitoria como vicio del consentimiento (arts. 4:103, 4:106, 4:107 y 4:117)<sup>46</sup>; asimismo, en determinadas circunstancias, cabe acudir a la disciplina del incumplimiento contractual (arts. 6:101 y 6:102). En relación con esta materia, podemos aludir también a los artículos 3.2.2 a 3.2.5 y 3.2.16 de los Principios UNIDROIT.

## B) *Deber de secreto*

Tal y como hemos expuesto al comenzar este epígrafe, en el artículo 1245.3 de la *Propuesta de Modernización* se recoge, de manera específica, un deber negativo consistente en no revelar información confidencial a la que se hubiera tenido acceso como consecuencia de las negociaciones (v.gr., planes de negocio, datos técnicos de producción, objetivos comerciales estratégicos, etc.). Esta concreta manifestación de los deberes precontractuales ha sido explícitamente recogida en el texto proyectado, entre otros motivos, por haber sido tradicionalmente respaldada por nuestra doctrina<sup>47</sup>.

Sin embargo, la redacción de ese precepto dista de ser la óptima, pues adolece de una fuerte indeterminación. En primer lugar, quizás esta hipótesis resulte tributaria de un precepto independiente, en el que no deba experimentar las confusas interferencias del otro supuesto expresamente previsto. La opción de política legislativa adoptada en el texto proyectado llama la atención, pues en los instrumentos internacionales que han inspirado —en mayor o menor medida— nuestra *Propuesta de Modernización* se otorga a este deber un artículo completo (cfr. art. 2.1.16 Principios UNIDROIT, art. 2:302 PECL, art. II.-3:302 DCFR y art. 8 del Código de Pavía).

Asimismo, el proyectado precepto se separa de estos textos cuando afirma que si una de las partes facilitó en el curso de las negociaciones información con carácter confidencial a la otra, «*el que la hubiera recibido solo podrá revelarla o utilizarla en la medida que resulte del contenido del contrato que hubiera llegado a celebrarse*». Este criterio nos parece excesivamente voluble e inconcreto<sup>48</sup>. En los instrumentos internacionales se aborda este mismo punto desde una perspectiva negativa, y se impone el deber de no revelar tal información ni utilizarla injustificadamente para su propios fines o provecho (cfr. los preceptos anteriormente mencionados, salvo el art. 8 del Código de Pavía, donde se establece el *deber de hacer uso reservado* de dicha información). Por otro lado, en la norma programada en nuestro país se establece como punto de partida que el contrato finalmente se haya celebrado, mientras que en los textos internacionales

se impone el deber de reserva con independencia de la posterior conclusión del mismo<sup>49</sup>. A nuestro modo de ver, aunque en la *Propuesta de Modernización* no se prevea formalmente el deber de secreto cuando las partes finalmente no llegan a un acuerdo, hemos de considerarlo comprendido en el más amplio marco del deber de actuar en las negociaciones conforme a las exigencias de la buena fe (contenido en su art. 1245.2). No obstante, entendemos que tal hipótesis debería mencionarse de modo explícito en el precepto correspondiente.

En principio, hemos de partir de la libertad de las partes en torno a la información recibida durante la fase precontractual. Sin embargo, todas las normas aludidas constriñen tal libertad en relación con la información confidencial, cuya revelación o utilización es considerada una transgresión del deber de secreto, de tal modo que de ello se deriva un supuesto de responsabilidad para el infractor. En el artículo 1245 de la *Propuesta de Modernización* no se especifica qué datos han de ser incluidos en esta excepción, sino que simplemente se menciona la información facilitada con carácter confidencial. Para su concreción, entendemos que lo más atinado será recurrir al texto del artículo II.-3:302(2) DCFR, y considerar que en la expresión «información confidencial» se encierra cualquier dato que, ya sea por su propia naturaleza ya sea por las circunstancias en las que fue obtenido, el receptor del mismo conoce o razonablemente podría esperarse que percibiera su cariz reservado para la otra parte. Obviamente, también habrán de estimarse incluidas las informaciones que explícitamente se le comunicaron con tal carácter.

Por último, en el apartado 5 del artículo 1245 de la *Propuesta de Modernización* se recogen las consecuencias, con carácter general, de la infracción de los deberes impuestos en dicho precepto, excepto en el caso de entablar o interrumpir las negociaciones de mala fe y cuando se comienzan o continúan sin intención de llegar a un acuerdo; en estas últimas hipótesis, como veremos, la indemnización consistirá en dejar a la otra parte en la situación que tendría si no hubiera iniciado las negociaciones. En cambio, la regla general aplicable al supuesto ahora estudiado implica que quien vulnere el deber de secreto habrá de afrontar la indemnización de daños y perjuicios.

Si bien es cierto que estos daños y perjuicios pueden resultar cuantiosos, tampoco hay que desdeñar la enorme dificultad inherente a su precisión. Asimismo, mientras que los perjuicios irrogados a la otra parte con el quebrantamiento del deber de confidencialidad pueden resultar relativamente reducidos, los eventuales beneficios que puede obtener el incumplidor con su conducta contraria a la lealtad negocial pueden llegar a ser extraordinarios. Tal circunstancia animará a la vulneración de aquel deber en determinadas condiciones. Por este motivo, nos parece definitivamente más adecuado el criterio dibujado por todos los textos internacionales mencionados, donde se preceptúa que quien no haya respetado este deber no solo habrá de reparar el daño inferido a la otra parte, sino que también se verá compelido a satisfacer una compensación fundada en el propio

beneficio experimentado como consecuencia de su desleal conducta. De este modo, aun con el riesgo de exceder en el resarcimiento la medida de los daños ciertamente generados a la otra parte, se restituiría el enriquecimiento injusto<sup>50</sup>.

Una sentencia que suele citarse como paradigmática en torno a la indemnización por la vulneración del deber de confidencialidad en el Derecho inglés es el caso *Peter Pan Manufacturing Corp. v Corsets Silhouette Ltd.* [1964] 1 WLR 96, para aseverar que cuando se produce un uso no autorizado de la información confidencial, el cálculo del resarcimiento puede efectuarse tomando en consideración el beneficio obtenido por el infractor. No obstante, en decisiones posteriores se revela que esta posibilidad no es de aplicación general, y que se reserva a ciertas hipótesis donde la información empleada es secreta, y que podría ser considerada como análoga a un derecho de propiedad intelectual: cfr. *Vercoe and others v Rutland Fund Management Ltd. and others* [2010] EWHC 424 (Ch), y *Jones v Ricoh UK Ltd.* [2010] EWHC 1743 (Ch). Con carácter general, y no ceñido al angosto ámbito del quebrantamiento del deber de confidencialidad, se prevé en el artículo 6:104 del Burgerlijk Wetboek holandés que los tribunales pueden hacer un cálculo de los daños en función de los beneficios obtenidos con la conducta nociva por el infractor<sup>51</sup>.

### C) *Los cuestionables deberes de custodia, conservación y protección*

Aunque gran parte de nuestra doctrina considera que su vulneración constituye una hipótesis de responsabilidad aquiliana, por influencia de la doctrina alemana cabría apreciar que también forman parte del contenido de la buena fe precontractual los *deberes de custodia y conservación*, así como el más genérico *deber de protección* a la otra parte. Como consecuencia de ello, podría existir responsabilidad precontractual por los daños producidos en su patrimonio o en su salud derivados de la conducta de la otra parte en los tratos<sup>52</sup>.

Un caso muy elocuente tradicionalmente mencionado fue el decidido por el *Reichsgericht* el 7 de diciembre de 1911, conocido como *Linoleumrollenfall*, que consideró contractual la responsabilidad del dueño de un negocio, por los daños sufridos por una señora mientras examinaba los tapices que aquel tenía en su local, cuando uno de los rollos de esos tapices cayó y le provocó lesiones en la pierna<sup>53</sup>.

Tras la reforma del Derecho de Obligaciones alemán —a través de la *Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts*, de 26 de noviembre de 2001—, en la configuración del contenido de la relación obligatoria se incluyen no solo el deber de prestación (*Leistungspflicht*), sino también los deberes de protección (*Schutzpflichten*), en virtud de los cuales las partes deben respetar sus derechos, bienes jurídicos e intereses recíprocamente (cfr. el nuevo § 241.2 BGB<sup>54</sup>; asimismo, en el actual § 282 BGB se recoge la posibilidad de ser indemnizado

como consecuencia de la violación de los *Schutzpflichten*). El legislador alemán ha extendido expresamente los *deberes de protección* a la fase precontractual, a través de la reforma del § 311.2 BGB<sup>55</sup>, que supone el desarrollo legislativo de la *culpa in contrahendo*.

No obstante, como hemos indicado, en nuestra doctrina suele aseverarse que estas hipótesis configuran un mero supuesto de responsabilidad aquiliana<sup>56</sup>. Esta misma perspectiva es sostenida en nuestra más extendida jurisprudencia, donde también se contemplan estos casos como una manifestación de responsabilidad extracontractual<sup>57</sup>.

Esta última posición ha resultado plenamente respaldada por el legislador comunitario en el Reglamento Roma II, en cuyo Considerando número 30 se excluye de modo rotundo la adscripción de estos deberes al ámbito de la responsabilidad precontractual, y explícitamente se ubican en el marco de la responsabilidad extracontractual<sup>58</sup>.

#### D) *Deber de no abandonar injustificadamente las negociaciones*

##### a) Supuesto de hecho

La manifestación paradigmática de la *bona fides in contrahendo* viene constituida por el deber de no interrumpir los tratos preliminares sin justa causa, a pesar de que esta circunstancia no fuera prevista ni por los autores del Derecho Común, ni tampoco por JHERING. El origen doctrinal de este deber podemos hallarlo en FAGGELLA, que fue quien llamó la atención sobre el mismo, en un intento de alejar el Derecho de las concepciones individualistas y liberales exacerbadas<sup>59</sup>.

