

Los deberes de información precontractual en la legislación actual y en las distintas propuestas de modernización del Derecho de Obligaciones

por

FRANCISCO JAVIER JIMÉNEZ MUÑOZ

Profesor Contratado Doctor, acreditado a Profesor Titular de Universidad

Departamento de Derecho Civil

Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED)

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN: LOS DEBERES DE INFORMACIÓN PRECONTRACTUAL
2. LEGISLACIÓN ACTUAL:
 - A) EL DERECHO ESPAÑOL:
 - a) *Los deberes de información precontractual en general*
 - b) *Los deberes en los contratos de consumo: el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*
 - B) EL VIGENTE DERECHO EUROPEO
3. LA PROPUESTA DE MODERNIZACIÓN DEL DERECHO DE OBLIGACIONES Y CONTRATOS DE LA COMISIÓN GENERAL DE CODIFICACIÓN
4. LOS PRIMEROS PROYECTOS SOBRE EL DERECHO EUROPEO DE CONTRATOS Y EL PROYECTO DE MARCO COMÚN DE REFERENCIA:
 - 4.1. LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO EUROPEO DE CONTRATOS, LOS PRINCIPIOS DEL *ACQUIS COMMUNAUTAIRE* Y EL PROYECTO DE PAVÍA
 - 4.2. EL PROYECTO DE MARCO COMÚN DE REFERENCIA

5. EL ESTUDIO DE VIABILIDAD DEL GRUPO DE EXPERTOS Y EL DERECHO DE COMPROVENTA COMÚN EUROPEO

BIBLIOGRAFÍA.

1. INTRODUCCIÓN: LOS DEBERES DE INFORMACIÓN PRECONTRACTUAL

Tradicionalmente, la información que deben proporcionarse entre sí los potenciales contratantes, o uno al otro, con carácter previo o simultáneo a la celebración del contrato¹, era una cuestión de la que tanto los Códigos Civiles como la legislación mercantil prescindían, como sucede en general con toda la fase precontractual. Desde la paradigmática visión «clásica» de igualdad entre las partes contratantes, era una tarea de cada parte informarse debidamente sobre los aspectos de la contratación o de su objeto que considerara necesarios, sin que pudiera entenderse existente tal deber de información de un contratante al otro, salvo en los casos en que esa falta de información pudiera entenderse constitutiva de un dolo omisivo o negativo² o en general de una culpa *in contrahendo*, o

¹ De ahí que, según los autores, se hable de «información precontractual» o de «información contractual», si bien esta segunda denominación abarcaría también la que, en su caso, debiera seguirse proporcionando a lo largo de la vigencia del contrato.

² Si bien parte de la doctrina clásica excluía el dolo omisivo o reticencia dolosa, en la actualidad, como señala Carlos LASARTE (en *Contratos*, T. III de los *Principios de Derecho Civil*, 14.^a ed., Ed. Marcial Pons, Madrid, 2011, pág. 29), cabe entender perfectamente que el resultado concebido como doloso por el artículo 1269 del Código Civil puede alcanzarse mediante una conducta tanto activa como omisiva, lo que asimismo se derivaría del principio de buena fe del artículo 7.1 del Código Civil, y así lo entiende la generalidad de la doctrina: cfr. también CASTRO Y BRAVO, Federico de, *El negocio jurídico*, Ed. Civitas, Madrid, 1985, pág. 152; DÍEZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, vol. I, 6.^a ed., Ed. Civitas, Madrid, 2007, pág. 202; QUIÑONERO CERVANTES, Enrique, «El dolo omisivo», en *RDP*, T. LXIII, abril de 1979, págs. 345-357; MORALES MORENO, Antonio-Manuel, «El dolo como criterio de imputación de responsabilidad al vendedor por los defectos de la cosa», en *ADC*, 1982, págs. 636-638, y «Comentario a los artículos 1269 y 1270», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirs. por Manuel ALBALADEJO y Silvia DÍAZ ALABART, T. XVII, vol. 1 B, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1993, pág. 387; RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco, «Los vicios del consentimiento contractual», en LACRUZ BERDEJO, José Luis *et al.*, *Derecho de Obligaciones (Elementos de Derecho Civil, T. II)*, vol. 1.^º, 3.^a ed., Ed. J. M. Bosch, Barcelona, 1994, pág. 386; y VERDA Y BEAMONTE, José Ramón de, «El dolo *in contrahendo*», en *RdPat*, núm. 16 (2006-I), págs. 43-60. También en ese sentido se ha pronunciado la jurisprudencia, considerando que existiría dolo en los casos en que se produce «la reticencia dolosa del que calla o no advierte debidamente a la otra parte (...) aprovechándose de ello» (entre otras muchas, las SSTS de 6 de junio de 1953, 7 de enero de 1961, 20 de enero de 1964, 26 de octubre de 1981, 9 de septiembre de 1985, 1 de octubre de 1986, 15 de julio de 1987, 18 de julio de 1988, 27 de marzo y 28 de noviembre de 1989, 27 de septiembre de 1990, 11 de mayo de 1993, 29 de marzo de 1994, 27 de noviembre de 1998, 29 de diciembre de 1999, 17 de enero de 2005, 11 de diciembre de 2006, y 11 de

bien causante de un error en el consentimiento de la otra parte (error excusable provocado por la reticencia negligente de quien tenía la información)³, concretándose en una responsabilidad contractual⁴. Es decir, se enfoca esta cuestión

junio y 11 de julio de 2007). En concreto, se ha considerado la existencia de dolo en la falta de información en las SSTS de 26 de octubre de 1981, 30 de junio de 2000; 26 de marzo, 25 de abril y 5 de mayo de 2009 o 5 de marzo y 15 de junio de 2010, y de error en la de 10 de junio de 2010. La de 11 de diciembre de 2006 aclara que también constituye dolo «la reticencia consistente en la omisión de hechos o circunstancias influyentes y determinantes para la conclusión del contrato y respecto de los que existe el deber de informar según la buena fe o los usos del tráfico». Realmente, la reticencia dolosa se contemplaba ya en el Digesto (D. 18, 1, 43, 2) y las Partidas («el callarse engañosamente, non queriendo responder si responde, dice palabras encubiertas, de manera que por ellas non se puede ome guardar del engaño»: Partidas 7, 15, 1).

³ Ha de tenerse en cuenta que no van vinculados error por defectos en la información y culpa *in contrahendo*: no todo error de una parte por ausencia o defectos en la información proporcionada por la otra conllevará una responsabilidad de ésta. Dado que nuestro sistema general de responsabilidad es subjetivo y se basa en la culpa (aquí *in contrahendo*), si la información la proporcionó la contraparte convencida de su corrección (o la omitió por desconocimiento), la concurrencia de error (que cumpla los correspondientes requisitos) permitirá a la parte afectada instar la anulación del contrato, pero no se generará responsabilidad alguna. La anulación por error se basa en el dato objetivo de la incorrección de la información transmitida o su omisión siendo necesaria, mientras que la responsabilidad requiere una culpa o dolo en esa omisión de información o transmisión de una información incorrecta. Así, en la STS de 4 de enero de 1982, se anuló un contrato por el error esencial y excusable provocado por la defectuosa información dada por el vendedor, pese a no concurrir intencionalidad en esos defectos, mientras que rechaza la pretensión de indemnización precisamente por no quedar acreditada la concurrencia de culpa.

⁴ MORALES (en *Incumplimiento del contrato y lucro cesante*, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 2010, págs. 90-91) considera que el tradicional tratamiento jurídico-precontractual del incumplimiento de los deberes de información precontractual no es el más adecuado cuando genera problemas de incumplimiento al proyectarse sobre el objeto y el contenido del contrato, sino que lo más razonable sería integrar en la responsabilidad contractual la lesión tanto del interés en el cumplimiento como del interés de conservación o integridad (interés de cualquier sujeto en que no sean dañados por otro sus bienes, personales o patrimoniales). De este modo, propiamente se trataría de supuestos de incumplimiento contractual, frente a los remedios tradicionales «precontractuales». Lo mismo entiende DÍEZ-PICAZO (en *Derecho de daños*, Ed. Civitas, Madrid, 2000, págs. 265-266), para quien cualquier incumplimiento de los deberes accesorios integrados en la relación contractual (entre ellos, los deberes de información) genera también una responsabilidad contractual. En cambio, Fernando PANTALEÓN (en «Responsabilidad precontractual: propuestas de regulación para un futuro Código Latinoamericano de Contratos», en *ADC*, T. LXIV-III, julio-septiembre de 2011, pág. 902) entiende que, dado que la responsabilidad precontractual es un sector especial de la responsabilidad extracontractual, debe ser ésta, y no la contractual, la que cubra las posibles lagunas de aquella. Para Nieves FENOY PICÓN (en «La modernización del régimen del incumplimiento del contrato. Propuestas de la Comisión General de Codificación. Parte primera: aspectos generales. El incumplimiento», en *ADC*, T. LXIII-I, 2010, pág. 125), el legitimado podría optar en nuestro Derecho (al igual que en los PECL) entre los remedios precontractuales (anulación, culpa *in contrahendo*) y los remedios contractuales por incumplimiento (a diferencia de, por ejemplo, los Principios UNIDROIT donde prevalece la aplicación de los remedios del incumplimiento frente a los del error).

desde un punto de vista negativo: se presume la existencia de una información suficiente del contratante salvo en los supuestos de error o dolo.

Existiría tal dolo cuando se dan a conocer a la otra parte conscientemente informaciones con datos incorrectos, falsos o inexistentes a fin de provocar una equivocación en ella, pero también cuando no se corrigen previas informaciones que posteriormente se conoce que son incorrectas o se crea en la otra parte un estado de confianza en la concurrencia de unas circunstancias realmente inexistentes, o cuando la parte que los conoce silencia conscientemente la información⁵ relativa a la existencia de defectos o circunstancias negativas en el propio contrato o su objeto o las personas de los contratantes⁶ (así, causas de nulidad o invalidez, circunstancias que determinan la inadecuación del bien objeto del contrato al fin —conocido por el poseedor de la información o resultante de las denominadas presuposiciones contractuales⁷— para el que se adquiere, o vicios en la cosa vendida⁸) que sean relevantes en el sentido de determinar a la otra parte a contratar o no, o a hacerlo en esas condiciones⁹. En tal sentido,

⁵ De este modo, la infracción de los deberes de información podrá realizarse mediante un comportamiento activo (transmitiendo una información falsa) u omisivo (no transmitiendo una información que debería haberse comunicado, bien *ex novo* bien corrigiendo informaciones anteriores). No obstante, como pone de manifiesto Esther GÓMEZ CALLE (en *Los deberes precontractuales de información*, Ed. La Ley, Madrid, 1994, pág. 81), mientras que las falsas afirmaciones deberán sancionarse siempre, la sancionabilidad del silencio requiere un previo deber de hablar; por ello, es especialmente importante determinar cuándo existe ese deber de informar, como veremos. No obstante, el que además concurra o no una intencionalidad por parte de quien tenía la información determinará un distinto alcance de la sanción aplicable: anulabilidad o responsabilidad, como vimos *supra* en la nota 3. Por otra parte, la inadmisibilidad de las informaciones falsas no es universalmente defendida, como veremos en su momento que sucede con los defensores de la regla de la deshonestidad óptima.

⁶ Cfr. ALONSO PÉREZ, Mariano, «La responsabilidad precontractual», en *RCDI*, núm. 485, julio-agosto de 1971, págs. 907-908; GÓMEZ CALLE, «Los deberes precontractuales...», *op. cit.*, págs. 102-117; MAZA GAZMURI, Iñigo de la, «Casos realmente difíciles: los deberes precontractuales de información y las consideraciones de eficiencia», en *ADC*, T. LXIII-IV, 2010, pág. 1709; y VERDA, «La reticencia en la formación del contrato», en *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 11, enero de 2011, pág. 134. El supuesto es expresamente contemplado por el artículo 1338 del *Codice italiano*: «La parte che, conoscendo o dovendo conoscere l'esistenza di una causa d'invalidità del contratto, non ne ha dato notizia all'altra parte è tenuta a risarcire il danno da questa risentito per avere confidato, senza sua colpa, nella validità del contratto».

⁷ Es decir, los datos de la realidad que son tomados por los contratantes como fundamento de su decisión de contratar y de estructurar sus intereses en el contrato.

⁸ Vid. artículo 1486.II del Código Civil. Como vemos, se establece en tal sentido un deber precontractual de información, que si el vendedor incumple implicaría una actuación dolosa.

⁹ En cuanto a si ha de entenderse existente un deber de confianza en la apariencia que da la otra parte sobre las condiciones del objeto del contrato, existe una jurisprudencia discrepante, en especial en relación con la situación urbanística y registral de inmuebles (existencia de gravámenes o situaciones urbanísticas no declaradas por el vendedor ni comprobadas por el comprador a través de consulta al Registro) y la posible aplicación del artículo 1483 del Código Civil, pues mientras algunas sentencias entienden que no hay obligación de dudar de la buena fe del vendedor, eximiendo al comprador por no comprobar la realidad de las afir-

es relevante la concurrencia de la cognoscibilidad del error de la otra parte y de su excusabilidad o imputabilidad¹⁰: en este sentido, el contratante no errado que transmite la información incorrecta o que conoce la falsa representación que la otra parte se hizo de ella, ha debido conocer el carácter determinante de la celebración del contrato (la propia celebración, o hacerlo en esas condiciones) del contenido de esa información para la otra parte, y tal carácter básico ha de haberse incorporado al contrato como presuposición del mismo, o al menos ha debido conocer el error de la otra parte y no haber actuado para eliminarlo¹¹.

maciones de éste (vid. SSTS de 6 de junio de 1953 y 20 de enero de 1964), otras consideran que la posibilidad de fácil comprobación en el Registro le impone realizarla. En este punto debe distinguirse entre los diversos registros administrativos y el Registro de la Propiedad, pues respecto de los primeros es más disculpable la falta de consulta y la antijuridicidad del vendedor la compensaría determinando la excusabilidad del error del comprador (así, SSTS de 20 de enero de 1964).

Dando un paso más, la STS de 26 de octubre de 1981, ante la afirmación de inexistencia de dolo en la no mención de la situación real de un terreno, pues bastaría con una simple consulta al Registro, considera que «la maquinación insidiosa es independiente de la actitud de la parte afectada, porque no se puede ni se debe premiar la mala fe ínsita en el dolo so pretexto de la confianza ajena, calificando a ésta de ingenuidad como si el Derecho debiera ser más el protector de los astutos que el defensor de los confiados, concepto o conductas que no pueden equipararse a los de diligencia o negligencia (...) y evidente resulta aquí que no puede calificarse de negligencia o simplicidad la actitud de las compradoras, que se aquietan y confían, como cualquier hombre razonable, ante el dato de una escritura pública de propiedad, en sí constituyente de fe pública», doctrina que es reiterada entre otras por las SSTS de 15 de julio de 1987, 15 de junio de 1995, 23 de julio de 1998, 27 de noviembre de 1998 y 11 de diciembre de 2006. Así, como señala MAZA GAZMURI (en «Casos realmente difíciles...», *op. cit.*, pág. 1707), los contratantes deben ser diligentes en sus negocios y procurarse la información necesaria, pero existen circunstancias en las cuales una parte puede confiar razonablemente en que la otra le suministrará la información necesaria, y en tales casos la confianza razonable justifica la imposición de un deber precontractual de informar. En cualquier caso, si las informaciones dadas por la otra parte son decididamente falsas, habrá de entenderse que se estará ante un dolo o error, como en la compra de un solar como edificable sabiendo el vendedor que no lo era por estar incluido en zona verde (así, ya la STS de 20 de abril de 1965), entre otros casos de errores provocados, en que no se dan las condiciones más o menos explícitamente atribuidas a la cosa, citados por Federico de CASTRO, «El negocio jurídico», *op. cit.*, pág. 114.