Lógicamente, hemos de aceptar como punto de partida la libertad de las partes en sede negocial, de tal manera que no se entorpezca el tráfico jurídico mediante una vinculación desde un primer momento que aquellas no desean. A esta idea responde el artículo 1245.1 de la *Propuesta de Modernización*, cuando reconoce que las partes «*son libres para entablar negociaciones dirigidas a la formación de un contrato, así como para abandonarlas o romperlas en cualquier momento*». En este punto, el texto español sigue el camino tradicionalmente marcado por nuestra doctrina y jurisprudencia, así como el fijado por los textos internacionales en los que halla su inspiración<sup>60</sup>. Sin embargo, esta libertad no puede ser de cariz absoluto, y es preciso delimitar la facultad de abandonar los tratos preliminares, pues puede dar lugar a daños injustos en el patrimonio de la otra parte. Dicho límite viene señalado por el criterio de la buena fe.

Según se reconoce en la STS de 19 de julio de 1994 (RJ 6698), si bien *obiter dicta* y con carácter genérico, «necesariamente la fijación de una indemnización de daños y perjuicios no va siempre vinculada al incumplimiento de un

precontrato, puesto que, también, cabe en casos excepcionales que se atribuya a la ruptura de tratos preliminares al contrato...».

En este sentido, en el artículo 1245.4 del texto proyectado se dispone que quien haya procedido con mala fe al entablar o interrumpir los tratos preliminares habrá de responder por los daños causados a la otra parte. En cualquier caso, según el tenor literal de dicho precepto, se juzgará contrario a la buena fe el hecho de iniciar o continuar unas negociaciones sin intención de llegar a un acuerdo. La frontera de la buena fe aparece claramente rebasada en el supuesto de ruptura de las negociaciones tras haberlas comenzado o proseguido, a pesar de ser consciente de que no se va a concluir el contrato, puesto que con esta conducta los tratos se han visto apartados de su misión<sup>61</sup>. No obstante, en aplicación de la concepción objetiva del principio de buena fe a la que ya aludimos, hemos de advertir que no es imprescindible que la ruptura se verifique de manera maliciosa, en aras a determinar la existencia de una hipótesis de responsabilidad precontractual<sup>62</sup>. A nuestro modo de ver, esta aseveración resulta plenamente compatible con la previsión recogida en el primer inciso del artículo 1245.4 de la *Propuesta de Modernización*.

En apoyo de tal opinión, podemos observar cómo esta línea es la seguida en los textos internacionales inspiradores de nuestra proyectada norma. Así, por ejemplo, en los artículos 2:301(2) PECL y II.-3:301(2) DCFR se hace responsable a quien rompe unas negociaciones en contra de la buena fe y la lealtad negocial (*break off negotiations contrary to good faith and fair dealing*). Aunque en el artículo 2.1.15 Principios UNIDROIT simplemente se hace mención a quien *interrumpe las negociaciones de mala fe*, de los comentarios al precepto publicados por sus propios autores se desprende, de manera palmaria, que no se halla referido únicamente a quienes interrumpen las negociaciones de manera deliberadamente malintencionada, sino también a quienes las abandonan en contra de los principios de lealtad negocial y confianza<sup>63</sup>.

Por otra parte, en el artículo 1248 de la propia *Propuesta de Modernización* se contempla explícitamente una hipótesis donde una de las partes no se halla siquiera facultada para romper las negociaciones y, por consiguiente, seguiría vigente su propuesta de contrato y no habría lugar a responsabilidad precontractual: cuando la oferta es irrevocable. Tal precisión resulta absolutamente coherente, si bien el desarrollo de dicho precepto nos parece discutible. En este sentido, al margen del caso en el que el oferente haya dotado de naturaleza irrevocable a su propuesta, en los apartados 2.º y 3.º se contemplan otros supuestos de irrevocabilidad que resultan excesivos: cuando en la oferta se haya fijado un plazo para la aceptación (a menos que el oferente se haya reservado expresamente la facultad de revocarla), y cuando el destinatario de la oferta hubiera podido confiar por las declaraciones o comportamiento del oferente en el carácter irrevocable de aquella y hubiera realizado actos o negocios sobre la base de esta confianza.

A nuestro modo de ver, la concesión de un plazo para aceptar la propuesta contractual no debería bastar para conferirle naturaleza irrevocable. A tal efecto, entendemos que la voluntad de renunciar a la facultad de revocar su declaración negocial habría de resultar patente. Esta opinión resulta refrendada por la doctrina general emanada de nuestra jurisprudencia, a cuyo tenor, para que pueda entenderse que se ha producido la renuncia de un derecho con todas sus consecuencias, habrá de manifestarse «de manera clara y definitiva y concluyente, por actos que demuestren, fuera de toda duda, la voluntad de renunciar de quien tiene capacidad para ello sin posibilidad de presumirla» [cfr., entre otras, SSTs de 25 de mayo de 1974 (RJ 2105), de 26 de septiembre de 1983 (RJ 4680), de 4 marzo de 1988 (RJ 1551) y de 30 de marzo de 2000 (RJ 1785)]<sup>64</sup>.

La solución proyectada, si bien sigue la senda trazada por los principales instrumentos internacionales, no resulta coherente desde el punto de vista de la lógica jurídica. A nuestro juicio, si la regla se halla constituida por la revocabilidad de la oferta, su renuncia ha de juzgarse excepcional y, por consiguiente, de restrictiva interpretación. En nuestra opinión, los intereses del destinatario de la propuesta contractual resultarían satisfactoriamente tutelados a través de la responsabilidad precontractual, sin necesidad de estimar irrevocable una oferta por la simple inclusión de un plazo de duración de la misma. En estos casos, sería sencillo considerar quebrantada su confianza si el oferente revoca la oferta dentro de su periodo de vigencia. Por lo tanto, cabría configurar un supuesto de responsabilidad *in contrahendo*, aunque debería dejarse cierto margen al juzgador para determinar, según las circunstancias concurrentes en cada caso particular, si verdaderamente la revocación de una oferta que tiene fijado un tiempo de duración ha defraudado suficientemente la confianza de la otra parte<sup>65</sup>.

Similares consideraciones resultan predicables, a nuestro modo de ver, de lo dispuesto en el artículo 1248.3.º de la *Propuesta de Modernización*, cuando determina la irrevocabilidad de una propuesta contractual con apoyo en la confianza que las declaraciones o comportamiento del oferente hayan podido suscitar en su destinatario (que ha realizado actos o negocios sobre la base de esta convicción). Este escenario evoca, de manera palmaria, el ámbito donde nos movemos en sede de responsabilidad precontractual. Por lo tanto, no nos parece razonable disponer la irrevocabilidad de la propuesta en tales circunstancias, ya que podríamos tutelar la confianza de la otra parte en las negociaciones a través del resarcimiento por responsabilidad *in contrahendo*.

#### b) *Requisitos*

La cuestión que inmediatamente emerge es la concreción de las hipótesis en las que ha de considerarse que se han abandonado los tratos injustamente, es decir, la determinación de cuándo hay responsabilidad *in contrahendo* por

ruptura de las negociaciones. Como consecuencia de ello, la posición que estimamos plasmada en los textos internacionales, y mayoritariamente sostenida por la doctrina y la jurisprudencia tradicionales, lleva inherente el importante inconveniente de la vaguedad y la incerteza de las conductas que violentan la buena fe en sentido objetivo<sup>66</sup>.

Para poder ofrecer soluciones a esta incertidumbre, el sector doctrinal y jurisprudencial dominante ha venido exigiendo tres requisitos: que haya confianza tutelable, una ruptura sin justa causa de las negociaciones y la irrogación de daños a la otra parte<sup>67</sup>.

Entendemos que esta construcción resulta plenamente válida tanto para el artículo 1245 de la *Propuesta de Modernización* española como para los mencionados textos internacionales, si bien resultaría ciertamente útil que en todos ellos se observara algo más de claridad en relación con los presupuestos que permitan considerar que la ruptura de los tratos es contraria a la buena fe. Como atinadamente advierte CARRASCO, si bien existe alguna jurisprudencia que reconoce un espacio propio a la responsabilidad precontractual por ruptura de las negociaciones, no se ha establecido «de modo preciso cuál es la fuente normativa, el contenido y los límites de un deber de negociar de buena fe»<sup>68</sup>.

Aunque algún autor ha entendido que la confianza tutelable de la que hablamos en esta sede únicamente puede hallarse referida al correcto desarrollo de las negociaciones<sup>69</sup>, la mayor parte de la doctrina considera que en estas hipótesis lo que se vulnera es la confianza en la conclusión del contrato<sup>70</sup>. La concepción dominante ha sido refrendada por el artículo 6.3 del Código de Pavía, que es el único texto de los mencionados donde se ha abordado la conveniente tarea de concreción que reclamamos sobre esta materia (se habla de *confianza razonable en cuanto a la celebración del mismo*)<sup>71</sup>.

La duración de las negociaciones no es lo verdaderamente relevante a efectos de valorar si hay una confianza digna de protección, sino lo avanzado de su desarrollo. En este sentido, únicamente podrá apreciarse la presencia de una confianza tutelable en los casos en los que se hayan contemplado los elementos esenciales del concreto negocio<sup>72</sup>. Un ejemplo jurisprudencial interesante podemos hallarlo en nuestro país, en la STS de 16 de mayo de 1988 (*RJ* 4308): «...el problema del traslado del demandante (...) [a una oficina sita en Miami de la entidad financiera en la que trabajaba] se trató seriamente, llegándose a un punto en el que dicho señor, con toda lógica y ateniéndose a las noticias que le dieron altos empleados de la indicada sociedad, demandados también en este litigio, debió pensar que su traslado a la oficina de Miami (USA) estaba ya acordado y era además inminente lo que impulsó a los accionantes a adoptar disposiciones [venta de automóviles, excedencia voluntaria de la esposa en su puesto de trabajo de Auxiliar de Clínica de la Seguridad Social] que resultaron, ante el fracaso de sus expectativas, claramente perjudiciales para sus intereses...».



Si bien esta solución resulta acogida exclusivamente en el ya referido artículo 6.3 del Código de Pavía, en nuestra opinión, constituye un criterio que no colisiona en absoluto ni con nuestra *Propuesta de Modernización*, ni con el resto de textos internacionales mencionados<sup>73</sup>. A nuestro modo de ver, lo más atinado que podría hacer nuestro legislador es introducir una previsión similar en el proyectado artículo 1245 o, al menos, ofrecer algún elemento que arroje algo de luz sobre una materia habitualmente equívoca. En realidad, en torno a tal problemática, este precepto no supone una gran aportación si lo comparamos con las construcciones doctrinales y jurisprudenciales presentes desde hace años en nuestro país<sup>74</sup>.

El segundo de los requisitos que mencionamos con anterioridad, al margen de la confianza tutelable, hace referencia al carácter arbitrario del abandono de las negociaciones. Por consiguiente, para que podamos apreciar un supuesto de responsabilidad precontractual, la ruptura ha de carecer de justa causa. En el artículo 6.3 del Código de Pavía se dispone que, una vez examinados los elementos esenciales del contrato, quien haya suscitado una confianza razonable en torno a la celebración de aquel, «*actúa contra la buena fe desde que interrumpe los tratos preliminares sin motivo justificado*». A pesar de ello, ni en la *Propuesta de Modernización* ni en el resto de textos internacionales inspiradores de la misma se hace mención a tal circunstancia. No obstante, entendemos que la misma es connatural a las expresiones empleadas en ellos, tales como interrumpir las negociaciones *con mala fe* [art. 1245.4 de *Propuesta de Modernización* y art. 2.1.15(2) Principios UNIDROIT] o *to break off negotiations contrary to good faith and fair dealing* [art. 2:301(2) PECL y art. II.-3:301(2) DCFR].

La locución «abandono de los tratos sin justa causa» adolece de una considerable amplitud y ambigüedad. En principio, las partes son libres de romper las negociaciones sin necesidad de aducir causa alguna, pues el juicio sobre la oportunidad de concluir el contrato es una cuestión de apreciación puramente individual. Sin embargo, cuando ya ha brotado una confianza en la otra parte merecedora de protección, quien abandona las negociaciones no puede prescindir de un análisis global del nuevo escenario generado, y ha de concluirse que la ruptura de aquellas se encuentra limitada por el principio de la buena fe. La clave radica en hallar el punto de equilibrio entre la autonomía privada *in contrahendo* y la preservación del principio de la confianza tutelable. Lógicamente, no podemos configurar una regla precisa y equitativa sobre las causas de ruptura de las negociaciones que han de juzgarse justificadas de modo apriorístico, pues únicamente cabe hallar soluciones concretas en cada supuesto, en la búsqueda de la verificación práctica de la «justa causa».

Se han ofrecido algunos ejemplos donde, previsiblemente, habrá de entenderse justificado el abandono de los tratos preliminares: por haber aparecido ofertas más interesantes; por haber devenido menos beneficioso el contrato al producirse una alteración de las circunstancias; por ser excesivamente duraderas las propias negociaciones; por haber alterado la otra parte su posición en la

negociación a través de nuevas exigencias; o bien como consecuencia de haber pactado las partes, al inicio de los tratos, que cualquiera podía retirarse de ellos libremente. Con carácter general, se propone como justificada su ruptura si se cimienta en una causa de índole objetiva<sup>75</sup>, cuya prueba habrá de afrontar la parte que se retira de las negociaciones<sup>76</sup>. De manera coherente con lo anterior, se debe desestimar la consideración como justo de un abandono fundado en simples apreciaciones subjetivas<sup>77</sup>, así como en la existencia de circunstancias que ya conocía al comenzar las negociaciones, o que eran cognoscibles si se hubiera empleado una diligencia ordinaria.

Lógicamente, quien ha abandonado abruptamente y sin justa causa las negociaciones se verá afectado por un deber de resarcimiento, siempre y cuando haya irrogado un daño relevante con su conducta a la otra parte, como consecuencia de la situación de confianza que en ella se había generado. PANTALEÓN vuelve su mirada hacia un supuesto llamativo, y de él extrae la siguiente conclusión: si el infractor logra probar, «con una seguridad rayana en la certeza», que el abandono de las negociaciones ha librado a la otra parte de una operación que le hubiera originado pérdidas, no resultaría justo imponer a aquel —aunque actuara dolosamente— la obligación de indemnizarle en concepto de responsabilidad precontractual<sup>78</sup>. Es decir, el daño representa un presupuesto primordial para que de estas hipótesis se derive responsabilidad, y nuestra jurisprudencia se muestra exigente en torno al mismo<sup>79</sup>. Así se desprende, finalmente, del texto del artículo 1245.4 de la *Propuesta de Modernización*: «...será responsable de los daños causados a la otra».

### III. CONCLUSIONES

I. El legislador español parece decidido a poner fin al silencio hasta ahora mantenido en torno a la materia de la responsabilidad precontractual, mediante su contemplación en la *Propuesta de Modernización*. Pese al indiscutible avance que ello supone, hemos de advertir que el texto proyectado resulta insuficiente.

II. La norma programada impone un genérico deber de actuar conforme a las exigencias de la buena fe, cuya concreción se deja prudentemente en manos del juzgador en cada caso concreto. No obstante, debería aclarar si se encuentra referido a la buena fe en sentido subjetivo o en sentido objetivo; dada la tendencia inherente a los textos internacionales en los que se inspira, parece que habrá de interpretarse que alude a la buena fe objetiva.

III. Resulta atinado que en el texto no se trate de brindar un elenco exhaustivo, donde se contemplen todas las concretas manifestaciones de este deber de conducirse de acuerdo con la buena fe en la fase de negociaciones. Ello permite que la norma se adapte a las cambiantes exigencias económico-sociales.

IV. En nuestro vigente Código Civil no se contiene una regla general donde se discipline un deber precontractual de información, si bien son varios los preceptos donde puede apreciarse la involucración de tal deber *in contrahendo*, que constituye uno de los más relevantes. El escenario resulta parangonable en la *Propuesta de Modernización*, si bien se regula más detenidamente el error. No obstante, lamentablemente sigue sin contemplarse explícitamente un eventual resarcimiento cuando el contrato se anula como consecuencia de la existencia de dolo o error, ni cuando el mismo no resulta anulado.

V. La *Propuesta de Modernización* debería dotar de mayor importancia al deber precontractual de información, con una regulación clara y sistemática, donde, al menos, se arrojava algo de luz sobre la materia y, especialmente, en relación con los posibles remedios jurídicos.

VI. La norma donde se incluye el deber de secreto adolece de una deficiente redacción. Debería consagrarse al mismo un precepto específico, y disponer que este deber opera no solo cuando el contrato finalmente se celebra, sino también cuando las negociaciones fracasan. Al mismo tiempo, debería precisarse qué suerte de datos han de ser considerados «confidenciales». Por cuanto a la indemnización por su transgresión se refiere, creemos que es más adecuado el criterio mantenido por los textos internacionales, al disponer que la indemnización abarcará tanto el daño inferido a la otra parte como una compensación fundada en el propio beneficio obtenido como consecuencia de su desleal conducta.

VII. En nuestra opinión, la concepción objetiva del principio de la buena fe empuja a sostener que no es necesario que el abandono de las negociaciones se haga con malicia, en aras a considerar que nos hallamos frente a una hipótesis de responsabilidad precontractual.

VIII. Nuestro legislador debería ser más preciso en relación con los requisitos imprescindibles para que deba responderse por la ruptura de tratos preliminares: aludir al avanzado desarrollo de las negociaciones como cimiento de la confianza tutelable, al carácter arbitrario del abandono de las mismas, así como al daño irrogado y a sus límites. En definitiva, el texto proyectado no representa una gran aportación si tomamos en consideración las construcciones doctrinales y jurisprudenciales ya existentes.