¹⁰ Al respecto, vid. MORALES, *El error en los contratos*, Ed. CEURA, Madrid, 1988, págs. 232-234; y también CASTRO, «El negocio jurídico», *op. cit.*, pág. 111 (aunque señala que la cognoscibilidad es un elemento a considerar para saber si el *errans* merece protección según las circunstancias, pero que podría no ser suficiente); DÍEZ-PICAZO, «Fundamentos...», *op. cit.*, pág. 215; y RIVERO, «Los vicios...», *op. cit.*, págs. 384-385. La STS de 4 de enero de 1982, por su parte, señala que el presupuesto de la excusabilidad ha venido a ser sustituido por el de la cognoscibilidad. Asimismo exige este requisito expresamente el artículo 1428 del *Codice italiano*.

En la doctrina norteamericana también se mantiene el deber de la parte que conozca o hubiera debido conocer el error en que la otra hubiera incurrido unilateralmente de ponérselo de manifiesto, y así podemos citar a KRONMAN, Anthony, «Mistake, Disclosure, Information and the Law of Contracts», en *The Journal of Legal Studies*, vol. 7, núm. 1, 1978, págs. 6 y 32-33.

¹¹ La doctrina francesa se queda en el primer aspecto, pero como pone de manifiesto MORALES (en «El error en los contratos», *op. cit.*, pág. 232), sin esa incorporación como

No obstante, profundizando más, podría distinguirse entre la reticencia (como ocultamiento malicioso de información relevante que provoca un error en la otra parte), que como manifestación de dolo o error implica un vicio del consentimiento de la parte afectada y está sometida al régimen de la anulabilidad (así, con un plazo de caducidad de cuatro años), y los simples incumplimientos de los deberes informativos o no revelaciones de información, que no afectan a la validez del contrato y podrían determinar en su caso una responsabilidad precontractual (con un plazo de un año) o incluso constituir un supuesto de no conformidad del objeto del contrato y por tanto de responsabilidad contractual (plazo de quince años). La conceptuación de un supuesto en una categoría u otra dependerá de las circunstancias concretas concurrentes, que permitan apreciar la existencia de dolo o no en la no revelación de información, porque desde luego no es lo mismo callar que ocultar.

En cualquier caso, en las negociaciones la buena fe¹² impone que cada una de las partes deba revelar a la otra al menos aquella información que determinará el incumplimiento de su prestación en los términos convenidos, porque la lealtad en la celebración de un contrato exige que se proteja la razonable creencia de que el contrato se podrá ejecutar en los términos convenidos¹³. En cambio, no parece de-

presuposición contractual el mero conocimiento o cognoscibilidad de la relevancia del hecho por la otra parte no tiene por qué hacer relevante el error en que incurra.

¹² Ha de tenerse en cuenta que la buena fe que en ciertos casos puede imponer en las negociaciones un deber de informar, y a responsabilizarse por la corrección de la información transmitida, no sería la buena fe subjetiva, como convencimiento de que se actúa correctamente (se piensa que no se debe transmitir cierta información, o que la información transmitida es correcta), sino la buena fe objetiva, o regla de conducta que permite calificar *desde fuera* si una actuación es conforme o no a las exigencias de la buena fe. Por ello, la conducta de una de las partes, ocultando o transmitiendo una información errónea, puede ser objetivamente contraria a la buena fe e inaceptable, aunque crea que su actuación es adecuada o que la información es correcta si, por ejemplo, no ha tomado las medidas exigibles para contrastar su exactitud. Cfr. MORALES, «¿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 ALBIEZ DOHRMANN, Klaus Jochen (dir.), *Derecho privado europeo y modernización del Derecho contractual en España*, Ed. Atelier, Barcelona, 2011, pág. 418. Asimismo, GÓMEZ CALLE, «Los deberes precontractuales...», *op. cit.*, pág. 131.

¹³ Cfr. MAZA GAZMURI, «Deber de informar, dolo incidental e incumplimiento contractual. Nota a la STS de 11 de julio de 2007», en *ADC*, T. LX-IV, 2007, pág. 1864. PANTALEÓN (en «Responsabilidad precontractual...», *op. cit.*, pág. 912) entiende que si se sigue la regla, conforme a los artículos 3.3.1 de los Principios UNIDROIT, 4:102 PECL, II-7:102 DCFR y 1303 de la Propuesta de la Comisión General de Codificación, de que la imposibilidad originaria de las prestaciones pactadas no determina, por sí sola, la invalidez del contrato, asimilándose así a la imposibilidad sobrevenida, no debería haber una responsabilidad precontractual por el hecho de que, al negociar el contrato, una parte conociera o debiera conocer, y la otra no, la imposibilidad originaria de su prestación; si bien más tarde (*ibid.*, pág. 920) afirma que, cuando las expectativas sobre el contenido de la prestación generadas en la otra parte por la falta de información o la información incorrecta deban considerarse términos del contrato, habrá de recurrir a los remedios indemnizatorios del incumplimiento contractual.

fendible el que el comprador deba informar al vendedor de circunstancias positivas que mejoran el objeto de la compraventa o lo hacen revalorizarse o apreciarse¹⁴.

En tal sentido, ya el Digesto¹⁵ contemplaba la información precontractual desde este punto de vista, estableciendo el deber del vendedor de informar sobre las circunstancias que pudiera conocer que afectaran negativamente al objeto de la compraventa, «en cuanto interesa al comprador no ser engañado», si bien distinguiendo entre el vendedor que conocía la existencia de defectos en el producto y los oculta dolosamente y el que los ignoraba pero afirma que no existían.

La duda puede plantearse sobre si, yendo más allá del propio objeto del contrato, la parte ha de informar sobre las circunstancias externas que pueda conocer. Es decir, en qué medida puede considerarse que existe un deber del vendedor de informar al comprador (o, en general, de la parte que tiene ese conocimiento respecto de la otra) sobre esas circunstancias, no implicadas directamente en el contrato específico entre las partes pero que puedan incidir sobre el mismo y que cuyo conocimiento puede incluso ir en contra de sus propios intereses, o bien es tarea que compete a este último en defensa de su posición (de modo que cada parte ha de procurarse la información que le pueda interesar, al menos cuando esa información le sea fácilmente accesible¹⁶, en concreción del principio de autorresponsabilidad que GÓMEZ CALLE llama el «deber de autoinformarse» y la jurisprudencia anglosajona —tomándolo del Derecho romano y en especial en relación con la venta de inmuebles— *caveat*

¹⁴ Así, ante la afirmación de Francesco GALGANO (*Il negozio giuridico*, 2.^a ed., Ed. Giuffrè, Milán, 2002, pág. 508) sobre que «è contrario alla buona fede il non dire, mentre si vende un'area edificabile, di essere a conoscenza di un progetto di variante al piano regolatore comunale che modificherà la destinazione di quell'area (...); oppure (ipotesi inversa) il non dire, mentre si tratta il prezzo di acquisto di un terreno agricolo, di essere a conoscenza di una variante al piano regolatore, in corso di approvazione, che rende edificabile quel terreno e, perciò, ne eleva sensibilmente il prezzo», estamos de acuerdo en la primera proposición (en cierta medida asimilable a un defecto o vicio del bien vendido), pero no en el segundo supuesto contemplado. De modo similar, VERDA (en «El dolo *in contrahendo*», *op. cit.*, pág. 48) entiende que no habría obligación del adquirente de desvelar el error de la otra parte consistente en la ignorancia de una cualidad positiva de un bien, que lo revaloriza, pues se aumenta así la riqueza, mientras que sí existiría ese deber del transmitente respecto de las cualidades negativas que disminuyen el valor del bien, pues tal información carece de fuerza productiva para la sociedad ni crea riqueza.

¹⁵ D. 19, 1, 13, 2 y 3. Versa sobre la venta de un esclavo ladrón o fugitivo, en la que un vendedor oculta estas circunstancias al comprador y otro, que realmente las ignoraba, asevera sus buenas costumbres y fidelidad. Sobre la evolución histórica del tratamiento del error, el dolo y los deberes de información precontractual en los Derechos continentales, cfir. SCHERMAIER, Martin Josef, «Mistake, misrepresentation and precontractual duties to inform: the civil law tradition», en SEFTON-GREEN, Ruth (ed.), *Mistake, Fraud and Duties to Inform in European Contract Law*, Cambridge University Press, Nueva York, 2005, págs. 40-64.

¹⁶ Cfr. DÍEZ-PICAZO, «Fundamentos...», *op. cit.*, págs. 312-313; y VERDA, «El dolo *in contrahendo*», *op. cit.*, págs. 43 y 45. En el mismo sentido, las SSTS de 4 de enero de 1982, 3 de marzo de 1994, 6 de noviembre de 1996, 23 de julio de 2001, 12 de julio de 2002 y 22 de mayo de 2006; y sobre todo la de 18 de febrero de 1994.

emptor); o, dicho de otro modo, en qué medida la protección del comprador puede ocurrir en un excesivo proteccionismo o dirigismo, rayano en su tratamiento como un menor o incapacitado al que haya que tutelar, pues es éste quien ha de preocuparse de la defensa de sus intereses, y por ello un dato a tener en cuenta es la diligencia empleada por el interesado en la información en su búsqueda, pues tampoco pueden protegerse comportamientos negociales negligentes e ineficientes económicamente frente a otros que sí serían eficientes y aun productivos, con lo que se llegaría a una solución desincentivadora de los procesos de búsqueda de nuevas informaciones socialmente útiles¹⁷.

En cualquier caso, lo que sí parece claro es que una parte no deberá informar a la otra de aquello sobre la que es ésta quien está obligada a informarse, pues no puede considerarse amparado el descuido de los propios intereses ni el incumplimiento de los propios deberes; ni en los casos que lleven a no respetar la esfera íntima y privada de la persona, que habrá de ser protegida frente a toda intromisión ajena, o en que la información se busque con fines discriminatorios¹⁸.

¹⁷ Desde una visión del análisis económico del Derecho, VERDA (en «La reticencia...», *op. cit.*, pág. 136) señala que si una parte no pudiera utilizar informaciones que le permitan obtener una posición de ventaja en la negociación, y que sólo puede alcanzar mediante un proceso de búsqueda que le origina costes, parece probable pensar que no destinará recursos para obtenerlas, y esa decisión impedirá averiguar que existen formas de utilización más elevada de ciertos bienes, que permiten un incremento de los niveles de riqueza. Sin embargo, en la relación entre estos tres criterios (confianza, que impondría el deber de transmitir la información relevante sobre la parte que la tuviera; autorresponsabilidad, que impondría un deber de obtener la información a la parte interesada; y eficiencia, que atendería a consideraciones sociales para establecer un deber de informar o informarse), considera MAZA GAZMURI (en «Casos realmente difíciles...», *op. cit.*, pág. 1715) que debería establecerse una ordenación de preferencia o primacía, de modo que el de confianza precedería al de autorresponsabilidad (el primero cuando una de las partes conoce la información y la otra la desconoce, y el segundo cuando la parte no se informó *debiendo* hacerlo), y ambas sobre las consideraciones de eficiencia, pues al enmarcarse la relación contractual en el ámbito del Derecho privado, ha de atenderse preferentemente a las partes individualmente o a su interacción, de modo que la introducción de consideraciones de bienestar o riqueza social sólo podrán entrar subsidiariamente, ya que en caso contrario se desnaturalizaría el carácter de Derecho privado de los contratos (a este argumento podría contestarse que a dicha «desnaturalización» del carácter iusprivatista de los contratos con criterios sociales ya se viene asistiendo con un carácter creciente en determinados ámbitos *dirigidos*, como es el del Derecho del consumo). Así, para este último autor (*ibid.*, pág. 1716), en defecto de previsión legal al respecto, deberá atenderse a si existió entre las partes un nivel de confianza que justifique la imposición del deber de informar; si no hubiera tal confianza, habrá que determinar si la parte ignorante se comportó con la diligencia debida, lo cual requiere examinar si la información era o no accesible: si era accesible, la declaración de voluntad es imputable a quien la formuló, aun cuando hubiera incurrido en error; y finalmente, si no existe confianza y la información no es accesible para quien la ignora, se estará ante lo que llama un caso «realmente difícil» y deberá acudirse a las consideraciones de eficiencia para la concreción de las exigencias de la buena fe en torno a si existe un deber de información.

¹⁸ Cfr. VALÉS DUQUE, Pablo, «La responsabilidad precontractual o culpa *in contrahendo*», en *Libro-Homenaje al Profesor Manuel Amorós Guardiola*, vol. 1, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2006, pág. 728-729.

En este punto puede hacerse referencia al conocido caso del mercader de Rodas, expuesto por CICERÓN¹⁹ y retomado por POTHIER junto a la historia

¹⁹ Cfr. CICERÓN, Marco Tulio, *De officiis*, III, 12-13. El caso es el siguiente: si un mercader lleva de Alejandría a Rodas un cargamento grande de trigo en tiempos de escasez y hambre y por tanto de altos precios, sabiendo que otros muchos mercaderes de Alejandría habían embarcado ya con naves de trigo para Rodas, ¿deberá decirlo a los rodios, o venderá su género al mejor precio que pueda? Ante esto, CICERÓN expone las respuestas de los estoicos Diógenes y Antípatro: el primero piensa que, una vez declarados los defectos que manda el Derecho Civil, el mercader puede lícitamente ocultar esa información y vender el trigo lo mejor que pueda, pues una cosa es encubrir y otra callar, ya que uno no estaría obligado a comunicar todo lo que importe saber al otro, mientras que Antípatro entiende que debe comunicarlo todo, de modo que el comprador sepa todo lo que conozca el vendedor, pues ocultar esta información sería contraria a la buena fe, opinión esta segunda a la que se adhiere CICERÓN, quien distingue entre lo útil y lo honesto (si bien más adelante hace un paralelismo con el caso del que vende una casa con defectos que hacen que el edificio amenace ruina, sobre si debe advertirlos al posible comprador o no, que sería igual a enseñar el camino al que va errado; caso que no parece muy procedente, pues en el del mercader se trata de circunstancias ajenas al propio bien), considerando en ambos casos que debe preferirse lo honesto y comunicar a la otra parte la información que se posee.