## 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.
- SAP de Valladolid de 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 Corp. 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 *Veroe 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*, 11.<sup>a</sup> ed., puesta al día con la colaboración de Fernando REGLERO. Barcelona, Librería Bosch.
- ALBERICI, A. (1982): «Il dovere precontrattuale di buona fede», en *Rassegna di Diritto Civile*, págs. 1051 y sigs.
- ALONSO PÉREZ, M. (1971): «La responsabilidad precontractual», en *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», en *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)
- ASÚA 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», en *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)
- BASOZÁBAL ARRUE, X. (2009): «En torno a las obligaciones precontractuales de información», en *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*, 2.<sup>a</sup> ed., Milano, Giuffrè Editore.
- CABANILLAS SÁNCHEZ, A. (1995): «El ámbito de la responsabilidad precontractual o culpa in contrahendo», en *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-1.º, 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», en *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)», en *Anuario de Derecho Civil*, T. LXIII, fasc. II, págs. 575 a 636.
- DE COSSIO Y CORRAL, A. (1988): *Instituciones de Derecho Civil*, T. I, Parte general, *Obligaciones y Contratos*, revisado y puesto al día por Manuel de COSSIO y MARTÍNEZ, y José LEÓN-CASTRO ALONSO, 1.<sup>a</sup> ed., Madrid, Ed. Civitas.
- DE CUPIS, A. (1979): *Il danno. Teoria generale della responsabilità civile*, vol. I, 3.<sup>a</sup> ed., Milano, Giuffrè.
- DE LABARRE, M. (1964): «La formation du contrat. L'avant-contrat», en 62.<sup>o</sup> *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», en *Anuario de Derecho Civil*, T. LXIII, fasc. IV, págs. 1683 a 1723.
- DELGADO ECHEVERRÍA, J., y PARRA LUCÁN, M.<sup>a</sup> Á. (2011): «Comentario a la STS de 5 de marzo de 2010», en *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», en *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*», en *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, n. 6294)», en *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, 5.<sup>a</sup> ed., Madrid, Ed. Civitas.
- DÍEZ-PICAZO, 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. 1.º, II, Primera Parte, 15.<sup>a</sup> revisión por Hans CARL NIPPERDEY, traducción de la 39.<sup>a</sup> edición alemana con estudios de comparación y adaptación a la legislación y jurisprudencia españolas por Blas PÉREZ GONZÁLEZ y José ALGUER, 3.<sup>a</sup> ed., 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», en *Archivio Giuridico «Filippo Serafini»*, Terza Serie, Vol. XI, Roma, págs. 128 a 150.
- (1918): *I periodi precontrattuali e la responsabilità precontrattuale*, 2.<sup>a</sup> ed., Roma, Stab. Tip. Società Cartiere Centrali.
- GALGANO, F. (1999): *Diritto Civile e Commerciale*, vol. II, T. I, 3.<sup>a</sup> ed., 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», en *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», en *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 MOREU, 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)», en *Revista de Derecho Privado*, págs. 50 a 78.
- LUMINOSO, A. (1988): «La lesione dell'interesse contrattuale negativo (e dell'interesse positivo) nella responsabilità civile», en *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», en *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», en *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», en *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, n. 1259 y a la decisión del Tribunal de Roma, 24 gennaio 1955)», en *Rivista di Diritto Commerciale*, T. II, págs. 360 a 372.
- MESSINEO, F. (1952): *Dottrina General del Contratto*, T. I, trad. esp. de la 3.ª ed., italiana de 1948 por R. O. FONTANARROSA, S. SENTÍS MELENDO y M. VOLTERRA. Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América.
- MIQUEL GONZÁLEZ, J. M.ª (1993): «La responsabilidad contractual y extracontractual: distinción y consecuencias», en *Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. XIX, págs. 61 y sigs.
- MIRABELLI, G. (1980): *Commentario del Codice Civile*, redatto a cura di magistrati e docenti, «Delle obbligazioni. Dei contratti in generale: artt. 1321-1469», 3.ª 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 *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, T. XVII-1.º B, dir. por Manuel ALBALADEJO. Edersa, Madrid, 2004, recurso electrónico accesible en <http://vlex.com/vid/articulos-231160>.
- (2010): *Incumplimiento del contrato y lucro cesante*, Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor, 2010.
- (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.ª L. PALAZÓN GARRIDO y M.ª 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)», en *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 (comento a Trib. di Cremona 6 giugno 1991)», en *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, 3.<sup>a</sup> 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», en *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», en *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.
- QUIÑONES 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. 2.<sup>o</sup>, Torino, UTET.
- SALEILLES, R. (1907): «De la responsabilité précontractuelle, à propos d'une nouvelle étude sur la matière», en *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 el 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», en *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», en *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», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 603, marzo-abril, págs. 443 a 489.

## NOTAS

<sup>1</sup> Según expone CATAUDELLA, A. (1994), *I contratti*, Parte Generale, ristampa integrada. Torino, Giappichelli Editore, pág. 35: no basta un mero contacto de hecho, sino que es imprescindible que el mismo asuma relevancia jurídica, de tal modo que el ordenamiento jurídico le confiera efectos de cualquier naturaleza. Dentro de la formación de la voluntad, FAGGELLA distingue tres fases diferentes, con consecuencias jurídicas diversas [FAGGELLA, G. (1918), *I periodi precontrattuali e la responsabilità precontrattuale*, 2.<sup>a</sup> ed., Roma: Stab. Tip. Società Cartiere Centrali, págs. 3 a 17]): 1) la fase de discusión o tratos preliminares; 2) la fase de reflexión, durante la cual las partes evalúan el resultado de las discusiones previas, reflexionan y elaboran sus proposiciones; y 3) la fase de emisión de la oferta, en la que el proponente envía a la otra parte la oferta contractual definitiva. Una vez transcurridas estas tres fases, ya solo resta que la parte a la que se ha dirigido la propuesta conteste aceptando o rechazando dicha oferta. Sin embargo, en la práctica, las tres fases se mezclan, pues frecuentemente se suceden las propuestas y contrapropuestas, y a estas les sigue una nueva discusión sobre los términos controvertidos. En relación con esta cuestión, FAGGELLA expone que habitualmente se consideraba que la fase precontractual comenzaba con la formulación de una oferta, pues esta supone la base del vínculo obligatorio, pero se descuidaba el periodo anterior a ella [FAG-

GELLA (1906), «Dei periodi precontrattuali e della loro vera ed essata costruzione scientifica», en *Studi giuridici in onore di Carlo Fadda*, T. III, Napoli, Luigi Pierro, pág. 273]; el mismo FAGGELLA abordó el estudio de esta fase y fue seguido, entre otros, por SALEILLES, R. (1907), «De la responsabilité précontractuelle, à propos d'une nouvelle étude sur la matière», en *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, VI, págs. 697 a 751. No obstante, las negociaciones pueden dar comienzo, precisamente, con la presentación de una propuesta contractual, que da lugar a una posterior discusión centrada en sus términos; según MORENO QUESADA, en estas hipótesis, la fase de tratos preliminares se iniciará al enviarse la contestación a dicha oferta [MORENO QUESADA, B. (1963), *La oferta de contrato*, Barcelona, Colección Nereo, pág. 16]. Como consecuencia de todo lo anterior, quizá resulte más oportuno eludir cualquier distinción de etapas dentro de los tratos preliminares. Por otra parte, las negociaciones previas no son indispensables, y el consentimiento puede formarse de modo instantáneo, al encontrarse directamente las voluntades coincidentes. Asimismo, como advierte CARRARA, G. (1915), *La formazione dei contratti*, Milano, Casa Editrice Dott. Francesco Vallardi, pág. 1: la duración de los tratos puede variar, según la importancia del objeto de discusión y del ambiente en el que se negocia.

<sup>2</sup> SALOMON AUGUSTUS habló de *Propositiones conventionem antecedentes*, donde se incluían las propuestas precedentes a la convención con las que las partes, sin intención de obligarse, se comunican recíprocamente la intención de contratar [SALOMON AUGUSTUS, C. (1681), *De tractatibus (von Handlungs-Vorschlägen, Vulgo Tractaten)*, Jenæ, Typis Gollnerianis, Thes. II]. Por su parte, PACIONI se refirió a esta etapa preliminar en los siguientes términos: «...qui tractatus differt a contractu et eum præcedit et non requirit consensum deliberatum, sed solam dispositionem ad illum et discussionem» [PACIONI, P. (1677), *De Locatione, et Conductione Tractatus*, Romæ, Typis et Sumptibus Nicolai Angeli Tinassij, cap. XXII, de probatione locationis, n. 3].

<sup>3</sup> RAVAZZONI, A. (1966), *La formazione del contratto*, T. I, *Le fasi del procedimento*. Milano, Giuffrè, pág. 55.

<sup>4</sup> CRISCUOLI pone de relieve la importancia de los tratos preliminares, al aseverar categóricamente que pueden ser considerados como «i materiali di costruzione del futuro contratto» [CRISCUOLI, G. (1992), *Il Contratto (Itinerari normativi e riscontri giurisprudenziali)*, Padova, Cedam, pág. 140].

<sup>5</sup> MENGONI, L. (1956), «Sulla natura della responsabilità precontrattuale (comentario a Cass. 5 maggio 1955, n. 1259 y a la decisión del Trib. Roma, 24 gennaio 1955)», en *Rivista di Diritto Commerciale*, T. II, págs. 362 y 365 a 367. Vid., en nuestra doctrina, ALONSO PÉREZ, M. (1971), «La responsabilidad precontractual», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 485, julio-agosto, pág. 888.

<sup>6</sup> VON JHERING, R. (1969), «Culpa in contrahendo oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelangten Verträgen», en *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.

<sup>7</sup> NATTINI, A. (1910), «Cenni critici sulla così detta responsabilità precontrattuale (nota a Trib. Napoli 31 marzo 1909)», en *Il Diritto Commerciale: rivista mensile critica di dottrina, legislazione e giurisprudenza*, vol. I, Serie II. Torino, UTET, pág. 239.

<sup>8</sup> DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. (1996), *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, T. I, 5.ª ed., Madrid, Ed. Civitas, pág. 271.