Similar es el conocido caso *Laidlaw v Organ* [15 U.S. (2 Wheat.) 178], resuelto por el TS de Estados Unidos en 1817, y del que se dice que fue la primera decisión que estableció la regla *caveat emptor* en el Derecho estadounidense. En el marco del desarrollo de la guerra entre Inglaterra y Estados Unidos iniciada en 1812, la flota inglesa se hallaba bloqueando el puerto de Nueva Orleans, lo que había venido manteniendo el precio del tabaco en valores inusualmente bajos. Héctor Organ, comerciante de tabaco de Nueva Orleans, fue informado por su socio Shepherd sobre la ratificación del Tratado de Gante, que ponía fin a la citada guerra y al bloqueo, información que le había dado su hermano, que había sido uno de los «tres caballeros» que trajeron de la flota inglesa la noticia de la firma del Tratado, que no se haría pública hasta el día siguiente. Con dicha información, adquirió una importante partida de tabaco (111 toneles, con un peso de 120.715 libras y precio de 7.544,69 \$) a Francis Girault, agente de la empresa *Peter Laidlaw & Co*, con quien había estado negociando la noche anterior. Pese a que en las negociaciones Girault le preguntó sobre si existían noticias que pudieran aumentar el precio del tabaco, Organ guardó silencio sobre la información de que disponía. La noticia del Tratado y del fin del bloqueo se conoció dos horas después, y elevó el precio del tabaco entre un 30 y un 50 por 100. La *Laidlaw* se negó a hacer entrega del tabaco a Organ, alegando que había sido engañada, y éste interpuso demanda por incumplimiento de contrato y reclamando una indemnización de daños y perjuicios y que se impidiera que la vendedora pudiera disponer de la partida de tabaco en favor de otros compradores. Demandó que, tras una inicial resolución favorable a Organ, fue apelada ante el TS, donde finalmente se devolvió al juez de instancia para la repetición del juicio, por considerarse que toda la instrucción había sido errónea; no obstante, es especialmente destacable la opinión expresada por el juez MARSHALL, que entendió que el conocimiento por el comprador de circunstancias extrínsecas que puedan tener influencia en el precio de la mercancía no tiene por qué revelarse al vendedor en caso de que dicha información sea igual de accesible para ambas partes. No obstante, datos importantes que no se mencionan ni tienen en cuenta en esa opinión es que los «tres caballeros», entre los que estaba el hermano de Shepherd que le informó del fin del bloqueo, habían sido los militares encargados por el General Jackson de la negociación con los británicos sobre asuntos derivados del fallido asalto a la ciudad, de modo que si en uno de los buques ingleses aquél había conocido la firma del Tratado, fue a causa de sus funciones públicas. Por otra parte, la respuesta de Organ a la pregunta directa de Girault sobre si tenía noticias que pudieran influir en el precio de las mercancías (fuera el silencio o una respuesta negativa) podría considerarse dolosa, lo que tampoco se tuvo en cuenta.

bíblica de José y el Faraón²⁰. Afirma POTHIER que hay autores que entienden que realmente el vendedor a lo que está obligado es a no ocultar los defectos de la cosa vendida, pero que ninguna injusticia comete por venderla al precio que tuviera al tiempo del contrato, aunque conozca que luego ha de bajar, ni tiene ninguna obligación de comunicar al comprador las circunstancias que harán bajar ese precio, pues el comprador no tiene más derecho para exigírselo que el que tiene para pedirle una participación en sus beneficios, y de hacerlo el vendedor no sería más que un acto de pura beneficencia, que el vendedor no estaría obligado a hacer más que con los que se hallan en extrema necesidad. Sin embargo, POTHIER considera que si en los contratos conmutativos, como la compraventa, la equidad exige que haya una equivalencia entre lo que cada parte da y recibe, y que ninguna de ellas quiera enriquecerse a costa de la otra, ello supondría quererse enriquecer a expensas de los compradores por medio de ese silencio al obligarles así a comprar una cosa que consta que a los dos días ha de venderse por cuatro quintas partes menos. Por tanto, la buena fe obligaría al vendedor a no ocultar al comprador ninguna circunstancia que pudiera interesarle²¹.

Habrá que entender también incumplido un deber de información cuando la parte ignorante pueda imputar a la otra su ignorancia, por haber sido quien le proporcionó una información falsa o errónea (no necesariamente de modo doloso), o por poderse considerar que la omisión es contraria a la buena fe atendiendo a las circunstancias del caso²². En este segundo sentido, como ponía de manifiesto Federico de CASTRO²³, el principio de responsabilidad negocial exigiría valorar la buena fe de la conducta y el modo de cumplir según ella los deberes de informar y de informarse. Realmente en este punto no puede darse una respuesta general y apriorística, sino que dependerá de cada caso concreto que la buena fe exija o no transmitir la información que se posee a la otra parte.

En cualquier caso, deberán en principio atenderse las peticiones expresas de información por la otra parte. Aunque, por supuesto, no todo tipo de peticiones de información, debiendo quedar excluidas las que puedan considerarse impertinentes por afectar a cuestiones sobre las que se puede guardar silencio²⁴,

²⁰ POTHIER, Robert Joseph, *Tratado del contrato de compra y venta*, Impr. J. Roger, Barcelona, 1841, págs. 125-127. POTHIER hace referencia a que a nadie se le ocurriría que José incurrió en responsabilidades cuando por cuenta del faraón hizo acopio de alimentos en tiempos de bonanza, sabiendo que vendrían otros de penuria.

²¹ En parecido sentido, en la doctrina francesa actual, cfr. GHESTIN, Jacques, «The Pre-Contractual Obligation to Disclose Information: French Report», en HARRIS, Donald y TALLON, Denis (eds.), *Contract Law Today. Anglo-French Comparisons*, Clarendon Press, Oxford, 1989, pág. 166.

²² Cfr. BASOZÁBAL ARRUE, Xabier, «En torno a las obligaciones precontractuales de información», en *ADC*, T. LXII-II, 2009, págs. 699-700.

²³ Cfr. CASTRO, «El negocio jurídico», *op. cit.*, pág. 116.

²⁴ Así, como señala MAZA GAZMURI (en «Tipicidad y atipicidad de los deberes precontractuales de información», en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de*

al igual que las peticiones referentes a materias cuya información es tarea del solicitante, pues el deber de informar de una parte acaba donde empiece el deber de autoinformarse de la otra, y las que supusieran ir en contra de derechos básicos de la persona, como la intimidad. En este último sentido quedarían excluidas preguntas referentes a hábitos sexuales, creencias religiosas, políticas o ideológicas... que no se vinculen a la aptitud profesional²⁵, aunque según las circunstancias sí podrán resultar procedentes, en la medida en que puedan afectar al correcto desempeño de las prestaciones contractuales y vengan determinadas por un fin legítimo, y se limiten exclusivamente a cuestiones directamente relacionadas entre las prestaciones y ese fin legítimo a proteger, como es el caso de ciertos puestos de trabajo para confesiones religiosas (así, los profesores de religión) o relacionados con la seguridad nacional²⁶.

También deberá informarse a la otra parte si —no preguntando ésta expresamente— la que tiene la información constata claramente la importancia de esa información para aquella (en especial si aprecia su imposibilidad o gran dificultad de autoinformarse, por razones objetivas o subjetivas)²⁷.

En estos supuestos, la parte que tenga la información obviamente tendrá un deber específico de darles respuesta con una información veraz, al igual que cuando la posición profesional de quien tiene la información le determine también un especial deber de informar a la otra parte, lo que es establecido por

Valparaíso, T. XXXIV, primer semestre de 2010, pág. 77), el vendedor no puede pretender que el comprador le conteste de modo vinculante a si estaría dispuesto a pagar más por lo vendido.

²⁵ Es ilustrativa la sentencia de la *Cour de Cassation* francesa de 17 de octubre de 1973, que, sobre el caso de un sacerdote que es despedido de un trabajo de fresador por no haber declarado al contratarle su condición eclesiástica, manifiesta que «habiendo informado el sacerdote a la empresa con toda perfección sobre sus aptitudes profesionales, y habida cuenta de que no se había producido ninguna queja sobre su trabajo, el trabajador tenía derecho a no revelar su estado de sacerdote».

²⁶ Cfr. GÓMEZ CALLE, «Los deberes precontractuales...», *op. cit.*, pág. 103, y CONTRERAS MAZARÍO, José María, «La igualdad y la libertad religiosas en las relaciones de trabajo», en *Documentación Jurídica*, T. XVIII, núm. 70, 1991, págs. 105-118 (345-358 del tomo), y asimismo la STEDH de 26 de marzo de 1987 en el caso *Leander* (sobre un contratado para tareas de mantenimiento de un museo junto a una zona militar de acceso restringido, al que se le pregunta sobre determinados datos de su vida privada; el TEDH reconoce la existencia de una injerencia en la vida privada, pero destacando su carácter no absoluto y su sujeción a límites, admisibles cuando vienen establecidos por un fin legítimo establecido por la ley y necesario en una sociedad democrática y siempre que se utilicen las informaciones restrictivamente), y el artículo 4 del Convenio (111) de la OIT sobre la discriminación de 1958 («no se consideran como discriminatorias las medidas que afecten a una persona sobre la que recaiga sospecha legítima de que se dedica a una actividad perjudicial a la seguridad del Estado, o acerca de la cual se haya establecido que de hecho se dedica a esta actividad, siempre que dicha persona tenga el derecho a recurrir a un tribunal competente conforme a la práctica nacional»).

²⁷ Cfr. GÓMEZ CALLE, «Los deberes precontractuales...», *op. cit.*, págs. 89-91.

las normas legales de ciertos sectores²⁸, pero que cabe generalizar a todos los casos en que su posición de experto o profesional pueda generar una especial confianza en la otra parte (particular)²⁹, en especial cuando puede trasladar a esta otra parte el coste de adquisición de la información de la que se beneficiará (repercutiéndolo en el precio del servicio o bien objeto del contrato, en la denominada *prima de confianza*)³⁰. Lo mismo cabe entender en ciertos contratos basados en una relación de especial lealtad o confianza entre las partes, como el mandato³¹ o la distribución³², o en que los elementos personales juegan un especial papel, como los contratos de obra o servicios, sociedad o trabajo o en general los concertados en atención a especiales cualidades de la otra parte, en que cualquier circunstancia que afecte a esas cualidades personales antes de contratar habrá de ser puesta en conocimiento de la parte que contaba con ellas³³. Pero también el empleador deberá informar de las circunstancias que puedan afectar actualmente o en el futuro al empleado³⁴: dificultades económicas

²⁸ Cfr. DÍEZ-PICAZO, «Fundamentos...», *op. cit.*, págs. 312-313. Así, pueden citarse las normas del ámbito MIFID [Directiva sobre Mercados en Instrumentos Financieros, aunque realmente es un bloque de normas europeas: las Directivas 2004/39/CE, de 21 de abril de 2004, y 2006/73/CE, de 10 de agosto de 2006, y el Reglamento (CE) 1287/2006 de 10 de agosto de 2006; en España se transponen por la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, que modifica la del Mercado de Valores, y el Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero] que, entre otros aspectos, imponen a las entidades financieras o de inversión que faciliten a sus clientes información sobre sí mismas, los servicios que prestan y los instrumentos financieros que ofrecen, que ha de ser suficiente para poder elegir el producto de inversión con conocimiento de causa, en función de la categoría en la que se clasifiquen; y sobre todo las de protección de los consumidores, que más adelante veremos en detalle en el texto. Concreciones de este deber del profesional de informar serían las de la publicidad comercial y las del fabricante respecto de sus productos. Asimismo, vid. las normas citadas *infra* en la nota 82.

²⁹ Para Hans-Bernd SCHÄFER y Claus OTT (en *Manual de análisis económico del Derecho Civil*, Ed. Tecnos, Madrid, 1991, págs. 344-349), la responsabilidad profesional extracontractual por las informaciones tendrá como fundamentos generales tres causas: daños inmorales, por facilitar información falsa, abusando el informador de la confianza de que disfruta; un contrato tácito de información o asesoramiento, de modo que la información se ha facilitado en el marco de un contacto individualizado o al menos no general ni *erga omnes*; y una ampliación de la responsabilidad en el caso de contratos que podrían conllevar una responsabilidad frente a terceros (contrato con efecto protector para terceros), pudiendo reconducirse finalmente esta responsabilidad profesional a la culpa *in contrahendo* (delimitada, según las distintas posiciones, por una relación especial o un contacto social; por el principio de confianza, existiendo una responsabilidad por la confianza reclamada y concedida; y de acuerdo con su conexión con la profesionalidad y la profesionalización, que determinan una formación institucionalizada, la creación de una ética profesional y el establecimiento de controles sobre el ejercicio de la profesión).

³⁰ Cfr. GÓMEZ CALLE, «Los deberes precontractuales...», *op. cit.*, págs. 22-25. Sobre la prima de confianza, cfr. SCHÄFER y OTT, «Manual de análisis económico...», *op. cit.*, págs. 326-327 y 342.

³¹ Cfr. MAZA GAZMURI, «Tipicidad y atipicidad...», *op. cit.*, pág. 77.

³² Vid. STS de 11 de julio de 2007.

³³ Cfr. GÓMEZ CALLE, «Los deberes precontractuales...», *op. cit.*, págs. 102-105.

³⁴ Cfr. GÓMEZ CALLE, «Los deberes precontractuales...», *op. cit.*, pág. 103.

que pongan en peligro el pago de los salarios futuros o puedan implicar una rebaja de categoría profesional, o bien riesgos asociados al puesto de trabajo.

Otro enfoque seguido en la doctrina estadounidense³⁵ es el de la distinción entre los secretos superficiales y profundos, en función de que la otra parte pueda sospechar que hay un secreto o lo ignore completamente sin imaginar que pueda haber una información relevante, respectivamente: en los secretos superficiales (*shallow secrets*) existiría un derecho legal a preguntar y a obtener una respuesta veraz, mientras que en los secretos profundos (*deep secrets*) no se podrían hacer tales preguntas.

El problema se plantea sobre si debe informarse, y en qué medida, cuando el interesado no solicita expresamente la información ni existe una específica norma jurídica o previsión contractual³⁶ que prevea un deber de facilitársela: cabría entender que no habría en principio un deber de informar si no existe una especial relación de confianza entre las partes, establecida por el tipo de contrato o porque el poseedor de la información sea un experto o profesional y la otra parte un particular, lo que genera una especial relación de confianza de éste en aquél en base a su profesionalidad. No obstante, este enfoque de relevancia de la profesionalidad, más o menos claro cuando el experto es el vendedor, no lo es tanto si es el comprador, pues no retribuiría la iniciativa de descubrimiento de riqueza y aun podría ir en su contra (como el caso del experto que descubre un bien valioso —descubrimiento que puede que con un coste de investigación para él— que se vende a bajo precio por un particular, que tras verse obligado a informarle, conforme a esta posición, puede ver como el vendedor prefiere finalmente a otro comprador)³⁷.

En tal sentido, la jurisprudencia estadounidense suele entender —especialmente en relación con las ventas de inmuebles— que, salvo que hubiera una relación de confianza entre las partes y al margen del ámbito de los seguros³⁸, ha de protegerse al contratante que posee una información sobre el objeto del contrato a la que ha llegado tras la realización de una investigación costosa, sin que exista un deber de revelar dicha información a la otra parte (pudiendo

³⁵ Cfr. SCHEPPEL, Kim Lane, *Legal Secrets. Equality and Efficiency in the Common Law*, University of Chicago Press, Chicago, 1988.

³⁶ Así, ante la existencia de contratos reguladores de los tratos preliminares, los denominados «acuerdos de intenciones», que establezcan el deber de cada parte de negociar de buena fe y facilitando a la otra parte toda información necesaria para que pueda conocer el objeto del contrato y sus circunstancias.

³⁷ Como pone de manifiesto BASOZÁBAL, «En torno a las obligaciones...», *op. cit.*, págs. 654-655.

³⁸ Donde siempre deberán comunicarse a la aseguradora todos los riesgos y defectos que puedan ser trascendentes. Así, por ejemplo, *Equitable Life Assurance Soc'y of United States v McElroy*, 83 Fed. 631 (8th Cir. 1897) y *Stipcich v Metropolitan Life Insurance Co*, 277 U.S. 311 (9th Cir. 1928). En España, vid. el artículo 10 LCS.

considerarse que tiene un «derecho de propiedad» sobre tal información³⁹), y al contrario, no merecerá una especial protección la parte que teniendo un fácil acceso a la información no ha realizado una mínima investigación para obtenerla.

Así, considera que el comprador que tenga un conocimiento superior del valor del objeto del contrato no incurre en dolo sólo por realizar la compra sin desvelar su conocimiento de ese valor⁴⁰, y en esa línea se ha orientado en algunos casos paradigmáticos relativos fundamentalmente a tres grupos de supuestos:

- a) compraventas efectuadas tras la realización intencionada de investigaciones sobre el valor del objeto del contrato por parte del comprador⁴¹,

³⁹ En tal sentido, KRONMAN, «Mistake, Disclosure...», *op. cit.*, págs. 14-15 (donde lo asimila a la protección sobre patentes y secretos comerciales) y 33; y de modo similar BORDEN, «Mistake and Disclosure...», *op. cit.*, págs. 703-704 (que lo equipara a la propiedad intelectual).

⁴⁰ En tal sentido, *Pratt Land & Improvement Co v McClain*, 135 Ala. 452, 33 So. 185 (1902).