<sup>9</sup> Nuestra doctrina acude habitualmente al artículo 1902 del Código Civil para configurar la responsabilidad precontractual. Sin embargo, OLIVA RODRÍGUEZ considera que en el ordenamiento español está vigente la obligación de indemnizar como consecuencia de los daños causados en los tratos, dado el principio general de la buena fe recogido en el artículo 7 del mismo cuerpo legal [OLIVA RODRÍGUEZ, A. M. (1989), «Panorama del Derecho de Obligaciones y Contratos», en CASTÁN TOBEÑAS, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 594, septiembre-octubre, pág. 1454]. Por su parte, MENÉNDEZ MATO distingue en función de las características de quienes participan en las negociaciones, dado que cuando están presentes

consumidores, el respeto de específicos deberes durante este periodo deriva directamente de la normativa del Derecho de Consumo; sin embargo, cuando la formación del contrato tiene lugar fuera del ámbito de una relación de consumo, resultará aplicable la norma general del artículo 1255 del Código Civil, que —según el mencionado autor— establece los límites al correcto ejercicio de la libertad de contratación, los cuales exigen que la actuación de las partes no contradiga las leyes, la moral, ni el orden público. Al referirse a las leyes, alude al Derecho imperativo, dentro del que se incluye el principio general de la buena fe, de tal modo que la conducta de los negociantes habrá de ajustarse a la buena fe [MENÉNDEZ MATO, J. C. (1998), *La oferta contractual*, Pamplona, Ed. Aranzadi, págs. 220 y 221].

<sup>10</sup> ROUSSEAU ensalza la función del legislador, como hombre excepcional que debe ser: «Le Législateur est à tous égards un homme extraordinaire dans l'Etat. S'il doit l'être par son génie, il ne l'est pas moins par son emploi» [ROUSSEAU, J. J. (1762), *Du contract social; ou, Principes du Droit Politique*, Ámsterdam, chez Marc Michel Rey, pág. 85].

<sup>11</sup> Sobre esta materia, vid. BANAKAS, S. (2009), «Liability for Contractual Negotiations in English Law: Looking for the Litmus Test», en *InDret*, 1/2009, febrero de 2009, disponible en [http://www.indret.com/pdf/605\\_en.pdf](http://www.indret.com/pdf/605_en.pdf), pág. 5. Según explica este autor (*op. cit.*, pág. 6), la «buena fe» como principio que guía la formación y ejecución de los contratos visitó Inglaterra en la Edad Media bajo la influencia del Derecho Canónico; sin embargo, hacia el siglo XIX, y al menos por cuanto al *Common Law* se refiere, la hiperactividad comercial de los mercaderes ingleses y la actitud liberal que prevalece en la jurisprudencia de los tribunales redujeron su importancia en el Derecho de Contratos a una regla de «clearly subjective, “good faith purchase”» (adquisición de buena fe).

<sup>12</sup> Según expresa MUMMERY, L. J., en el caso *Cobbe v Yeomans Row Management Ltd.* [2006] EWCA Civ 1139 [2006] 1 WLR 2964: «Under English law there is no general duty to negotiate in good faith»; no obstante, prosigue, hay «plenty of other ways of dealing with particular problems of unacceptable conduct occurring in the course of negotiations without unduly hampering the ability of the parties to negotiate their own bargains without the intervention of the Courts».

<sup>13</sup> Cfr. BANAKAS, *op. cit.*, págs. 8 y 16 a 18. Hemos de advertir que el panorama del Derecho inglés en materia de responsabilidad precontractual en el ámbito del Derecho de Consumo resulta parangonable al del resto de Estados comunitarios, dada la transposición que se ha llevado a efecto de las Directivas de Unión Europea sobre protección de consumidores y usuarios.

<sup>14</sup> Aunque el legislador italiano nada ha precisado en relación con el carácter subjetivo u objetivo de la buena fe requerida en el artículo 1337 del *Codice civile*, la doctrina italiana se ha decantado mayoritariamente por su configuración objetiva. Vid., v.gr., GALGANO, F. (1999), *Diritto Civile e Commerciale*, vol. II, T. I, 3.<sup>a</sup> ed., Padova, Cedam, págs. 547 a 551; MONATERI, P. G. (1998), *La responsabilità contrattuale e precontrattuale*, Torino, UTET, págs. 375 y 376; SACCO, R. (1982), en P. RESCIGNO (dir.), *Trattato di Diritto Privato*, vol. 10, T. 2.<sup>o</sup>, Torino, UTET, pág. 356; OSTI, G. (1957), Voz «Contratto», en *Novissimo Digesto Italiano*, T. IV, 3.<sup>a</sup> ed., Torino, UTET, pág. 514; 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, págs. 203 y 204; CRISCUOLI, *op. cit.*, pág. 141; MIRABELLI, G. (1980), «Commentario del Codice Civile», redatto a cura di magistrati e docenti, *Delle obbligazioni. Dei contratti in generale: artt. 1321-1469*, 3.<sup>a</sup> ed., Torino, UTET, págs. 114 y 115; STELLA RICHTER, G. (1996), *La responsabilità precontrattuale*, Torino, UTET, pág. 8.

<sup>15</sup> Esta es la posición mayoritariamente sostenida en nuestra doctrina. Vid., entre otros, ASUA GONZÁLEZ, C. I. (1989), *La culpa in contrahendo*, Bilbao, Servicio Editorial Universidad del País Vasco, págs. 205, 206 y 293; 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. 173 y 180; MEDINA ALCOZ, M. (2005), «La ruptura injustificada de los tratos

preliminares: notas acerca de la naturaleza de la responsabilidad precontractual», en *Revista de Derecho Privado*, núm. 5-6, mayo-junio, recurso electrónico accesible en <http://vlex.com/vid/ruptura-injustificada-precontractua-289829>. En relación con la buena fe contractual *ex* artículo 1258 del Código Civil, nuestra jurisprudencia se ha manifestado claramente partidaria de la concepción objetiva de la misma. Así, por ejemplo, en la STS de 30 de enero de 2003 (*RJ* 2024) y en las en ella aludidas.

<sup>16</sup> ALONSO PÉREZ, *op. cit.*, pág. 890; a pesar de ello, entiende que un comportamiento meramente culposo o negligente daría lugar a una hipótesis de responsabilidad aquiliana —*ex* art. 1902 CC—, si bien no típicamente precontractual. En la doctrina italiana, vid., entre otros, DE CUPIS, A. (1979), *Il danno. Teoria generale della responsabilità civile*, vol. I, 3.ª ed., Milano, Giuffrè, págs. 124 a 126. Sin embargo, MIRABELLI (*op. cit.*, pág. 115) considera que la expresión «mala fe» no es más que lo opuesto a la «buena fe», de tal forma que si esta última locución es empleada como sinónimo de «corrección», mala fe ha de entenderse como «incorrección». Es decir, como inobservancia, aunque debida a negligencia, de las reglas de corrección.

<sup>17</sup> 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, págs. 19 a 36; YZQUIERDO TOLSADA, M. (1988), «De nuevo sobre la buena fe», en *Anuario de la Facultad de Derecho*, núm. 6, Universidad de Extremadura, Cáceres, pág. 639.

<sup>18</sup> Como manifestación de estas discusiones, vid. el debate recogido en el *Anuario de la CNUDMI*, vol. IX, 1978, págs. 39 y 40.

<sup>19</sup> QUINONES asevera que ya en la versión de 2004 la buena fe se vio reforzada, al incluir la prohibición de *venire contra factum proprium* en el artículo 1.8, donde se veda la posibilidad de defraudar la confianza generada en la otra parte; esta norma, según indica esta autora, se halla destinada a sancionar los comportamientos desleales. Al hablar del DCFR, esta misma autora alude a la dimensión subjetiva y objetiva de la expresión *good faith and fair dealing* [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. 384 a 386 y 398].

<sup>20</sup> Vid. el comentario al artículo 2.1.15 (que no ha variado), en *Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales 2004*, editado por el INSTITUTO INTERNACIONAL PARA LA UNIFICACIÓN DEL DERECHO PRIVADO (UNIDROIT), Roma, 2007, pág. 61.

<sup>21</sup> 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, págs. 115 y 116. Vid., asimismo, DÍEZ-PICAZO, ROCA TRÍAS, E. y MORALES MORENO, A. M. (2002), *Los principios del Derecho Europeo de Contratos*, Madrid, Ed. Civitas, pág. 157.

<sup>22</sup> PANTALEÓN PRIETO, F. (2011), «Responsabilidad precontractual: propuestas de regulación para un futuro Código Latinoamericano de Contratos», en *Anuario de Derecho Civil*, T. LXIV, fasc. III, pág. 911.

<sup>23</sup> Señala NASARRE que el proyectado artículo 1245 de la *Propuesta de Modernización* sigue la misma dirección que el artículo II.-3:301 DCFR [NASARRE AZNAR, S. (2012), «Marketing y deberes precontractuales», en A. VAQUER ALOY, E. BOSCH CAPDEVILA, M.ª P. SÁNCHEZ GONZÁLEZ (coord.), *Derecho europeo de contratos: Libros II y IV del Marco Común de Referencia*, vol. 1. Barcelona, Atelier, pág. 257]. No obstante, en el precepto programado en nuestro país no se incluye un inciso como el previsto al final del artículo II.-3:301(2) DCFR (*This duty may not be excluded or limited by contract*), que, en opinión de PANTALEÓN (*Responsabilidad precontractual...*, cit., págs. 910 y 911), carece de sentido. En relación con este punto, podemos advertir que en el artículo 1212 de la *Propuesta de Modernización* se admiten expresamente, en materia contractual, las reducciones y supresiones del deber de resarcimiento, siempre que este no obedezca a un incumplimiento doloso (salvo, naturalmente, en materia de condiciones generales con consumidores y usuarios). Por consiguiente,



parece lógico pensar que este mismo escenario puede pactarse para el propio desarrollo de los tratos preliminares.

<sup>24</sup> MORALES MORENO (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, pág. 418.

<sup>25</sup> LARIOS MOREU, 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, pág. 89.

<sup>26</sup> 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, pág. 117. En nuestra doctrina, vid. VALÉS DUQUE, P. (2012), *La responsabilidad precontractual*, Madrid, Ed. Reus, pág. 115.