⁴¹ Como en el caso de la *Texas Gulf Sulphur*: en 1963, la *Texas Gulf Sulphur* realizó detalladas prospecciones aéreas en la región de Timmins (Ontario) en busca de anomalías geológicas, con un importante coste (en los cuatro años anteriores se había gastado casi tres millones de dólares sin resultados), determinando que era altamente probable la existencia de ricos yacimientos de minerales (concretamente, una veta de cobre, plata y zinc) que en gran parte se hallaban bajo el terreno de una finca propiedad de los herederos de Murray Hendrie, en la aldea de Kidd Creek. Con esta información, la empresa adquirió por 500 \$ una opción de compra por dos años sobre los derechos de explotación minera de la finca, que podría ejercer por 18.000 \$, como así hizo más adelante; el contrato de opción también establecía que en caso de que se descubriera un yacimiento de mineral con valor comercial, los herederos recibirían un 10 por 100 de los beneficios. Los depósitos existentes bajo la finca resultaron tener un valor aproximado de 2.000 millones de dólares, por lo que los herederos demandaron a la empresa por incumplimiento del deber de informar, reclamando la anulación del contrato de opción o una indemnización de 400 millones de dólares. Finalmente, se resolvió extrajudicialmente, llegándose al acuerdo de la compra de la participación de los herederos en los beneficios por 100 millones de dólares. No obstante, el TS de Ontario, en un caso relacionado [*Leitch Gold Mines, Ltd v Texas Gulf Sulphur*; 1 Ontario Reports 469, 492-493 (1969)], destacó que *Texas Gulf Sulphur* sólo hizo «what any prudent, mining company would have done to acquire properly in which it knew a very promising anomaly lay» al adquirir la finca «without causing the prospective vendors to suspect that a discovery had been made».

Un supuesto similar ya se había presentado en el caso *Neill v Shamburg* [158 Pa. 263, 27 Atl. 992 (1893)]: las partes eran copropietarias de una concesión petrolífera, y Shamburg compró la participación de su copropietaria Neill por 550 \$, más 100 \$ adicionales en caso de que se encontrara un pozo que produjera seis o más barriles de petróleo al día. Shamburg, que estaba explotando en ese momento varios pozos en terrenos adyacentes, uno de ellos bastante valioso, dijo a sus empleados que no dieran información sobre esta materia, y no dijo nada a su copropietaria sobre el pozo cuando le compró su participación. Ante la demanda de Neill solicitando la anulación de la venta de su participación en la concesión petrolífera, el Tribunal, que previamente entendió que esta copropiedad no implicaba una relación de confianza entre las partes, consideró que Shamburg no tenía con Neill ningún deber de información y rechazó la pretensión de anulación, sobre la base de la protección de la inversión realizada hasta el momento en el desarrollo de su empresa, que justificaba el sigilo: «unless there is some exceptional circumstance to put on him the duty to speak, it is the right of every man to keep his business to himself. Possibly, Shamburg was unduly suspicious on this point, but

- b) conocimientos anticipados por el comprador de la producción de un futuro incremento de valor de ese objeto⁴², y
- c) a la inversa y en sentido negativo, la no protección de compradores por vicios *aparentes* sobre los que no realizan una mínima investigación⁴³: si el vendedor no tiene motivos para creer que el comprador está errado, sería antieconómico obligarle a comunicarle vicios evidentes, pues con toda probabilidad sólo estaría contándole lo que ya sabe e incrementaría innecesariamente los costes de transacción (aunque si existieran esos motivos que pudieran hacerle conocer el error del comprador, sí debería el vendedor comunicarle los defectos)⁴⁴. Respecto de los vicios ocultos, en cambio, frente a una antigua disparidad de posiciones en la que no faltaba las que entendían que el vendedor podía guardar silencio

the nature and position of his business suggested caution. (...) We do not find in the acts of Shamburg, under the circumstances, anything more than a positive intention and effort to reap the benefit of his enterprise, by keeping the knowledge of its results to himself».

⁴² Así, el clásico caso *Guaranty Safe Deposit & Trust Co v Liebold* [207 Pa. 399, 56 A. 951 (1904)]: la compañía *Guaranty* había adquirido una opción de compra sobre la finca de Liebold en la población de Butler y posteriormente la ejercitó, comprándola por 15.000 \$. Liebold instó la anulación de la venta sobre la base de que, en el momento de la adquisición de la opción, el Sr. Reiber (agente de la compañía) conocía que la *Standard Steel Car Company* tenía previsto instalar en Butler una gran fábrica, de modo que mientras que Liebold sólo había oído sobre la llegada de una empresa, y su conocimiento era aproximado e indefinido, la *Guaranty* tenía certeza sobre esa llegada y había evitado este conocimiento a la otra parte. El Tribunal rechazó la pretensión sobre la base de que sólo la protección de esa información permite tener opciones de beneficio: «In this commercial age, options are daily procured by those in possession of information from which they expect to profit, simply because those from whom the options are sought are ignorant of it. When the prospective seller knows as much as the prospective buyer, options can rarely if ever, be procured, and the rule that counsel for appellant would have us apply would practically abolish them».

⁴³ En el caso *Gutelius v Sisemore* [365 P.2d 732 (Okla. 1961)], se reclamaba por el comprador la anulación de la venta de una casa, sobre la base de que una acumulación de agua de lluvia bajo los cimientos había provocado que el edificio estuviera impregnado de malos olores, que ello sería un vicio oculto y que el vendedor debería haberlo advertido de su existencia. El Tribunal rechazó esta pretensión, afirmando que una inspección de las instalaciones (pese a que realmente la había realizado) habría puesto de manifiesto al comprador las condiciones responsables de la acumulación de agua, y declara que cuando los medios de conocimiento están a mano e igualmente disponibles para ambas partes, y el objeto de la compra está accesible a su inspección, si el comprador no utiliza de estos medios y oportunidades no puede decir que ha sido defraudado por las reticencias del vendedor. *Mutatis mutandis*, la misma línea argumental se ha seguido por nuestro Alto Tribunal en la STS de 3 de marzo de 1994, cuando declaró, en un caso de una supuesta doble venta (realmente venta de cosa ajena), que «tampoco merece especial acogimiento (por supuesto, en este trance judicial y sin perjuicio de sus derechos frente a quien indebidamente le enajenó el inmueble), la conducta de quien, como el actor, recurrido, se decide a comprar un inmueble, de especial importancia, sin antes preocuparse a comprobar cuál era no sólo su situación jurídica, sino, en particular, su situación posesoria, lo que, con una diligencia mínima, hubiera conocido, y acaso, propiciado su desistimiento adquisitivo».

⁴⁴ Cfr. KRONMAN, «Mistake, Disclosure...», *op. cit.*, pág. 23.

sobre ellos⁴⁵, sobre la tradicional regla *caveat emptor*, que vendría a establecer el deber de cada parte de procurarse la información necesaria para sus intereses, actualmente se tiende a entender existente la necesidad de manifestar la existencia de tales defectos⁴⁶, por cuanto el descubrimiento de un vicio oculto exige más que una investigación ordinaria, e incluso si ninguna de las partes tiene conocimiento de él sería más eficiente atribuir al vendedor el riesgo de la creencia errónea de que no existe el defecto, sobre la base de que de las dos partes a él es a quien resultaría más barato evitar el error, y cuando tiene conocimiento del vicio —y el comprador no— será el vendedor quien podrá evitar el error del comprador a menor coste (a menos de que hubiera llegado a esa información sobre la existencia del vicio oculto como consecuencia de una investigación intencionada, que no hubiera realizado si hubiera sabido que debería informar a los compradores de todo defecto que descubriera, pero aun en ese caso debería informarles, porque ese deber de comunicar la existencia de vicios ocultos no necesariamente habrá de desincentivar las inversiones en la obtención de un mayor conocimiento sobre las cualidades de lo que vende, pues el vendedor podrá beneficiarse de muchos modos de un conocimiento más profundo de las cualidades de sus bienes: le permitirá ser más eficiente en la adquisición de materiales, reducirá la probabilidad de que deje de identificar cualquier ventaja especial de sus bienes...), a diferencia de la información de mercado —distinta de esta información sobre las características de los productos en venta—, que como hemos visto sí vería reducida su utilidad si se impusiera un deber de información,

⁴⁵ Así, en el caso *Swinton v Whitinsville Sav. Bank* [311 Mass. 677, 42 N.E.zd 808 (1942)], en el que el vendedor de una casa en Massachusetts en 1942 afirmaba que no tenía ninguna obligación de informar al comprador de la existencia de una plaga de termitas que éste desconocía, el TS estatal rechazó tal deber de informar, considerando que de existir haría responsable a todo vendedor que deja de comunicar cualquier vicio no aparente que conociera en el objeto de la venta que materialmente redujera su valor y el comprador no hubiera descubierto, y parecería que todo comprador sería responsable si dejara de informar de cualquier virtud no aparente que conociera en ese objeto que materialmente incrementara su valor y que el vendedor no conociera. En el mismo sentido, *Perin v Mardine Realty Co*, 5 App. Div. 2d 685, 168 N.Y.S. 2d 947 (1957).

⁴⁶ Así, en un caso idéntico de una plaga de termitas, la sentencia del caso *Obde v Schlemeyer* [56 Wash. 2d 449, 353 P. 2d 672 (1960)] declaró la existencia del deber de información del vendedor, al margen de que el comprador no hiciera preguntas sobre la posibilidad de termitas, ya que esa situación estaba claramente oculta y no fácilmente observable en una inspección razonable. En el mismo sentido, *Williams v Benson*, 3 Mich. App. 9, 141 N.W.2d 650 (1966); *Cohen v Blessing*, 259 S.C. 400, 192 S. E. 2d 204 (1972). Como vemos, son casos similares al ya planteado hace veintiún siglos por CICERÓN, al que hicimos referencia *supra*, llegándose en esta segunda línea a la misma conclusión. Por otra parte, es la solución establecida legalmente en nuestro Derecho, en que el Código Civil consagra el saneamiento por vicios ocultos en los artículos 1474.2.^o y 1484-1499.

hasta el punto de poderse llegar a no ser suficientes para justificar la inversión en su realización)⁴⁷.

En este punto cabe entender que existiría el deber de informar a la otra parte si la información fuera necesaria para evitar un deterioro del bien objeto del contrato o de su valor o que el mismo cause un daño, o afecte a los datos o presupuestos esenciales⁴⁸ tenidos en cuenta por las partes a la hora de celebrar el contrato, mientras que en los casos en que la información no tuviera esas consecuencias, e incluso pudiera implicar un aumento de valor del bien⁴⁹, podría

⁴⁷ Cfr. KRONMAN, «Mistake, Disclosure...», *op. cit.*, págs. 25-26. Mientras que KRONMAN reconoce al comprador el derecho a no revelar la información de que dispone (regla de que *el silencio es oro*), Saul LEVMORE (en «Securities and Secrets: Insider Trading and the Law of Contracts», *Virginia Law Review*, vol. 68, 1982, págs. 139-140), yendo más allá, mantiene que la protección del interés del comprador en su información, y por tanto su incentivo en realizar inversiones de interés social, debería fundamentar que fuera admisible que el comprador mintiera en sus respuestas a las preguntas del vendedor sobre el valor del bien vendido (regla de la *deshonestidad óptima*): cualquier pista sobre la información de que dispone el comprador haría que el vendedor que supiera qué preguntar podría aprovecharse de las inversiones del comprador en la información, de modo que el único modo de proteger el interés del comprador en su información sería permitirle mentir en tales casos; aunque con carácter general sería una conducta dolosa, permitir este tipo de mentiras sería socialmente útil porque protegería los incentivos a la inversión en la investigación que redundarían en el bien común, y eficiente en cuanto que preserva el incentivo del comprador para invertir en información. Como pone de manifiesto Michael J. BORDEN (en «Mistake and Disclosure in a Model of Two-Sided Informational Inputs», *Missouri Law Review*, vol. 73, núm. 3, verano de 2008, pág. 687), el que en el modelo estándar (error unilateral y no revelación de información) sea muy sencillo para el vendedor aprovecharse de su posición como propietario del bien para apropiarse de las inversiones del comprador en la información con una simple sospecha del auténtico valor del bien, hace que deba protegerse tal información conforme a las reglas de no revelación de la información de KRONMAN o LEVMORE, dada la *superficialidad* del secreto de esa información y su naturaleza binaria (se tiene o no); cualquier regla que requiriera más del comprador le daría una ventaja estratégica al vendedor permitiéndole apropiarse de todo el beneficio creado por los esfuerzos del comprador, lo que destruiría el incentivo de éste para invertir en información y en muchos casos impediría la creación de valor en beneficio de la sociedad. No obstante, la regla de la *deshonestidad óptima*, que atribuiría al comprador un derecho a mentir, iría en contra de lo que es legal y generalmente considerado como justo (cfr. BORDEN, «Mistake and Disclosure...», *op. cit.*, págs. 696-697).

⁴⁸ Los elementos secundarios, por sí mismos o por no haberse establecido como determinantes en las negociaciones, no deberían en principio dar lugar a un deber de información. Así, por ejemplo, la referente a cambios de modelo o mejoras técnicas proyectados en el aparato vendido no debe considerarse como información que deba transmitir el vendedor (que además puede desconocer justificadamente, y en cualquier caso esa comunicación implicaría negativas consecuencias económicas para el propio vendedor y el fabricante), mientras que sobre la existencia de nuevos modelos ya introducidos en el mercado sólo habrá esa obligación si la otra parte le pregunta al respecto expresamente, como indica GÓMEZ CALLE, «Los deberes precontractuales...», *op. cit.*, págs. 110-111.

⁴⁹ No obstante, en ocasiones no es tan claro si una misma información es favorable o desfavorable, y el que la posee puede desconocer su trascendencia en uno u otro sentido: así, la construcción de una carretera cerca de la vivienda en venta puede ser positiva, por

acudirse a consideraciones de eficiencia asignativa y eficiencia productiva⁵⁰, valorando la simetría o asimetría en el acceso a la información a fin de atribuir el deber de comunicar la información o de autoinformarse a una u otra⁵¹ (es decir, se valora si ambas partes pueden acceder a la información en condiciones semejantes o bien el acceso resulta más difícil para una parte que a la otra, en suficiente diferencia; o si resulta menos oneroso a una parte revelar la información que a la otra obtenerla), de modo que si los costes son simétricos no habría deber de información y en caso de asimetría sí existiría para aquella parte a la que resultan inferiores los costes, y no para quien ha debido asumir unos costes para obtener la información⁵²; pero sin que pueda decirse que con carácter general una de las partes esté en el deber de informar a la otra por el

facilitar la accesibilidad y comunicación de la misma, pero también negativa, por provocar un aumento de ruidos y molestias. En cambio, si el poseedor de la información conoce cuál puede ser la valoración que la otra parte tendría de la misma, y ésta es desfavorable, podría entenderse obligado a informarla, pues, como señala BASOZÁBAL (en «En torno a las obligaciones...», *op. cit.*, pág. 656), «la omisión deliberada de un dato que se sabe decisivo para la formación del consentimiento contractual de la contraparte debe considerarse constitutivo de dolo omisivo, o al menos (...) de error».

⁵⁰ En los *casos difíciles*, entendiendo por tales aquellos para los que no hay una respuesta inequívocamente preprogramada por el ordenamiento, entiende Cándido PAZ-ARES (en «Principio de eficiencia y derecho privado», en *Estudios en homenaje al profesor Manuel Broseta Pont*, T. III, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, pág. 2845) que debería recurrirse al principio de eficiencia, y en caso de contradicción entre las exigencias de la eficiencia asignativa y las de la productiva, debería darse preferencia a las segundas sobre las primeras (*ibid.*, págs. 2889-2891). Así, para VERDA (en «El dolo *in contrahendo*», *op. cit.*, pág. 46), existiría un interés general en un incremento de los niveles de información con fuerza productiva significativa para la sociedad, debiéndose reconocer a quien tiene ciertos datos que sólo a él le son conocidos la posibilidad de servirse de ellos para equilibrar el contrato a su favor, pues de lo contrario se desincentivarían los procesos de búsqueda de nuevas informaciones socialmente útiles.

⁵¹ Cfr. GÓMEZ CALLE, «Los deberes precontractuales...», *op. cit.*, págs. 21-22.