<sup>27</sup> STELLA RICHTER, *op. cit.*, pág. 8. Según explica SACCO (*Trattato di Diritto Privato*, cit., pág. 358) el legislador ha de optar: a) puede tratar de multiplicar las normas para contemplar todos los posibles supuestos; b) puede, con su silencio, dejar vía libre para las analogías *legis e iuris*; y c) puede recurrir a una norma general y elástica. A nuestro juicio, esta última es la respuesta más acertada a la cuestión.

<sup>28</sup> Este deber de información puede trascender, según DEL OLMO, a las propias partes del futuro contrato y afectar a otros sujetos relacionados con el mismo (la llamada responsabilidad derivada del folleto) [DEL OLMO GARCÍA, P. (2001), «Responsabilidad por daño puramente económico causado al usuario de informaciones falsas», en *Anuario de Derecho Civil*, T. LIV, fasc. I, recurso electrónico accesible en <http://vlex.com/vid/380133>]. Por su parte, PANTALEÓN (*Responsabilidad precontractual...*, cit., pág. 904) considera inapropiado incardinar en la responsabilidad precontractual las hipótesis de responsabilidad de asesores y expertos que hayan influido en las negociaciones o en la celebración del contrato, pero que no sean «parte contractual», en contra de lo preceptuado en el § 311.3 BGB [*«Ein Schuldverhältnis mit Pflichten nach § 241 Abs. 2 kann auch zu Personen entstehen, die nicht selbst Vertragspartei werden sollen. Ein solches Schuldverhältnis entsteht insbesondere, wenn der Dritte in besonderem Maße Vertrauen für sich in Anspruch nimmt und dadurch die Vertragsverhandlungen oder den Vertragsschluss erheblich beeinflusst»* (Una relación obligatoria con deberes según el § 241.2 también puede surgir para personas que no deben ser partes contractuales. Esta relación obligatoria nace, en particular, cuando el tercero reclama para sí confianza en un grado especial y a través de ello influye significativamente en las negociaciones contractuales o en la celebración del contrato)].

<sup>29</sup> Vid., por todos, DE LA MAZA GAZMURI, Í. (2010), «Casos realmente difíciles: los deberes precontractuales de información y las consideraciones de eficiencia», en *Anuario de Derecho Civil*, T. LXIII, fasc. IV, págs. 1710 a 1712.

<sup>30</sup> DE LA MAZA, *Casos realmente difíciles...*, cit., págs. 1712 a 1715.

<sup>31</sup> DE LA MAZA (2010), *Los límites del deber precontractual de información*, Cizur Menor, Civitas-Thomson Reuters, pág. 59.

<sup>32</sup> BASOZABAL ARRUE, X. (2009), «En torno a las obligaciones precontractuales de información», en *Anuario de Derecho Civil*, T. LXII, fasc. II, págs. 664 y 665.

<sup>33</sup> No obstante, como puntualiza DE LA MAZA (*Los límites...*, cit., pág. 63), en el ámbito de los vicios redhibitorios, la resolución contractual es una consecuencia de la presencia de vicios ocultos, pero, al no requerir que el vendedor los conociera o debiera conocer, no constituye una consecuencia de la infracción de un deber precontractual de información. Sin embargo, sí lo será en las hipótesis en las que el vendedor conocía los vicios o defectos ocultos (de hecho, en tales supuestos, en el segundo párrafo del art. 1486 CC se conceden al comprador no solo las acciones edilicias, sino también, de manera complementaria, una indemnización de los daños y perjuicios).



<sup>34</sup> Vid., v.gr., CABANILLAS SÁNCHEZ, A. (1995), «El ámbito de la responsabilidad precontractual o culpa in contrahendo», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 628, mayo-junio, págs. 774 a 779. Lleva a cabo un detenido análisis sobre las hipótesis de responsabilidad precontractual cuando el contrato es válido: la víctima del error imputable a la otra parte o del dolo no anula el contrato, y se limita a solicitar la indemnización de daños y perjuicios; la responsabilidad por dolo incidental (responsabilidad del vendedor que conocía los vicios o defectos y no los manifestó al comprador; responsabilidad del vendedor que no hace constar en la escritura que la cosa vendida está gravada con carga o servidumbre no aparente; responsabilidad del vendedor de mala fe en caso de evicción; responsabilidad del cedente de mala fe en la cesión de créditos; responsabilidad del comodante por no comunicar dolosamente al comodatario los vicios de la cosa prestada; responsabilidad del depositante por los perjuicios que la cosa depositada produzca al depositario).

<sup>35</sup> Vid. la magnífica y detallada exposición efectuada por BASOZABAL, *op. cit.*, págs. 665 a 674.

<sup>36</sup> A raíz del *credit crunch* del año 2008, ciertas entidades trataron de iniciar una recapitalización que comenzaba a resultarles imprescindible, después de unos años de prosperidad y de una poco cuidadosa concesión de créditos. Este panorama propició la emisión y publicación masiva de participaciones preferentes en el año 2009 en el mercado minorista, dada la apremiante necesidad de reforzar los recursos propios de algunas entidades financieras. Según señaló la CNMV, en su informe del año 2009: «Ante las dificultades de colocación de estos instrumentos en los mercados mayoristas, una parte sustancial de las emisiones de las entidades españolas se ha dirigido al mercado minorista, distribuyéndose a través de la red comercial de las propias entidades».

<sup>37</sup> La polémica tiene su origen en la colocación de participaciones preferentes entre «inversores minoristas», que es la terminología que emplea la vigente *Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores*, para referirse a quienes no son «inversores profesionales» (cfr. art. 78 bis LMV): es decir, para los ahorradores particulares, que deben ser considerados «consumidores y usuarios». Resulta muy reveladora la importante STS de 18 de abril de 2013 (RJ 3387) en relación con las cualidades subjetivas del inversor y el deber precontractual de informar [cita la sentencia del Bundesgerichtshof (Tribunal Supremo Federal alemán) de 22 de marzo de 2011, en el asunto con referencia XI ZR 33/10].

<sup>38</sup> Reveladoras resultan, en este sentido, las palabras del Presidente de la CNMV (1 de febrero de 2012), cuando afirmó que por algunas entidades de crédito se estaban comercializando indebidamente tales productos, haciendo creer a los inversores que equivalían a depósitos a plazo fijo. Estas palabras hacen que debamos plantearnos, precisamente, el papel del Banco de España y de la CNMV en relación con la comercialización de estos productos complejos.

<sup>39</sup> Como consecuencia de ello, la CNMV publicó lo siguiente en su informe de 2009: «Debido al desconocimiento de los inversores, puesto de manifiesto a través de las consultas, se publicó un folleto informativo sobre las participaciones preferentes, resaltando, especialmente, su carácter perpetuo, su liquidez limitada y la posibilidad de que su valor de mercado en un momento dado sea inferior al precio de adquisición».

<sup>40</sup> Paradigmática resulta la STS de 18 de abril de 2013 (RJ 3387), pues en ella se exige a la entidad que alerte al cliente de «la incoherencia existente entre el perfil de riesgo elegido (...) y los productos de inversión aceptados (...) y de este modo asegurarse que la información facilitada al cliente es clara y ha sido entendida».

<sup>41</sup> DE LA MAZA, a lo largo de toda la obra *Los límites...*, cit.

<sup>42</sup> Gozan también de interés, relacionados con estos preceptos, los artículos 1301 y 1302 de la *Propuesta de Modernización*, que resultan novedosos.

<sup>43</sup> Volvemos sobre el tema en el epígrafe destinado a los remedios frente a la vulneración de la *bona fides in contrahendo*, encuadrado dentro de la Parte II de este trabajo, que será publicado en un próximo número de la *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*.

<sup>44</sup> En los artículos II.-3:103, II.-3:104 y II.-3:105 DCFR se regula la información que ha de proporcionarse si se produce la conclusión del contrato con un consumidor en situación

de desventaja, en caso de comunicación inmediata y, finalmente, cuando se celebra a través de medios electrónicos.

<sup>45</sup> Vid. BASOZÁBAL (*op. cit.*, págs. 680 a 682), quien, por otra parte, manifiesta que las reglas y soluciones recogidas en el DCFR no resuelven todos los casos. Resulta muy interesante el comentario al artículo II.-3:109 DCFR efectuado por sus redactores, 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, pág. 264: «This Article provides for several categories of remedies for breach of information duties stated in Book II, Chapter 3, Section 1. The first remedy, which is only available for violations of II.-3:103 (Duty to provide information when concluding a contract with a consumer who is at a particular disadvantage), is a delay in the commencement of the period for the exercise of an existing right to withdraw [paragraph (1)]. Secondly, the failure to fulfil any duty under this Section of this Chapter may also affect the substance of the obligations assumed under the contract and may result in the incorrect performance or non-performance of contractual obligations [paragraph (2)]. The third remedy, which also applies to all information duties in this Section, is a right to damages for loss caused by the failure to inform [paragraph (3)]. Finally, it is made clear by paragraph (4) that remedies for mistake are not affected. Under II.-7:201 (Mistake) paragraph (1)(b)(iii) a party may be able to avoid a contract for mistake if the other party caused the contract to be concluded in error by failing to comply with a pre-contractual information duty» (cfr., asimismo, artículo II.-7:204 DCFR). Posteriormente (*op. cit.*, pág. 265), aclara: «The remedies available for breach of pre-contractual information duties are partially found in other parts of contract law, related both to business-to-consumer relations as well as to other contractual relationships. In some situations an omission to give information can be misleading in a way that makes the general provisions on validity of contracts or on unfair contract terms applicable. Failure to comply with the duties in this Section may have consequences within existing validity rules, e.g. when establishing whether there has been legal intention, fraud, etc., although those consequences may not amount to remedies in the strict sense. In other situations the omission can lead to such a difference between the other party's expectations and the actual performance that remedies for non-performance of contractual obligations may be available. In particular, if the omission to provide information leads to a situation in which the other party concludes a contract misinformed about some relevant fact, this party in a contract of sale has the ordinary remedies for lack of conformity». Hemos de recordar que la disciplina del dolo, como vicio del consentimiento, se halla recogida en los artículos II.-7:205 y siguientes DCFR (especial interés tienen los artículos II.-7:212 a II.-7:216).