⁵² Así, excluyen del deber de informar cuando la información se conoce como consecuencia de un proceso de búsqueda costoso GÓMEZ CALLE, «Los deberes precontractuales...», *op. cit.*, págs. 130 y 137; MORALES, «El error en los contratos», *op. cit.*, pág. 231; VALÉS, «La responsabilidad precontractual...», *op. cit.*, pág. 729; y VERDA, «El dolo *in contrahendo*», *op. cit.*, págs. 47 y 51, y «La reticencia...», *op. cit.*, pág. 144; así como KRONMAN, «Mistake, Disclosure...», *op. cit.*, pág. 9 (a cuya doctrina BORDEN le llama por ello la de *el silencio es oro*). En especial, son de destacar las consecuencias negativas que implicaría el deber de informar respecto de innovaciones técnicas y datos amparados por el secreto industrial, pues ello alteraría la competencia en el mercado y desincentivaría las inversiones para mejorar los productos, como ponen de manifiesto GÓMEZ CALLE y VALÉS, *ibid.*

Sobre el papel económico de los costes de investigación, para afrontar la inseguridad de los precios y la inseguridad de la calidad de los productos (que a su vez lleva a distinguir entre *bienes de búsqueda*, en los que el comprador puede reducir la inseguridad respecto de la calidad ante la decisión de la compra mediante el empleo de informaciones sobre el producto, y *bienes experimentados*, en los que los costes de información se sustituyen por la confianza en el suministrador, que constituye así la condición para que puedan ser ofrecidos bienes experimentados), vid. SCHÄFER y OTT, «Manual de análisis económico...», *op. cit.*, págs. 310-311.

solo hecho de que esta última se encuentre en una situación de imposibilidad o gran dificultad de obtener información por sí misma⁵³.

Económicamente⁵⁴, se considera así como condición para que deba protegerse la confianza que los costes de información sean asimétricos, pues sólo entonces la confianza puede sustituir al gasto de información: si los gastos de información de ambas partes fueran idénticos sólo estarían redistribuyendo los costes de información de la confianza sin que, en conjunto, obtengan ventaja alguna; con costes de información simétricos, altos o bajos, la confianza no supone una alternativa razonable para la aplicación de costes de información, sino que ello sólo sucederá en los casos de información asimétrica, en que quien deba obtener el estímulo para aplicar los costes de información sea quien tenga los costes más bajos, y confiar en quien tenga los mayores costes de información. Así, el propietario de la cosa será quien normalmente esté en mejores condiciones de tener la información sobre sus características, por lo que en caso de venderla será él quien deba informar al potencial comprador sobre las mismas, pero en ocasiones los costes de información pueden ser idénticos para ambas partes, e incluso la situación puede ser la inversa, de modo que los costes de información sean inferiores para el comprador que para el vendedor (como en los casos, sobre los que volveremos más adelante, en que el comprador experto observa que el objeto de la compraventa —por ejemplo, una obra de arte— tiene un valor muy superior al precio que pide el vendedor, sin especiales conocimientos sobre sus cualidades): en tal caso, algunos analistas económicos del Derecho entienden que no habría un deber de información a cargo del comprador, puesto que, además de que la información pueda no ser casual sino intencionada y consecuencia de una costosa investigación y de que estemos ante una información que aumenta el valor del bien, su posición no le permitirá percibir una prima de confianza, pues es él quien ha de pagar por el bien, y la prima que podría obtener precisamente se derivaría de no transmitir esa información⁵⁵.

A ello deberá unirse la productividad de las informaciones, la necesidad de primar la confianza (es decir, la parte a que se imputan los costes de información debe contar con una prima que le resarza los costes que le suponga protegerla, por ejemplo pudiendo trasladarlos al precio del producto o servicio; en cualquier caso, la otra resultará beneficiada por esta distribución, pues obtendrá la información a un menor coste del que le hubiera supuesto haberla tenido que conseguir por su cuenta) y que en cambio la prima por oportunismo (los

⁵³ Cfr. DÍEZ-PICAZO, «Fundamentos...», *op. cit.*, pág. 312.

⁵⁴ Cfr. SCHÄFER y OTT, «Manual de análisis económico...», *op. cit.*, págs. 324-327 y 339-344. Posición ésta seguida igualmente por VERDA, «El dolo *in contrahendo*», *op. cit.*, págs. 49-51.

⁵⁵ Cfr. GÓMEZ CALLE, «Los deberes precontractuales...», *op. cit.*, pág. 23.

beneficios derivados de no informar o hacerlo defectuosamente) sea inferior a aquélla⁵⁶. Ello también determinaría la función económica de la responsabilidad profesional por las informaciones⁵⁷.

También, en esa línea, se ha tenido en cuenta si la información que tiene una parte se ha obtenido casualmente (y por tanto los posibles costes de adquisición son inexistentes o se hubieran producido de todos modos), en cuyo caso se considera existente el deber de informar a la otra parte, o bien se obtuvo intencionadamente (incurriendo en unos costes específicos para ello), en que tal deber no existiría, salvo que dicha obtención se hubiera producido ilegal o torticadamente⁵⁸.

En esa línea, GÓMEZ CALLE⁵⁹ halla el fundamento de los deberes de información precontractual en dos perspectivas: la jurídica, que además de los supuestos de origen legal (es decir, que un precepto legal específicamente imponga esa transmisión de información) se centra en el principio de la buena fe (existe una razón que justifique una protección de una parte que imponga a la otra esa transmisión)⁶⁰, y la económica, con base en el principio de óptima utilización de los recursos económicos y a fin de permitir el correcto desarrollo de la competencia en el mercado.

La eficiencia asignativa, en función de cómo se ha adquirido la información, implicará que, desde un punto de vista social, las informaciones que ponen de manifiesto un cambio de circunstancias que afectan al valor relativo de los productos deberían alcanzar el mercado lo antes posible⁶¹, lo que en ocasiones

⁵⁶ El *riesgo de oportunismo*, por el que resulte más rentable no informar correctamente, pues el vendedor que lo haga no se ve recompensado y que el que no lo haga no se ve sancionado sino que aumentan sus beneficios, podrá llevar a la larga a la supervivencia sólo de los malos vendedores, con el consiguiente empeoramiento general del mercado. Este riesgo deberá eliminarse mediante la responsabilidad por confianza, estableciendo deberes de información que determinen un correcto funcionamiento de los mecanismos del mercado y de la competencia. Cfr. SCHÄFER y OTT, «Manual de análisis económico...», *op. cit.*, págs. 343-344.

⁵⁷ Cfr. SCHÄFER y OTT, «Manual de análisis económico...», *op. cit.*, págs. 350-352.

⁵⁸ Al respecto, en la doctrina norteamericana, KRONMAN (en «Mistake, disclosure and the law of Contract», *op. cit.*, págs. 13-14, 16, 18 y 33) distingue entre información deliberadamente adquirida e información casualmente adquirida, siendo ejemplos de la primera la del analista de riesgos que se informa sobre una empresa, estudiando su comportamiento económico, y de la segunda la del que obtiene una información valiosa cuando accidentalmente escucha una conversación en el autobús. La primera, que es la que se consigue con unos costes de investigación, ha de ser protegida permitiendo a la parte que tiene la información no revelarla a la otra.

⁵⁹ GÓMEZ CALLE, «Los deberes precontractuales...», *op. cit.*, págs. 12-26, 83-87 y 131. Igualmente, VERDA, «El dolo *in contrahendo*», *op. cit.*, págs. 44-45.

⁶⁰ No obstante, debe puntualizarse que, si bien la buena fe impone una exigencia de deberes de información en ciertos casos, no puede considerarse que imponga un deber general de informar en todos los supuestos.

⁶¹ KRONMAN, «Mistake, Disclosure...», *op. cit.*, págs. 12 y 13.

se logrará imponiendo deberes de información, como en la existencia de vicios en la cosa vendida, mientras que en otros casos la imposición de estos deberes podría producir un aumento de dicho tiempo, como cuando en las ventas de objetos de arte el comprador aprecia cualidades que aumentan el valor del bien vendido⁶². Si en este segundo caso lo deseable es que la información llegue

⁶² Así, en el caso *Poussin*, resuelto por la sentencia de la Corte de Apelación de Versalles de 7 de enero de 1987, el matrimonio Saint-Arroman quería vender uno de sus cuadros, que conforme a la tradición familiar se atribuía a Nicolas Poussin. Un experto indicó que la obra podía atribuirse a la escuela de Annibale Carracci, lo que hacía que fuera de mucho menor valor. El lienzo se sacó a subasta en 1968, haciéndose constar en el catálogo de la misma que pertenecía a la escuela de Carracci, y se vendió por 2.200 francos, aunque el Museo del Louvre ejerció el derecho legal de retracto. Poco después, un especialista en Poussin manifestó en un artículo que la obra era realmente de este pintor, y el Louvre procedió a exponerla como una obra maestra del mismo recién descubierta. Los vendedores demandaron al Museo reclamando la devolución del cuadro, así como una indemnización por error en la sustancia. El Tribunal de Primera Instancia de París decidió en 1972 resolver el contrato, sobre la base de que, debido a la mayor experiencia del Museo, éste había obtenido grandes beneficios del error del matrimonio Saint-Arroman: consideró que el Museo estaba perfectamente al tanto del error y la no revelación se consideró que viciaba el consentimiento de los vendedores. La Corte de Apelación de Versalles confirmó la decisión del tribunal de instancia, sobre la base de que, al momento de contratar, los vendedores no estaban convencidos de que la pintura fuera de Poussin, mientras que el Museo sí tenía probablemente ese conocimiento, dado que tuvo que ofrecer en la subasta un precio que era veinticinco veces el valor que le atribuyó el experto, además de que, sólo quince días después de la compra, el artículo del especialista en este autor presentaba la obra como un Poussin descubierto por el joven grupo de conservadores del Museo, siendo poco más tarde expuesto en el Museo como un Poussin. De este modo, el que el Louvre no comunicara a los vendedores que al menos suponía fuertemente que la obra era de Poussin constituyó un importante fundamento para permitir a los vendedores la resolución del contrato. En contra de esta resolución (vid. VAN ROSSUM, Madeleine, «The Duty of Disclosure: Tendencies in French Law, Dutch Law and English Law; Criterions, Differences and Similarities between the Legal Systems», en *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, vol. 7, núm. 3, 2000, pág. 319) se ha argumentado que si el comprador estuviera obligado a revelar al vendedor una información que le lleva a creer que la obra de arte en venta tiene un valor que sobrepasa el precio de venta no habría incentivo para el comprador para adquirir la información consecuencia de sus esfuerzos, porque sólo beneficiaría al vendedor, lo que finalmente iría en perjuicio de la sociedad porque las obras maestras se mantendrían desconocidas, y que el vendedor, como poseedor de la obra, la habría podido inspeccionar tanto como hubiera sido necesario, por lo que no podría luego quejarse si se equivocó sobre su identidad real. Ya D. Federico DE CASTRO puso un ejemplo similar (en «El negocio jurídico», *op. cit.*, pág. 113): «en caso de una oferta por persona iletrada de un incunable a una Biblioteca nacional, la compra que haga este establecimiento, a bajo precio, de «ese libraco viejo», sin advertir de su ignorancia al vendedor, estará viciada por error, potenciado por la mala fe de quien compra».

En el caso *Fragonard*, resuelto por las sentencias del *Tribunal de Grande Instance* de París del 6 de marzo de 1985 (cit. por GHESTIN, «The Pre-Contractual Obligation...», *op. cit.*, pág. 159; y NICHOLAS, «The Pre-Contractual Obligation...», *op. cit.*, pág. 185) y la *Cour d'appel* de París del siguiente 12 de junio (a su vez confirmada parcialmente por la Sala Civil 1.^a de la *Cour de cassation* el 24 de marzo de 1987), la Congregación de las Hermanas de Saint-Charles du Puy vendió el contenido de un ático a un comerciante por 6.800 francos, entre cuyos objetos estaba una pintura que fue adquirida más tarde por un restaurador por

4.000 francos. Tras una cuidadosa restauración y una costosa investigación realizada sobre todo en Italia, el restaurador descubrió que la pintura era una obra original del pintor manierista italiano Lorenzo Lotto, *Jesús con la Cruz*, vendiendo la pintura al Museo del Louvre por 3.250.000 francos. La Congregación reclamó la propiedad, y el tribunal de primera instancia la denegó, siendo sin embargo acogida la pretensión en apelación, por entender existente un error común a ambas partes en la sustancia del objeto del contrato (al no ser posible la restitución específica, hubo de entregar el precio pagado por el Louvre), lo que fue confirmado en casación sobre el mismo fundamento, si bien debía resarcirse al comprador por los trabajos de restauración desarrollados por él.

Similar es el caso del *Kantharos de Stevensweert*, resuelto por el TS holandés el 19 de junio de 1959 (*NJ* 1960/59), muy tratado por la doctrina de ese país: en 1943, el señor Bongers encontró al excavar cerca del río Mosa en Stevensweert (provincia de Limburgo, Países Bajos) una copa gris bastante fea llena de barro, y la vendió por un precio reducido a un conocido suyo, el señor Rulkes, que era coleccionista de curiosidades, especialmente de Limburgo. Tras la muerte de Rulkes, el matrimonio Van der Linden, que heredó la copa, quería estar mejor informado sobre la procedencia y el material de la copa, por lo que la llevaron al señor Van Straaten, el conservador del Museo de oro y plata de Utrecht, quien la mostró al orfebre Brom, que se interesó inmediatamente por el objeto (durante el procedimiento judicial, no obstante, insistió en que inicialmente no tenía la menor idea sobre el valor real de la copa), y la compró por 125 florines. Tras la venta, un amplio análisis de expertos mostró que la taza realmente era de origen griego bizantino y de un valor incalculable. Brom publicó sus hallazgos detalladamente en un folleto. Cuando el matrimonio Van der Linden leyó sobre el tesoro que había vendido por un precio insignificante, quiso anular la venta sobre la base de dolo o error y reclamó la restitución del objeto. La solicitud fue rechazada por los tribunales, y el TS holandés afirmó que de acuerdo a la opinión común razonable, la parte que entrega un objeto por una contraprestación acepta la posibilidad de que posteriormente el objeto llegue a tener especiales cualidades extraordinarias que no hayan podido ser previstas al momento de contratar. Ha de tenerse presente que el TS consideró que las especiales cualidades de la copa sólo se revelaron tras un estudio particular por el comprador, de modo que el conocimiento sobre el valor de la copa no se presumía que hubiera estado presente en el momento de la celebración del contrato, dejando expresamente abierta la posibilidad de que el contrato hubiera podido anularse sobre la base de circunstancias adicionales tales como el conocimiento inicial por el comprador del valor del objeto, lo que podría llevar a un deber de informar al vendedor inexperto, mientras que cuando el conocimiento final del comprador sobre el valor real se haya obtenido por una investigación sustancial ello podría justificar que obtuviera un beneficio excepcional. Cfr. ROSSUM, «The Duty of Disclosure...», *op. cit.*, págs. 320-321.

En España, la STS de 9 de octubre de 1981 declaró válida la venta de un cuadro cata-logado como del pintor Joaquín Sorolla que después resultó ser falso, si bien lo hizo sobre la base del uso de comercio que determina que la intervención de los vendedores de obras pictóricas en relación con la autenticidad de las pinturas vendidas en su establecimiento de autores fallecidos o no contemporáneos se limita expresar de buena fe que la obra vendida es propia de un artista determinado y ejecutada de su mano, según los elementos de juicio que hayan podido reunir o tener a su alcance. En relación con esta resolución judicial, MORELLES (en «El error en los contratos», *op. cit.*, págs. 88-89) entiende que, como el vendedor actuó de buena fe y, en consecuencia, la defectuosa información sobre la verdadera autoría del cuadro no era imputable a ninguno de los contratantes, se plantea por tanto cuál ha de ser el reparto de riesgos (el riesgo de una defectuosa información), en especial cuando la información de las partes es distinta, y una de ellas sabe lo que la otra ignora. Ya Federico DE CASTRO señaló (en «El negocio jurídico», *op. cit.*, pág. 113) que en ese caso el error de quien está peor informado puede resultar relevante si afecta a los hechos tomados como *valores entendidos* o «presuposiciones» del contrato, y así la buena fe *puede* llevar —en función de

cuanto antes al mercado, se tratará de generar incentivos para que las personas se involucren en actividades que lo permitan, y así ha de permitirse al comprador obtener los beneficios económicos de la información que posee, mientras que la imposición de un deber de informar al vendedor impide que pueda obtener esos beneficios, que se pierden por el solo hecho de transmitir la información; por ello, en esa situación, el comprador se abstendría de la operación y los objetos de arte quedarían con destinos menos valiosos que los potencialmente posibles, de modo que la imposición del deber de informar a quien ha invertido en la producción de la información se convertirá en un desincentivo para que en el futuro otros vuelvan a invertir en ese tipo de información (ya que no se recuperarán los costes, y respecto de la otra parte, que sabe que si la primera tuviera una información deberá suministrársela, no existirá razón para que él invierta en conseguirla por sí mismo), y por tanto no debería realizarse esa imposición, mientras que si no se ha producido esa inversión, porque la información se ha adquirido gratuitamente, la imposición —dado que el deber obviamente no desincentiva el azar— estaría justificada⁶³. No obstante, se le ha criticado⁶⁴ que si se trata de incentivar que las circunstancias que afectan al precio de un bien lleguen cuanto antes al mercado, no debería incentivarse

las circunstancias del caso— a que tenga valor la expresión del fin individual, como cuando al comprar un objeto el comprador explica al vendedor que lo adquiere como regalo de boda para cierta pareja y el vendedor sabe que los novios han muerto en un accidente pero no advierte de ello al comprador. En el mismo sentido, cfr. RIVERO, «Los vicios...», *op. cit.*, pág. 383, que destaca que en general el error en los motivos sólo tendrá relevancia cuando implique ausencia de causa.

El resultado es muy distinto en el Derecho inglés, que como veremos no suele reconocer la existencia de un deber precontractual de información, y que generalmente no considera la autenticidad de las obras de arte como un elemento esencial de la sustancia del objeto del contrato. Así, en el caso *Leaf v International Galleries* de 1950 [2 KB 86 (CA)], sobre la venta de un cuadro de la Catedral de Salisbury incorrectamente atribuido a John Constable y que ambas partes pensaban que era de este autor: se vendió en una galería de arte por 85 £ y cinco años después el comprador descubrió que no era auténtico, intentando anular el contrato por error, pero la demanda fue desestimada por caducidad de la posible acción, si bien Lord DENNING argumentó en torno al error que no lo hubo sobre el objeto de la venta, desde el momento en que lo que se vendió fue realmente un cuadro específico de la Catedral de Salisbury: había un error sobre la calidad del objeto y era en cierto sentido esencial, pero no anula el contrato porque no hubo error sobre el objeto de la venta: las partes estaban de acuerdo en las mismas condiciones sobre el mismo objeto y ello es suficiente para constituir un contrato. Lo mismo puede decirse del caso *Harlington & Leinster Enterprises Ltd v Christopher Hull Fine Art Ltd* de 1990 ([1991] 1 QB 564; 1 All ER 737): la descripción por el vendedor de las características del cuadro vendido no había movido al comprador a adquirirlo (no es una «venta por descripción» a los efectos de la Sección 13.^a de la *Sale of Goods Act* 1979), y éste había tenido la posibilidad de examinarlo por sí mismo antes de la compra.

⁶³ Cfr. GÓMEZ CALLE, «Los deberes precontractuales...», *op. cit.*, págs. 23-24; y MAZA GAZMURI, «Casos realmente difíciles...», *op. cit.*, págs. 1688-1689.

⁶⁴ Críticas recogidas por MAZA GAZMURI, en «Casos realmente difíciles...», *op. cit.*, págs. 1692-1693.

únicamente la producción de información, sino también su utilización: así, si la información adquirida gratuitamente que se refiera al valor de ciertos bienes no se protege, no habrá incentivos para utilizarla (como en el caso de quien aprecia casualmente la existencia de una valiosa obra de arte: si no se incentiva la utilización de esta información, se retrasará la llegada de la misma al mercado); y que la protección de la producción de información sólo se justifica en caso de que se genere una ganancia social neta, deducidos los costes que origina su producción y su protección (o, dicho de otro modo, que no toda producción de información sería protegible, si su coste resultara excesivo).

Por ello, BASOZÁBAL⁶⁵ entiende que la información que sólo pueda aprovecharse si se reserva puede no revelarse, aunque recaiga sobre presuposiciones contractuales, porque si es costosa debe incentivarse y si no lo es ha podido conocerse por la otra parte, excepcionando los casos de dolo, información privilegiada o posición monopolista o desproporción notoria en el gasto de acceso respecto de la información. No obstante, estos criterios, claramente basados en un análisis económico del Derecho, que atiende a los costes de acceso a la información de cada parte y a si su posesión crea riqueza o no, no pueden considerarse lo suficientemente determinantes por sí solos, sino que dependerá de las circunstancias concurrentes en cada caso, en función de cuál sea la relación entre las partes, su comportamiento previo, etc.

En cambio, la eficiencia productiva atiende a la naturaleza de la propia información y a sus efectos productivos y redistributivos, distinguiéndose entre la predicción de la información y el descubrimiento (reconocimiento de algo que se encuentra oculto y no se revelará a menos que alguien lo descubra). La predicción no es especialmente valiosa socialmente, sólo mejorará la posición negociadora de quien la tiene, si la utiliza; mientras que el descubrimiento sí aumentará la riqueza del conjunto de la sociedad. La primera será una información redistributiva, que crea una ventaja que puede utilizarse para redistribuir la riqueza en favor de la parte informada, mientras que la segunda será una información productiva, que puede utilizarse para crear más riqueza⁶⁶. Por ello, sólo la información productiva derivada del descubrimiento ha de protegerse,

⁶⁵ Cfr. BASOZÁBAL, «En torno a las obligaciones...», *op. cit.*, pág. 698.

⁶⁶ Otros autores, como SCHÄFER y OTT (en «Manual de análisis económico...», *op. cit.*, pág. 307), prefieren distinguir entre informaciones productivas, si el empleo del conocimiento en la adopción de decisiones conduce a una ganancia neta de bienestar (por lo que el empleo del conocimiento es más productivo que su no empleo), e improductivas, que son ventajosas para el particular pero no para la sociedad en su conjunto (el beneficio particular no es mayor que el daño que sufre otro, con lo que el coste de la información sólo permite un juego de suma cero improductivo). Así, la protección de la confianza se basaría en la productividad de las informaciones que se evitan con la confianza, excluyendo las informaciones improductivas e incluso antiproductivas, que minan las condiciones funcionales de la economía de mercado (*ibid.*, pág. 325).

y por tanto no habría de existir un deber de transmitirla, y no la información redistributiva derivada de la predicción⁶⁷.

La importancia de esta materia ha crecido de forma exponencial en los últimos tiempos, aumentando en gran número las normas que, en todos los ámbitos, tratan la misma, en especial en el ámbito de la protección de los consumidores, y en el Derecho comparado la generalidad de los ordenamientos europeos⁶⁸

⁶⁷ Cfr. MAZA GAZMURI, «Casos realmente difíciles...», *op. cit.*, págs. 1689-1692.

⁶⁸ No así en el Derecho inglés, donde como dijimos se parte precisamente del rechazo a imponer deberes generalizados de información precontractual (de modo que la reticencia —*non disclosure*— no se equipara a la información fraudulenta —*fraudulent misrepresentation*—, que es la que se reprime; no obstante, sobre la dificultad de aprehender el concepto de la *misrepresentation* en el Derecho inglés, vid. SEFTON-GREEN, Ruth, «How far can we go when using the English language for private law in the EU?», en *ERCL*, vol. 8, núm. 1, 2012, págs. 36-37), por no producirse una aplicación del principio de la buena fe en los tratos preliminares y por la atenuación de la importancia del error en el consentimiento a favor de la acentuación de la responsabilidad de la otra parte en su causación. Correspondría así a cada parte la obtención de la información que entienda relevante para contratar o no, y hacerlo con unas determinadas condiciones. Para Barry NICHOLAS [«The Pre-Contractual Obligation to Disclose Information: English Report»], en HARRIS y TALLON (eds.), «Contract Law Today...», *op. cit.*, págs. 184 y 187] la distinción básica entre los Derechos ingles y francés (lo que podría generalizarse a los Derechos continentales) es que el primero parte de un punto de vista económico y el francés de uno moral, además de las diferencias en las estructuras conceptuales entre los dos sistemas legales. La actual posición del Derecho inglés se recoge en las sentencias de la *House of Lords* en los casos *Banque Keyser Ullmann SA v Skandia (U.K.) Insurance Co Ltd* y *Bank of Nova Scotia v Hellenic Mutual War Risks Association (Bermuda) Ltd* [(1991) 2 A.C. 249 (1990) 3 W.L.R. 364, H.L. (E.) y (1991) 2 W.L.R. 1279, H.L. (E.)], ambas referidas a seguros (contratos que precisamente constituirían una excepción a esta regla), y puede remontarse a la sentencia del caso *Smith v Hughes* de 1871 (LR 6 QB 597), donde el juez COCKBURN declaró «I take the true rule to be, that where a specific article is offered for sale, without express warranty, or without circumstances from which the law will imply a warranty —as where, for instance, an article is ordered for a specific purpose—and the buyer has full opportunity of inspecting and forming his judgment, if he chooses to act on that judgment, the rule *caveat emptor* applies» y el juez BLACKBURN, más claramente aún, que «whatever may be the case in a court of morals, there is no legal obligation on the vendor to inform the purchaser that he is under a mistake, not induced by the act of the vendor». Cfr., al respecto, GARCÍA RUBIO, María Paz y OTERO CRESPO, Marta, «La responsabilidad precontractual en el Derecho contractual europeo», en *InDret*, núm. 2/2010, abril 2010, pág. 30; MAZA GAZMURI, «Tipicidad y atípicidad...», *op. cit.*, págs. 89-92; y PANTALEÓN, «Responsabilidad precontractual...», *op. cit.*, págs. 899-900. La excepción estaría en los casos en que se establece un deber legal expreso de informar (como dice MAZA GAZMURI, la diferencia entre el Derecho continental y el *common law* no sería respecto de la presencia de «deberes precontractuales de información», sino de los que denomina «deberes precontractuales de información atípicos»), cuando concurren circunstancias en que la no revelación de una información pueda considerarse como deshonesta (constituyendo una *misrepresentation*) y en los contratos denominados *uberrimae fidei*, en los que existen especiales relaciones de confianza entre las partes (participación en sociedades, colaboración empresarial, empresas familiares, seguros...).

En el Derecho de Estados Unidos, en cambio, la jurisprudencia ha considerado en ocasiones que existiría un *duty to disclose*. Aunque no es uniforme, tiene en cuenta especialmente si la información se refiere a la calidad o «sustancia intrínseca» del bien objeto del contrato

consideran como una derivación de las exigencias de la buena fe el que quienes negocian han de informarse recíprocamente de las circunstancias que la otra ignore y que puedan ser de importancia sustancial para la adopción de la decisión de contratar o no o de hacerlo en esas condiciones (circunstancias relevantes que varían en los distintos ordenamientos)⁶⁹.

Así, específicamente en la materia del Derecho del consumo es donde el papel general de la información al consumidor es especialmente destacado⁷⁰: como manifestación de una transparencia del mercado que le permitiría adoptar decisiones libres y debidamente meditadas, se consideró desde sus primeros momentos que también esa información debía darse específicamente en el ámbito precontractual, y ahora desde un enfoque positivo: la aportación de información ha de realizarse activamente, sin que pueda presumirse que exista o ya la tenga el consumidor. Así, el artículo 8.d) TRLGDCU [antes 2.d) LGDCU] contempla, como uno de los «derechos básicos de los consumidores y usuarios» que recoge, «la información correcta sobre los diferentes productos o servicios y la educación y divulgación, para facilitar el conocimiento sobre su adecuado uso, consumo o disfrute».

De este modo, el consentimiento contractual ha de ser un consentimiento debidamente informado de todas las circunstancias relevantes que puedan incidir sobre el contrato y su contenido, y con el establecimiento de unos deberes de información precontractual se pretende reequilibrar la asimetría informativa que originariamente existe entre las partes de la negociación, derivada de los distintos conocimientos que tienen (o pueden tener) como consecuencia de su diferente posición respecto de esas informaciones, y de ahí que en ciertos tipos de contratos esas informaciones precontractuales pasen a formar parte del contrato y el incumplimiento del deber de proporcionarlas se asimile en cierta medida al incumplimiento contractual⁷¹, resarcíéndose no sólo un interés negativo o de confianza (daños derivados de haber concluido un contrato ineficaz, del quebrantamiento de la confianza razonablemente suscitada en la

o a otras circunstancias externas, si el contratante mejor informado tiene algún deber tuitivo o fiduciario frente al otro, más débil; si la información se ha conseguido por cauces legítimos y ha exigido, además, un especial esfuerzo o gasto para quien la obtuvo; y si quien no reveló la información crucial acompañó su reticencia con mentiras, expresiones engañosas o medias verdades. Cfr., al respecto, KRAWIEC, Kimberly D. y ZEILER, Kathryn, «Common-Law Disclosure Duties and the Sin of Omission: Testing the Meta-Theories», en *Virginia Law Review*, vol. 91, núm. 8, diciembre de 2005, págs. 1795-1888. Realmente, como ponen de manifiesto estas autoras tras examinar más de mil casos, no existiría una verdadera teoría que cubriera todos los supuestos de error y *non-disclosure*, en la que han fallado todos los intentos doctrinales (cfr. también BORDEN, «Mistake and Disclosure...», *op. cit.*, pág. 676).

⁶⁹ Cfr. GARCÍA RUBIO y OTERO CRESPO, «La responsabilidad precontractual...», *op. cit.*, pág. 29.

⁷⁰ Recordemos que el artículo 51.2 CE declara que «los poderes públicos promoverán la información y la educación de los consumidores y usuarios».

⁷¹ Cfr. GARCÍA RUBIO y OTERO CRESPO, *ibid.*

otra parte, al margen de que el contrato llegue finalmente a celebrarse y no se impugne; es decir, el interés derivado de la confianza, que coloca a la parte en la misma situación en que estaría si no se hubieran iniciado las negociaciones, porque no habría contratado si no hubiera padecido el error)⁷², relacionado con la culpa *in contrahendo*, sino incluso un interés positivo o contractual en el cumplimiento del contrato conforme a esas informaciones (es así un interés en el cumplimiento: exigencia del cumplimiento del contrato, en caso de que se llegara a realizar efectivamente, en los términos razonablemente esperables por la otra parte como consecuencia de la información recibida), vinculado a la existencia de dolo (que además permitiría la anulación del contrato)⁷³. Ello se verá destacadamente en el tratamiento que dan a esta materia los últimos textos de Derecho contractual europeo armonizado⁷⁴.

Por tanto, no puede decirse que exista actualmente un derecho general a una información contractual, fuera de los casos de específica previsión legal y de los deberes impuestos por la buena fe, acudiéndose en gran medida a la casuística de las circunstancias concurrentes y al recurso a pluralidad de criterios (tipo o configuración del contrato entre las partes, condición de las partes, comportamiento de una y otra, coste de acceso a la información...), ninguno de los cuales es relevante por sí solo. Sin embargo, tal derecho sí existiría en el ámbito del Derecho de consumo, y es contemplado —ahora ya con carácter general— por los distintos proyectos nacionales y europeos de modernización del Derecho de obligaciones y contratos.