<sup>46</sup> Vid. BASOZÁBAL, *op. cit.*, págs. 674 a 679. Sobre la regulación del deber precontractual de información en los textos internacionales, vid. 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», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 738, julio-agosto, págs. 2299 a 2313.

<sup>47</sup> Este deber goza ya de plasmación legal en la *Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal* (en concreto, en sus arts. 2.3 y 13.1). Incluso, tal conducta podría tener relevancia penal, *ex artículo 279 del Código Penal*.

<sup>48</sup> Señala LARIOS (*op. cit.*, págs. 50 y 86) que no acaba de comprender cómo cabe determinar en qué medida se puede revelar o utilizar la información confidencial recibida por remisión al contenido del contrato celebrado.

<sup>49</sup> Los términos del artículo 412-1 de la Propuesta de Código Mercantil española son más genéricos que los de la *Propuesta de Modernización* de nuestro Código Civil.

<sup>50</sup> Díez-PICAZO, ROCA TRÍAS y MORALES MORENO (*op. cit.*, pág. 200) hablan de un resarcimiento integral, en el que se incluiría la restitución de enriquecimientos injustificados y daños adicionales no cubiertos por el interés negativo. Por su parte, LANDO y BEALE (*op. cit.*,

pág. 194) aclaran que el infractor de este deber habrá de afrontar tal restitución, asimismo, en los casos en los que la otra parte no sufrió ningún perjuicio.

<sup>51</sup> Artículo 6:104 Burgerlijk Wetboek: «*Indien iemand die op grond van onrechtmatige daad of een tekortkoming in de nakoming van een verbintenis jegens een ander aansprakelijk is, door die daad of tekortkoming winst heeft genoten, kan de rechter op vordering van die ander de schade begroten op het bedrag van die winst of op een gedeelte daarvan*» (Si alguien, que es responsable frente a otra persona como consecuencia de un ilícito civil o de un defecto en el cumplimiento de una obligación, ha obtenido un beneficio debido a este ilícito civil o incumplimiento, el tribunal podrá, a solicitud del perjudicado, estimar el daño de acuerdo con el monto de este beneficio o una parte del mismo).

<sup>52</sup> Vid. la exposición brindada por ALONSO PÉREZ, *op. cit.*, págs. 909 y 910.

<sup>53</sup> RG v. 7 de diciembre de 1911 (RGZ 78, 239: *Linoleumrollenfall*): «Antrag auf Vorlegung des Teppichs und Annahme des Antrags bezweckten die Hervorbringung eines Kaufs, also eines rechtsgeschäftlichen Erfolges. Dies war kein bloß tatsächlicher Vorgang, wie ihn etwa eine reine Gefälligkeitshandlung darstellen würde, sondern es entstand ein den Kauf vorbereitendes Rechtsverhältnis zwischen den Parteien, das einen vertragsähnlichen Charakter trägt und insofern rechtsgeschäftliche Verbindlichkeiten erzeugt hat, als dem Verkäufer wie dem Kauflustigen die Pflicht erwuchs, bei der Vorlegung und der Besichtigung der Ware die gebotene Sorgfalt für die Gesundheit und das Eigentum des andern Teils zu beobachten» (La solicitud de exhibición de la alfombra y la aceptación de dicha solicitud tenían el objetivo de originar una compra, es decir, un resultado negocial. Esto no fue ningún simple fenómeno fáctico, como lo constituiría un mero acto de cortesía, sino que surgió una relación jurídica preparatoria de la venta entre las partes, vestida con un carácter similar al contractual y que ha generado obligaciones negociales, como se originó el deber tanto para el vendedor como para los compradores, durante la exhibición y el examen de la mercancía, de observar la diligencia debida en relación con la salud y el patrimonio de la otra parte).

<sup>54</sup> § 241.2 BGB: «*Das Schuldverhältnis kann nach seinem Inhalt jeden Teil zur Rücksicht auf die Rechte, Rechtsgüter und Interessen des anderen Teils verpflichten*» (Una relación obligatoria podrá también, en función de su contenido, obligar a cada parte a tomar en consideración los derechos, bienes jurídicos y los intereses de la otra parte).

<sup>55</sup> § 311.2 BGB: «*Ein Schuldverhältnis mit Pflichten nach § 241 Abs. 2 entsteht auch durch 1. die Aufnahme von Vertragsverhandlungen, 2. die Anbahnung eines Vertrags, bei welcher der eine Teil im Hinblick auf eine etwaige rechtsgeschäftliche Beziehung dem anderen Teil die Möglichkeit zur Einwirkung auf seine Rechte, Rechtsgüter und Interessen gewährt oder ihm diese anvertraut, oder 3. ähnliche geschäftliche Kontakte*» (Una relación obligatoria con deberes según el § 241.2 también surge por: 1. El comienzo de negociaciones contractuales. 2. La puesta en marcha de un contrato, donde una de las partes, a propósito de una potencial relación contractual, concede a la otra parte la posibilidad de afectar sus derechos, bienes jurídicos y otros intereses, o se los encomienda, o 3. Contactos negociales similares).

<sup>56</sup> Vid. PANTALEÓN, *Responsabilidad precontractual...*, cit., pág. 903; MANZANARES SECANES, A. (1984), «La responsabilidad precontractual en la hipótesis de ruptura injustificada de las negociaciones preliminares», en *Anuario de Derecho Civil*, T. XXXVII, fasc. III, pág. 745. Por su parte, CARRASCO únicamente pone de relieve que la posible *culpa in contrahendo* derivada de la infracción de estos deberes de protección habrá de someterse al régimen de la responsabilidad extracontractual [CARRASCO PERERA, Á. (1989), «Comentario al artículo 1101», en M. ALBALADEJO GARCÍA (dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, T. XV-1.º, Madrid, Edersa (recurso electrónico accesible en <http://vlex.com/vid/228506>)]. En la doctrina italiana, vid. la crítica realizada por BENATTI, F. (1963), *La responsabilità precontrattuale*, Milano, Giuffrè, págs. 79 a 84 (entre los deberes precontractuales no incluye los de protección). Para SCOGNAMIGLIO (*op. cit.*, pág. 207), de tales hechos lesivos solo puede derivarse responsabilidad aquiliana.

<sup>57</sup> Cfr., v.gr., SSTs de 30 de diciembre de 1992 (RJ 10559) y de 29 de febrero de 1996 (RJ 1612), en un caso muy similar al abordado en la antedicha decisión del *Reichsgericht*.

<sup>58</sup> Vid. ARENAS GARCÍA, R. (2008), «La regulación de la responsabilidad precontractual en el Reglamento Roma II», en *Indret*, 4/2008, octubre de 2008, disponible en [http://www.indret.com/pdf/590\\_es.pdf](http://www.indret.com/pdf/590_es.pdf), págs. 12 y 13.

<sup>59</sup> FAGGELLA (1909), «Fondamento giuridico della responsabilità in tema di trattative contrattuali», en *Archivio Giuridico «Filippo Serafini»*, Terza Serie-Vol. XI, Roma, págs. 128 a 150.

<sup>60</sup> Cfr. artículo 2:301(1) PECL, artículo II.-3:301(1) DCFR, artículos 1.1 y 2.1.15(1) Principios UNIDROIT y artículo 6.1 Código de Pavia.

<sup>61</sup> Como advierte SCOGNAMIGLIO (*op. cit.*, pág. 210), lo mismo ha de decirse si alguien conduce las negociaciones de tal forma que provoca el abandono de las mismas por la otra parte. Como afirma SACCO (*Trattato di Diritto Privato*, cit., págs. 357 a 359), «tale agione di responsabilità sussiste tutte le volte che si induce altri a condurre una trattativa su oggetto non realizzabile».

<sup>62</sup> En contra de nuestra aseveración, en la STS de 14 de diciembre de 2012 (*RJ* 2013/376) se señala: «...no se aprecia mala fe en la actuación de la demandada, único caso en que cabría considerar una posible responsabilidad por culpa *in contrahendo*».

<sup>63</sup> Vid. comentarios del INSTITUTO INTERNACIONAL PARA LA UNIFICACIÓN DEL DERECHO PRIVADO (UNIDROIT), cit., págs. 62 y 63. Como consecuencia de la ya referida ausencia en el Derecho inglés de un deber general de conducirse conforme a la buena fe en las negociaciones, suele hacerse alusión, en contra de la concepción de los tratos preliminares acogida en los textos internacionales y proyectada en nuestro país, a la categórica argumentación de Lord Ackner, en el caso *Martin Walford v Charles Miles* [1992] ADR.L.R. 01/23: «The reason why an agreement to negotiate, like an agreement to agree, is unenforceable is simply because it lacks the necessary certainty. The same does not apply to an agreement to use best endeavours. This uncertainty is demonstrated in the instant case by the provision which it is said has to be implied in the agreement for the determination of the negotiations. How can a court be expected to decide whether, *subjectively*, a proper reason existed for the termination of negotiations? The answer suggested depends upon whether the negotiations have been determined “in good faith”. However, the concept of a duty to carry on negotiations in good faith is inherently repugnant to the adversarial position of the parties when involved in negotiations. Each party to the negotiations is entitled to pursue his (or her) own interest, so long as he avoids making misrepresentations. To advance that interest he must be entitled, if he thinks it appropriate, to threaten to withdraw from further negotiations or to withdraw in fact in the hope that the opposite party may seek to reopen the negotiations by offering him improved terms. Mr Naughton, of course, accepts that the agreement upon which he relies does not contain a duty to complete the negotiations. But that still leaves the vital question: how is a vendor ever to know that he is entitled to withdraw from further negotiations? How is the court to police such an “agreement”? A duty to negotiate in good faith is as unworkable in practice as it is inherently inconsistent with the position of a negotiating party. It is here that the uncertainty lies. In my judgment, while negotiations are in existence either party is entitled to withdraw from these negotiations, at any time and for any reason. There can be thus no obligation to continue to negotiate until there is a “proper reason” to withdraw. Accordingly, a bare agreement to negotiate has no legal content».