Finalmente, apuntemos con BORDEN⁷⁵ que, frente al modelo estándar (en que una parte tiene una información de que carece la otra), la situación puede ser diferente cuando estamos ante lo que este autor llama un modelo de informaciones bilaterales o *modelo bilateral*: tanto el comprador como el vendedor

⁷² Entrarían aquí tanto el resarcimiento del daño emergente (daños y costes derivados de la negociación y contratación que finalmente no fructificó) como el del lucro cesante (pérdida de posibles oportunidades de contratar con terceros).

⁷³ PANTALEÓN (en «Responsabilidad precontractual...», *op. cit.*, pág. 917) considera en cambio que sólo sería resarcible el interés negativo o de confianza, y no el positivo, cuya indemnización sería propia de la responsabilidad contractual. GALGANO («Il negozio giuridico», *op. cit.*, págs. 510-512) entiende que si el contrato no se ha llegado a concluir sería resarcible el interés contractual negativo, siendo el lucro cesante el daño por las ocasiones perdidas, mientras que si se ha concluido y es fruto de la falta de información entre los contrayentes (o de la falsa información, habría que añadir), entonces el resarcimiento del daño se regulará por los criterios (contractuales) ordinarios, y ello al margen de que también quepa la posibilidad de anulación del contrato en los casos del artículo 1.338 del *Codice*.

⁷⁴ Vid. los artículos 6:101 PECL, II.-9:102 DCFR, 70 del Estudio de Viabilidad del Grupo de Expertos (en su versión definitiva, 67 en la primera) y 69 CESL, y en mucha menor medida el artículo 32.2 del Proyecto de Pavía. También el artículo 1276 del Código Civil en la redacción propuesta por la Comisión General de Codificación en 2009.

⁷⁵ Cfr. BORDEN, «Mistake and Disclosure...», *op. cit.*, págs. 682-683.

disponen de informaciones sobre un bien dinámico (no inerte)⁷⁶ que afectan a su valor, como cuando una compañía farmacéutica vende la patente de un medicamento contra la diabetes, con un valor de 50 millones de dólares, y el comprador, tras una exhaustiva investigación, ha descubierto que combinado con sus propios procesos y productos el medicamento contra la diabetes puede ser transformado en otro contra el cáncer, de modo que en manos del comprador valdría 10.000 millones de dólares. De este modo, tanto el comprador como el vendedor han invertido en una información que aumenta el valor del bien, y este modelo se caracteriza porque el vendedor haya invertido en la información, haya un bien dinámico, el comprador realice aportaciones que incrementarán el valor del bien y exista una previa inversión del comprador en información.

En este modelo, BORDEN⁷⁷ entiende que necesariamente el deber de información veraz ha de ser lo mínimo (lo que llama regla de *a buen entendedor pocas palabras bastan, a Word to the Wise rule*), para preservar los incentivos del comprador para invertir en una información socialmente útil, regla que sería la adecuada por los siguientes motivos: a diferencia del modelo estándar o unilateral, el comprador mantiene el beneficio por la operación; una pequeña revelación no transmite suficiente información como para afectar al precio y así reducir parte del incentivo del comprador porque el beneficio esperado de su inversión en información sea menor; al preservarse los incentivos del comprador a invertir en información, también quedan preservados los beneficios sociales derivados de la inversión del comprador en información; y el comprador transmite alguna información al vendedor que, en vez de afectar al precio de venta, podría inducir al vendedor a invertir más en información⁷⁸. Aquí, la utilidad de la regla de la *deshonestidad óptima* es bastante menor: la necesidad de mentir se reduce significativamente, al tener el comprador menos que perder por una

⁷⁶ Es decir, que varíe su valor como resultado de las aportaciones sobre el mismo.

⁷⁷ Cfr. BORDEN, «Mistake and Disclosure...», *op. cit.*, págs. 689, 691-693 y 702-704.

⁷⁸ Esa inversión puede llevar al vendedor a no descubrir la información privada especial del comprador y finalmente venderle el bien, lo que implicaría una sobreinversión malgastada y por tanto una pérdida social, pero mucho menor que la ganancia social derivada de la transferencia del bien a la parte que más valor le va a dar y que el incentivo positivo al comprador a invertir en información socialmente útil; o bien (poco probable) que rechace vender el bien al comprador, determinado a descubrir su secreto, lo que se traduciría en una búsqueda duplicada ineficiente y una significativa pérdida social al eliminarse la posibilidad de alcanzar el uso más valioso del bien, al igual que se privaría al comprador de recuperar su inversión en información, lo que reduce los incentivos de los compradores a invertir en información socialmente útil; o finalmente el vendedor invierte más en información y descubre el uso más valioso del bien, en cuyo caso se libera el valor social de la inversión de ambas partes pero al doble coste de la inversión duplicada en información y la pérdida de incentivo del comprador a invertir en la información que le llevó en primer lugar a provocar la investigación del vendedor, si bien al ser esta tercera posibilidad altamente improbable la pérdida de eficiencia puede ser obviada. Cfr. BORDEN, «Mistake and Disclosure...», *op. cit.*, págs. 692-693.

pequeña divulgación de su información, por cuanto que el vendedor, que ya ha examinado y explotado totalmente su bien hasta el máximo de su capacidad y ha invertido fuertemente en desarrollarlo, no irá muy lejos en la averiguación del uso especial que le pueda dar el comprador, de modo que no hay peligro (o es mínimo) de que pueda adivinar ese uso especial (que es su *secreto profundo*). Por tanto, en un modelo de entradas informacionales bilaterales la regla de *a buen entendedor...* puede ser tan eficiente como la de la *deshonestidad óptima*, porque protege el incentivo del comprador a invertir en información socialmente útil y fomenta el movimiento del bien de un usuario de menor valor a otro de mayor valor, e incluso de hecho puede ser más eficiente, si se tienen en cuenta las ineficiencias en la economía que crea una regla que permite errores provocados dolosamente⁷⁹.

2. LEGISLACIÓN ACTUAL

A) EL DERECHO ESPAÑOL

a) *Los deberes de información precontractual en general*

En el caso de que se llegue a celebrar el contrato y el profesional no hubiera cumplido los deberes de información precontractual, el Derecho español no contempla una solución general (aunque sí soluciones aisladas para determinados supuestos, como en el caso de los contratos con consumidores), ante lo cual BASOZÁBAL⁸⁰ considera que debería ser el propio protegido quien decida

⁷⁹ Sobre la igual eficiencia desde un punto de vista económico (o sólo algo menor, dependiendo del comportamiento del vendedor), de la regla *a buen entendedor...* respecto de la de la *deshonestidad óptima*, cfr. BORDEN, «Mistake and Disclosure...», *op. cit.*, págs. 694-696 y 704-705. Como indica este autor, el primer modelo llevaría a la esfera de un monopolio casi bilateral en la fijación del precio, que no sería así un precio de mercado.

⁸⁰ Cfr. BASOZÁBAL, «En torno a las obligaciones...», *op. cit.*, pág. 709. Para PANTALEÓN (en «Responsabilidad precontractual...», *op. cit.*, págs. 920-924) sería admisible que el perjudicado pueda optar por pedir la indemnización del interés de confianza cuando le resulte difícil probar el importe de su interés en el cumplimiento, si bien finalmente distingue entre: 1) la infracción del deber de información constitutiva de dolo o que haya provocado un error a la otra parte, que opta por anular el contrato, en cuyo caso debería indemnizarse el interés negativo, y no el interés en el cumplimiento, salvo que la falsa representación generada en la otra parte por el dolo pudiera considerarse incorporada al contrato como un término del mismo; 2) el mismo caso pero si la parte que sufre el error o dolo opta por confirmar el contrato o pierde por caducidad la facultad de anularlo, y 3) los casos en que la infracción del deber de información no constituye dolo ni provoca un error que permita a la otra parte la anulación del contrato, siendo procedente en estos dos últimos supuestos la indemnización del interés negativo, y sin que el interés en el cumplimiento debo determinar el límite máximo de la indemnización. Por ello, critica (*ibid.*, págs. 926-927) el que el artículo II-3:109.2-3

cuál es el interés que prefiere proteger: si apostar por el contrato o desligarse de él, produciéndose en el primer caso una integración judicial del contrato que tenga en cuenta la información ignorada, lo que supone un modelo hipotético de contrato equitativo (el que se hubiera celebrado de no haberse producido la falta o defecto de la información precontractual)⁸¹ e implica una solución propia de la esfera del incumplimiento contractual, que en la mayoría de las ocasiones se traducirá en una reducción del precio pagado por la prestación; mientras que en el segundo caso se podría reclamar la satisfacción tanto del interés en no haber contratado de haber conocido las circunstancias realmente concurrentes, a través de la acción de nulidad o la rescisión, como el interés positivo, a través del ejercicio de la resolutoria.

b) *Los deberes en los contratos de consumo: el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*

Aunque, como hemos visto, puede considerarse existente un deber genérico de informar en todos los contratos, y en algún sector contractual se establezca específicamente⁸², es en los contratos de consumo donde tiene tal deber un papel destacado.

DCFR, como veremos, equipare el incumplimiento de los deberes precontractuales con la incorporación al contrato de las obligaciones contractuales razonablemente esperadas por la otra parte, y la solución que da a la concurrencia entre los remedios de las responsabilidades contractual y precontractual (responsabilidad extracontractual salvo que procediera la contractual por incumplimiento), en vez de dejar libertad de opción al perjudicado.

⁸¹ Como contempla el artículo 65 TRLGDCU, al que nos referiremos más adelante en el texto, o el artículo 1.301 *in fine* de la Propuesta de la Comisión General de Codificación, respecto del aprovechamiento injusto por una parte de la ignorancia, inexperiencia o falta de previsión de la otra, y que establece que ésta podrá pedir al juez la introducción en el contrato de las modificaciones necesarias para adaptarlo a las exigencias de la buena fe y lo que sea usual en el tráfico jurídico.

⁸² Así, el artículo 10 LCS establece el deber del tomador del seguro de declarar al asegurador, antes de la conclusión del contrato, todas las circunstancias por él conocidas que puedan influir en la valoración del riesgo; el artículo 13 de la Ley de Venta a Plazos de bienes muebles determina que la publicidad relativa al precio de los bienes deberá expresar el precio de adquisición al contado y el precio total a plazos, y si se hubiera estipulado un tipo de interés variable, se fijará el precio estimado total según el tipo vigente en el momento de la celebración del contrato, haciendo constar expresamente que se ha calculado así, y que en la publicidad y en los anuncios y ofertas exhibidos en locales comerciales en que se ofrezca un crédito o la intermediación para la celebración de un contrato deberá, en todo caso, indicarse el tipo de interés y la tasa anual equivalente, mediante un ejemplo representativo; y el artículo 21.3 de la Ley sobre régimen del suelo y valoraciones impone el deber de informar de los vínculos urbanísticos que afecten a los inmuebles vendidos. El artículo 4.II de la Ley General de Publicidad (hasta su reforma por la Ley 29/2009, de 30 de diciembre) también consideraba engañosa (y por tanto ilícita) la que silencie datos fundamentales de los bienes, actividades o

Este derecho básico del consumidor se desarrolló en su dimensión genérica (no necesariamente contractual⁸³) en el Capítulo IV de la Ley de consumidores, y en tal sentido el artículo 13 establecía, como un derecho del consumidor y un deber del empresario, que la información se incorpore a los propios bienes, productos o servicios⁸⁴. Actualmente, esta idea se ha retomado por el artículo 18.2 TRLGDCU⁸⁵, si bien éste se centra excesivamente en el etiquetado y presentación más que en la información propiamente dicha, lo que ha merecido críticas de la doctrina⁸⁶. A ese deber de información del empresario (o más bien el derecho del consumidor a recibirla) sí se refiere el artículo 17.1 TRLGDCU⁸⁷, pero lo hace parcialmente, pues no se establece desde el punto de vista del deber (o del derecho) en sí mismo, sino respecto del control de su efectividad por parte de los poderes públicos.

Los aspectos sobre los que debe versar la información a proporcionar al consumidor, conforme al artículo 18.2 TRLGDCU, son:

- a) Nombre y dirección completa del productor.
- b) Naturaleza, composición y finalidad.
- c) Calidad, cantidad, categoría o denominación usual o comercial, si la tienen.
- d) Fecha de producción o suministro y lote, cuando sea exigible reglamentariamente, plazo recomendado para el uso o consumo o fecha de caducidad.
- e) Instrucciones o indicaciones para su correcto uso o consumo, advertencias y riesgos previsibles.

El que esa enumeración sea «en particular» (o, como decía más gráficamente la LGDCU, «al menos») sobre esos aspectos implica que sea una lista de aspec-

servicios e induzca así a error a los destinatarios, pero esta referencia a la publicidad engañosa por omisión ha desaparecido en la redacción vigente.

⁸³ Ya que, por ejemplo, hace referencia a las características del producto o la identidad del productor, que no tiene por qué ser contratante.

⁸⁴ Dicho artículo 13 señala que «los bienes, productos y, en su caso, los servicios puestos a disposición de los consumidores y usuarios deberán incorporar, llevar consigo o permitir de forma cierta y objetiva una información veraz, eficaz y suficiente sobre sus características esenciales (...).».

⁸⁵ «Sin perjuicio de las exigencias concretas que se establezcan reglamentariamente, todos los bienes y servicios puestos a disposición de los consumidores y usuarios deberán incorporar, acompañar o, en último caso, permitir de forma clara y comprensible, información veraz, eficaz y suficiente sobre sus características esenciales (...).».

⁸⁶ Cfr. LASARTE, *Manual sobre protección de consumidores y usuarios*, 4.^a ed., Ed. Dykinson, Madrid, 2010, págs. 105-106.

⁸⁷ «Los poderes públicos (...) asegurarán que estos dispongan de la información precisa para el eficaz ejercicio de sus derechos y velarán para que se les preste la información comprensible sobre el adecuado uso y consumo de los bienes y servicios puestos a su disposición en el mercado».

tos mínimos a recoger en la información que debe proporcionarse al consumidor, sin que constituya un *numerus clausus* y que además ha de adaptarse en cada caso a las características del producto o servicio contemplado⁸⁸, en especial en función de «las exigencias concretas que se establezcan reglamentariamente»⁸⁹. Además, como se trata de una información que permitirá al consumidor formar

⁸⁸ Cfr. LASARTE, «Manual sobre protección de consumidores y usuarios», *op. cit.*, pág. 107.