<sup>64</sup> Por cuanto a las dudas surgidas en la exégesis de un contrato, en la STS de 8 de junio de 1972 (*ROJ* 2359) se señala que «entraría en juego lo preceptuado en el artículo 1289, que ordena resolverlas en favor de la mayor reciprocidad de intereses, sobre todo cuando se trata de la renuncia de determinados derechos por parte de alguno de los contratantes, que para ser válida debe acreditarse de manera explícita, clara y terminante (sentencias de 13 de marzo de 1950 y 4 de octubre de 1962), sin que pueda deducirse de expresiones o actos de equívoca significación». En cualquier caso, se trata de una materia de orden fáctico, cuya apreciación corresponde a los jueces de instancia, de tal manera que estos pueden llegar a considerar que la fijación de un plazo de vigencia de la propuesta contractual significa inequívocamente, en un caso en concreto, la dotación a la misma de carácter irrevocable. No obstante, en nuestra opinión, para llegar a un pronunciamiento de este tenor, habrá de operarse con gran cautela y rigor.

<sup>65</sup> Piénsese, por ejemplo, en el supuesto en el que el oferente determina un plazo amplio de vigor de su propuesta (v.gr., un mes), pero la revoca el mismo día de su recepción y toma de conocimiento por su destinatario.

<sup>66</sup> NEVONI, R. (1992). «L'art. 1337 cod. civ. e il recesso unilaterale dalla trattativa (comento a Trib. di Cremona 6 giugno 1991)», en *Foro padano*, T. I, pág. 457.

<sup>67</sup> Vid., v.gr., STS de 14 de junio de 1999 (RJ 4105). No obstante, según CARRASCO, no aclara cuál es el estándar de «justificación» que ha de manejarse para considerar reprochable la ruptura, cuando se haya suscitado confianza tutelable en la otra parte: «el aplicador del Derecho queda sin elementos de juicio suficientes para construir una regla con alcance general» [CARRASCO (2005), «Cartas de intenciones, precontratos, responsabilidad in contrahendo y obligatoriedad de los tratos en la Jurisprudencia Española», en *Aranzadi Civil*, 21/2005, recurso electrónico BIB 2005/2648, accesible en [www.westlawinsignis.es](http://www.westlawinsignis.es)].

<sup>68</sup> CARRASCO, *Cartas de intenciones...*, cit.

<sup>69</sup> BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*, cit., págs. 54 y 55; SACCO, *Trattato di Diritto Privato*, cit., págs. 357 a 359; MIRABELLI, *op. cit.*, pág. 115; ALBERICI, A. (1982), «Il dovere precontrattuale di buona fede», en *Rassegna di Diritto Civile*, pág. 1061. En contra de esta lectura, ASUA (*op. cit.*, pág. 221), cree que la opinión de ALBERICI «no es sino un circunloquio innecesario y que puede, además, contribuir a oscurecer los perfiles del supuesto que se estudia. Como ya se ha indicado, nadie está obligado a contratar y por ello ningún reproche que pueda hacerse a su conducta precontractual le podrá llevar a vincularse al contrato; sin embargo, y por otro lado, es un hecho que quien se considera perjudicado en un caso de interrupción de tratos se siente defraudado porque concretamente confiaba en que el contrato se llevaría a cabo, lo cual no obsta para que ello vaya acompañado de una más general confianza en la corrección y lealtad de la otra parte en la negociación».

<sup>70</sup> Vid., por todos, GALGANO, *op. cit.*, pág. 551.

<sup>71</sup> También se puede extraer esta misma idea de los comentarios del INSTITUTO INTERNACIONAL PARA LA UNIFICACIÓN DEL DERECHO PRIVADO (UNIDROIT), cit., págs. 62 y 63: «... especialmente del grado de confiabilidad que una parte pueda obtener, como resultado de la conducta de la otra parte, de alcanzar un resultado positivo en las negociaciones...».

<sup>72</sup> STELLA RICHTER, *op. cit.*, pág. 29; GALGANO, *op. cit.*, pág. 551.

<sup>73</sup> De hecho, es una idea que se desprende de los comentarios del INSTITUTO INTERNACIONAL PARA LA UNIFICACIÓN DEL DERECHO PRIVADO (UNIDROIT), cit., págs. 62 y 63: «En qué momento se llega al punto en que ya no es posible dar marcha atrás depende, por supuesto, de las circunstancias del caso, especialmente del grado de confiabilidad que una parte pueda obtener, como resultado de la conducta de la otra parte, de alcanzar un resultado positivo en las negociaciones, como así también depende de la cantidad de puntos relacionados con el futuro contrato sobre los cuales las partes ya han llegado a un acuerdo».

<sup>74</sup> En relación con esta materia, resulta interesante una decisión de la Sala de lo Social de nuestro Tribunal Supremo, la STS de 9 de marzo de 1998 (RJ 2372), donde se concluye: «Los citados acuerdos, “con la eficacia de lo acordado en convenio”, según la expresión del legislador, no hacen otra cosa que reproducir la obligación establecida en el artículo 89.1 del Estatuto de los Trabajadores [ambas partes estarán obligadas a negociar bajo el principio de la buena fe]. Existe, de conformidad con dicho precepto, y lo imponen los acuerdos que nos ocupan, el deber de negociar, que ha de efectuarse bajo el principio de la buena fe, pero no se impone en el Estatuto ni se puede exigir en los acuerdos a los que se refieren las actuaciones, que se alcance un consenso de voluntades. Indudablemente en un proceso negociador, se van produciendo acuerdos en aspectos parciales de esa finalidad de alcanzar pactos que persiguen los interesados en la negociación, pero ese concierto en el consentimiento, salvo decisión expresa de los interesados carece de valor si no se logra el acuerdo global que desean los negociadores. (...) Finalmente hay que destacar que en ningún momento la empresa negó la existencia de dichos pactos, ni la validez previa de los mismos, condicionada como hemos visto al acuerdo global. Existe la obligación de negociar y respetar mientras los acuerdos que se fuesen alcanzando, en tanto en cuanto, no estén condicionados al acuerdo total. Estamos

ante un proceso en el que la voluntad de las partes no puede ser sustituida por decisión judicial...». Según CARRASCO (*Cartas de intenciones...*, cit.), esta es, sin duda, la sentencia más importante producida en el Derecho español sobre los tratos preliminares.

<sup>75</sup> MANZANARES, *op. cit.*, pág. 707.

<sup>76</sup> A juicio de PANTALEÓN (*Responsabilidad precontractual...*, cit., pág. 907), no procede ser muy rigurosos al valorar si la razón del abandono resulta justificada o plausible. Sin embargo, sí propugna que la apreciación en torno a la calificación de la confianza en la celebración del contrato como «legítima» se lleve a efecto con rigor.

<sup>77</sup> ASUA, *op. cit.*, pág. 224.

<sup>78</sup> PANTALEÓN, *Responsabilidad precontractual...*, cit., pág. 909.

<sup>79</sup> V.gr., en la STS de 15 de junio de 2009 (RJ 3394) se señala con rotundidad: «La aplicación de la responsabilidad por la concurrencia de tratos preliminares requiere la prueba de que el daño sufrido es una consecuencia de la mala actuación de la parte que lo ha provocado durante el desarrollo de estos tratos preliminares». Vid., asimismo, STS de 14 de junio de 1999 (RJ 4105): «La pretendida falta de diligencia en la participación de las novedades indicadas no es razón para obligar a la recurrente a resarcir unos gastos efectuados por el Ayuntamiento de Alagón por su cuenta y riesgo, y sin seguridad en la plasmación del proyecto, toda vez que la conducta de aquella dependía de la concesión de las subvenciones y su falta de otorgamiento podía eximirla de responsabilidad; sobre dicho particular, la sentencia de primera instancia, no desvirtuada en este espacio por los razonamientos de la de apelación, llega a la conclusión de que la adquisición de los terrenos para ubicar el matadero fueron adquiridos y el préstamo para dicha compra fue concertado antes del conocimiento definitivo del alcance de las ayudas oficiales, lo que presupone un ilógico apresuramiento en la actuación del ente local». En el caso juzgado en la SAP de Valladolid, de 9 de noviembre de 1998 (AC 8974), no hubo acuerdo definitivo, por haber exigido el acreedor un aval con carácter previo a pactar una permuta en la que se obligaría a entregar determinado suelo, y dicha garantía no fue finalmente ofrecida; a pesar de ello, la otra parte comenzó «los trámites necesarios para llevar a cabo la pretendida construcción de locales y viviendas, encargando el oportuno proyecto, anunciando su próxima construcción mediante el cartel (...) y gestionando incluso la venta de viviendas». En esta decisión no se otorga indemnización alguna por la ruptura de las negociaciones, al considerarla plenamente justificada, y se infiere que los gastos por las gestiones efectuadas por la parte actora habían de ser por ella afrontados.

*(Trabajo recibido el 5-5-2014 y aceptado  
para su publicación el 16-6-2014)*