⁸⁹ Así, pueden citarse los siguientes reglamentos: Decreto 2807/1972, de 15 de septiembre, sobre publicidad y marcado en la venta al público de artículos al por menor; Real Decreto 928/1987, de 5 de junio, relativo al etiquetado de composición de los productos textiles, modificado por el Real Decreto 396/1990, de 16 de marzo, y el Real Decreto 1748/1998, de 31 de julio; Real Decreto 1468/1988, de 2 de diciembre, por el que se aprueba el reglamento de etiquetado, presentación y publicidad de los productos industriales destinados a su venta directa a los consumidores y usuarios, modificado por el Real Decreto 1182/1989, de 20 de septiembre; sendas OOMM de 15 de febrero de 1990, por la que se establece la normativa para el etiquetado informativo de los guantes, y por la que se establece la normativa para el etiquetado informativo de los artículos de marroquinería, viajes y guardería; Real Decreto 930/1992, de 17 de julio, por el que se aprueba la norma de etiquetado sobre propiedades nutritivas de los productos alimenticios; Real Decreto 1078/1993, de 2 de julio, por el que se aprueba el reglamento sobre clasificación, envasado y etiquetado de productos peligrosos, modificado por el Real Decreto 3363/1995, de 10 de marzo, y el Real Decreto 1425/1998, de 3 de julio; Real Decreto 2236/1993, de 17 de diciembre, por el que se regula el etiquetado y el prospecto de los medicamentos de uso humano; Real Decreto 124/1994, de 28 de enero, que regula el etiquetado y la información referente al consumo de energía y de otros recursos de los aparatos de uso doméstico; Real Decreto 363/1995, de 10 de marzo, por el que se aprueba el reglamento sobre notificación de sustancias nuevas y clasificación, envasado y etiquetado de sustancias peligrosas, modificado por el Real Decreto 700/1998, de 14 de abril, el Real Decreto 507/2001, de 11 de mayo, y el Real Decreto 99/2003, de 24 de enero; Real Decreto 1718/1995, de 27 de octubre, por el que se regula el etiquetado de los materiales utilizados en los componentes principales del calzado; Real Decreto 1599/1997, de 17 de octubre, sobre productos cosméticos; Real Decreto 1334/1999, de 31 de julio, por el que se aprueba la norma general de etiquetado, presentación y publicidad de los productos alimenticios, modificado por el Real Decreto 238/2000, de 18 de febrero; Real Decreto 3423/2000, de 15 de diciembre, por el que se regula la indicación de los precios de los productos ofrecidos a los consumidores y usuarios; Real Decreto 1074/2002, de 18 de octubre, por el que se regula el proceso de elaboración, circulación y comercio de aguas de bebida envasadas, modificado por el Real Decreto 1744/2003, de 19 de diciembre; Orden PRE/1019/2003, de 24 de abril, sobre transparencia de los precios de los servicios bancarios prestados mediante cajeros automáticos; y Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios. Además, han de tenerse en cuenta la existencia de Reglamentos europeos, relativos especialmente a productos agrícolas y alimenticios: 2092/1991/CEE, de 24 de junio, sobre la producción agrícola ecológica y su indicación en los productos agrarios y alimenticios, modificado por el 426/2001/CE, de 2 de marzo; 2081/1992/CEE, de 14 de julio, relativo a la protección de las indicaciones geográficas y de las denominaciones de origen de los productos agrícolas y alimenticios, modificado por el 1068/1997/CE; 2082/1992/CEE, de 14 de julio, relativo a la certificación de las características de los productos agrícolas y alimenticios; 1139/1998/CE, de 26 de mayo, relativo a la indicación obligatoria en el etiquetado de determinados productos alimenticios fabricados a partir de organismos modificados genéticamente, de información distinta a la prevista en la Directiva 79/112/CEE, modificado por el 49/2000/CE, de 10 de enero; y 1980/2000/CE, de 17 de julio, relativo a un sistema comunitario revisado de concepción de etiqueta ecológica.

libremente su voluntad contractual, ha de producirse antes de la formación del contrato e incluso antes de toda negociación contractual individual, desde que se produce la circunstancia contemplada por el artículo 18.2 TRLGDCU: que los bienes y servicios sean puestos a disposición de los consumidores, a través de una oferta al público o al consumidor individual. No obstante, en caso de tratarse de relaciones contractuales a largo plazo o de productos o servicios duraderos, ha de entenderse que la información habrá de prolongarse o actualizarse más allá de la celebración del contrato, adaptándose a esa perdurabilidad⁹⁰.

Específicamente en relación con los riesgos previsibles derivados de la utilización de los bienes y servicios, el derecho a la información se contempla también en el artículo 12 TRLGDCU: los empresarios deberán ponerlos en conocimiento del consumidor *por medios apropiados*, en especial respecto de la manipulación de los productos químicos o que en su composición lleven sustancias clasificadas como peligrosas.

La contemplación específica de la información en el ámbito contractual (ya no como un derecho abstracto genérico) se realiza en el artículo 60 TRLGDCU, estableciéndose en el mismo la obligación del empresario de poner a disposición del consumidor, gratuitamente y de forma clara, comprensible y adaptada a las circunstancias, la información relevante, veraz y suficiente sobre las características esenciales del contrato, especialmente sobre sus condiciones jurídicas y económicas, y de los bienes o servicios que constituyen su objeto. Respecto a qué constituye información relevante, se determina que será tanto, con carácter general, la establecida en el propio TRLGDCU respecto de los bienes o servicios, como la referente a una serie de datos que detalla el precepto⁹¹. Es importante tener en cuenta que, conforme al artículo 65 TRLGDCU, en los supuestos de omisión de información precontractual relevante, la misma se considerará integrada en beneficio del consumidor conforme al principio de buena fe objetiva.

Complementariamente se establece en el artículo 61 TRLGDCU (que recoge el antiguo artículo 8 LGDCU, que a su vez retomaba lo que ya disponía

⁹⁰ Cfr. LASARTE, «Manual sobre protección de consumidores y usuarios», *op. cit.*, págs. 108-109.

⁹¹ Nombre, razón social y domicilio completo del responsable de la oferta contractual y, en su caso, el nombre, razón social y la dirección completa del comerciante por cuya cuenta actúa; precio completo, incluidos los impuestos, o presupuesto, en su caso (debiéndose informar en todo caso del precio final completo, desglosando, en su caso, el importe de los incrementos o descuentos aplicables, de los gastos repercutidos al consumidor y usuario y de los gastos adicionales por servicios accesorios, financiación u otras condiciones de pago similares); fecha de entrega, ejecución del contrato y duración; procedimiento para que el consumidor pueda poner fin al contrato; garantías ofrecidas; lengua o lenguas en las que podrá formalizarse el contrato, en caso de ser distintas de la de la información previa a la contratación; existencia, plazo y forma de ejercicio del derecho de desistimiento del contrato que pueda corresponder al consumidor; y dirección completa para quejas y reclamaciones del consumidor o usuario y, en su caso, información sobre el sistema extrajudicial de resolución de conflictos.

la jurisprudencia desde los años setenta⁹²⁾ la integración del contenido de la publicidad en el contrato: al margen de la posible naturaleza engañosa de la publicidad, que determinaría su ilicitud conforme a la Ley General de Publicidad, se establece el carácter vinculante del contenido de la oferta, promoción o publicidad, que pasa a formar parte del contrato posterior, aun cuando no se indique expresamente en él, y prevalece sobre las cláusulas del mismo, salvo que éstas sean más beneficiosas.

Sobre la publicidad engañosa, la Ley General de Publicidad establece, además de su calificación como acto de competencia desleal, su conceptuación como publicidad ilícita [art. 3.e)], contra la que se puede actuar a través de las acciones que para la competencia desleal contempla la Ley de tal materia (art. 6.1)⁹³.

Además de esa información, específicamente en relación con los *contratos celebrados a distancia*, el artículo 97 TRLGDCU (junto con el art. 40 LOCM, con el que se solapa con similar contenido) establece el deber del empresario, previamente al inicio del procedimiento de contratación y con antelación necesaria, de suministrar al consumidor y usuario, de forma veraz y suficiente, una información complementaria⁹⁴, de modo claro e inequívoco, y manifestando su finalidad comercial (en esa línea, también el art. 39.1 LOCM⁹⁵), mediante

⁹² Así, la STS de 14 de junio de 1976: la publicidad integra la oferta y es aceptada con la aceptación de ésta, por lo que vincula al vendedor. La STS de 23 de mayo de 2003, ya bajo la vigencia de la LGDCU, contempla la integración contractual de la publicidad como consecuencia del principio de buena fe y la doctrina de los propios actos. También pueden citarse, entre otras muchas, las SSTS de 21 de julio de 1993 y 8 de noviembre de 1996.

⁹³ Sobre la publicidad engañosa y confusionista, cfr. por todos TEJEDOR MUÑOZ, Lourdes, «Algunos supuestos de publicidad engañosa: revisión crítica a la luz de la jurisprudencia y de las nuevas Directivas 2005/29, de 11 de mayo de 2005, Directiva sobre las prácticas comerciales desleales, y de 12 de diciembre de 2006, Directiva 2006/114 sobre publicidad engañosa y comparativa», en *RCDI*, núm. 717, 2010, págs. 337-350; y «Consideraciones en torno a la publicidad confusionista a la luz de la Ley 29/2009, de 30 de diciembre, por la que se modifica el régimen legal de la competencia desleal y de la publicidad para la mejora de la protección de los consumidores y usuarios», en *RCDI*, núm. 721, 2010, págs. 2433-2447.

⁹⁴ Relativa al coste de la utilización de la técnica de comunicación a distancia cuando se calcule sobre una base distinta de la tarifa básica, las características esenciales del bien o servicio, los gastos de entrega y transporte en su caso, el plazo de vigencia de la oferta y del precio y, en su caso, la ausencia del derecho de desistimiento; la duración mínima del contrato, si procede, cuando se trate de contratos de suministro de bienes o servicios destinados a su ejecución permanente o repetida; las circunstancias y condiciones en que el empresario puede suministrar un bien o servicio de calidad y precio equivalentes, en sustitución del solicitado por el consumidor y usuario, cuando se quiera prever esta posibilidad; la forma de pago y modalidades de entrega o de ejecución; y la indicación, en su caso, de si el empresario dispone o está adherido a algún procedimiento extrajudicial de solución de conflictos.

⁹⁵ No obstante, éste es más detallado: «En todas las propuestas de contratación deberá constar inequívocamente que se trata de una oferta comercial. Concretamente, en el caso de comunicaciones telefónicas, deberá precisarse explícita y claramente, al principio de cualquier conversación con el comprador, la identidad del vendedor y la finalidad comercial de la llamada». Con ello se busca destacar su carácter de oferta contractual, no de mera publicidad genérica o invitación a contratar, a fin de que su aceptación determine la perfección del contrato.

cualquier técnica adecuada al medio de comunicación a distancia utilizado, y respetando el principio de buena fe en las transacciones comerciales, así como los principios de protección de quienes sean incapaces de contratar.

Dicha información, de acuerdo con el artículo 98, deberá ser confirmada, antes de la ejecución del contrato, por escrito o en cualquier soporte de naturaleza duradera adecuado a la técnica de comunicación a distancia utilizada (salvo oposición expresa del consumidor), indicándose asimismo la dirección del establecimiento del empresario donde el consumidor pueda presentar sus reclamaciones, los servicios de asistencia técnica u otros servicios postventa y a las garantías existentes, y las condiciones para la denuncia del contrato, en caso de celebración de un contrato de duración indeterminada o de duración superior a un año. Se exceptúan los contratos relativos a servicios cuya ejecución se realice utilizando una técnica de comunicación a distancia que se presten de una sola vez, cuya facturación sea efectuada por el operador de la técnica de comunicación, aunque el consumidor deberá en todo caso conocer la dirección geográfica del establecimiento del empresario donde pueda presentar sus reclamaciones.

No obstante, ha de tenerse en cuenta que, conforme al artículo 93.2 TRLGDCU (38.4 LOCM), existen una serie de contratos a los que no resultará de aplicación esa especialidad en la aportación de información y su confirmación: los de suministro de productos alimenticios, de bebidas o de otros productos del hogar de consumo corriente suministrados en el domicilio del consumidor y usuario, en su residencia o en su lugar de trabajo por empresarios que realicen visitas frecuentes y regulares; y los de suministro de servicios de alojamiento, de transporte, de comidas o de esparcimiento, cuando el empresario se comprometa al celebrarse el contrato a suministrar tales prestaciones en una fecha determinada o en un período concreto.

Otro supuesto especial es el de los *contratos de viaje combinado*, en los que por el artículo 152 TRLGDCU (antiguo art. 3 de la Ley de Viajes Combinados) se establece la obligación del detallista o del organizador de poner a disposición de los consumidores un programa o folleto informativo escrito que recoja la oferta sobre el viaje y una clara, comprensible y precisa información sobre determinados aspectos del mismo⁹⁶. Este folleto será vinculante para el

⁹⁶ Destinos y medios de transporte, y sus características y clase; duración, itinerario y calendario de viaje; relación de establecimientos de alojamiento, y su tipo, situación, categoría o nivel de comodidad y sus principales características, así como su homologación y clasificación turística oficial donde ésta exista; número de comidas a servir y si las bebidas o algún tipo de ellas no estuvieran incluidas; condiciones aplicables a los nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea en materia de pasaportes y de visados, y formalidades sanitarias necesarias para el viaje y la estancia; precio final completo del viaje, incluidos impuestos, y precio estimado de las excursiones facultativas, y en el caso de gastos adicionales por servicios incluidos en el viaje que deba asumir el consumidor y no se abonen al organizador o detallista,

organizador y el detallista del viaje, salvo que concurran alguna de las excepciones que recoge el artículo 153: que los cambios en la información se hayan comunicado claramente por escrito al consumidor antes de la celebración del contrato y tal posibilidad haya sido objeto de expresa mención en el programa-oferta, o que se produzcan posteriormente modificaciones, previo acuerdo por escrito entre las partes contratantes.

Respecto de la *compraventa de viviendas*, el artículo 64 TRLGDCU establece la necesidad de facilitar la documentación prevista en la Ley de Ordenación de la Edificación o norma autonómica aplicable, remisión que se explica porque aquélla ya procedió a recoger en el Libro del Edificio la «documentación completa suscrita por el vendedor, en la que se defina, en planta a escala, la vivienda y el trazado de todas sus instalaciones, así como los materiales empleados en su construcción, en especial aquellos a los que el usuario no tenga acceso directo» a que se refería el artículo 13.2 LGDCU.

Además, es de aplicación el Real Decreto 515/1989, de 21 de abril, sobre protección de los consumidores en cuanto a la información a suministrar en la compra-venta y arrendamiento de viviendas, aplicable a la oferta, promoción y publicidad que se realice para la venta o arrendamiento de viviendas que se efectúe en el marco de una actividad empresarial o profesional, siempre que aquellos actos vayan dirigidos a consumidores y con la excepción de las ventas mediante subasta pública, judicial o administrativa (art. 1), y se ajustará a las verdaderas características, condiciones y utilidad de la vivienda, expresando siempre si la misma se encuentra en construcción o si la edificación ha concluido (art. 2), y conforme a los principios de veracidad y claridad, pues se hará de manera que no induzca ni pueda inducir a error a sus destinatarios, de modo tal que afecte a su comportamiento económico, y no silenciará datos fundamentales de los objetos de la misma, siendo exigibles los datos que se contengan aunque luego no figuren expresamente en el contrato (art. 3). Se recogen una serie de informaciones mínimas, similares a las que deben proporcionarse en otros ámbitos, que deberán estar a disposición del público y en su caso de las autoridades competentes⁹⁷ (art. 4), y otras específicas que deberán incluirse en las

información sobre su existencia y, si se conoce, su importe; importe o porcentaje del precio a pagar en concepto de anticipo sobre el precio total y calendario para el pago de la parte de precio no cubierta por el anticipo desembolsado, y condiciones de financiación en su caso; número mínimo de inscripciones para la realización del viaje, en su caso, y fecha límite de información al consumidor en caso de anulación; posibles responsabilidades, cancelaciones y demás condiciones del viaje; nombre y domicilio del organizador del viaje y, en su caso, de su representación legal en España; y toda información adicional y adecuada sobre las características del viaje ofertado.

⁹⁷ Nombre o razón social, domicilio y, en su caso, los datos de la inscripción en el registro mercantil, del vendedor o arrendador; plano general del emplazamiento de la vivienda y plano de la vivienda misma, así como descripción y trazado de las redes eléctrica, de agua, gas y calefacción y garantías de las mismas, y de las medidas de seguridad contra incendios

promociones de viviendas⁹⁸ (art. 5), haciéndose especial hincapié en el precio de venta, respecto del que deberá tenerse disponible una nota explicativa⁹⁹, donde se hará constar que del importe total de la venta se deducirá cualquier cantidad entregada a cuenta por el adquirente o por su cuenta antes de la formalización de la operación (art. 6). En el caso de que la vivienda no se encuentre totalmente terminada, se deberá tener a disposición del público y de las autoridades competentes copia del documento o documentos en los que se formalizan las garantías entregadas a cuenta según la Ley 57/1968, de 27 de julio (art. 7). En los folletos o documentos similares que se entreguen se harán constar siempre,

con que cuente el inmueble; descripción de la vivienda con expresión de su superficie útil, y descripción general del edificio en el que se encuentra, de las zonas comunes y de los servicios accesorios; referencia a los materiales empleados en la construcción de la vivienda, incluidos los aislamientos térmicos y acústicos, y del edificio y zonas comunes y servicios accesorios; instrucciones sobre el uso y conservación de las instalaciones que exijan algún tipo de actuación o conocimiento especial y sobre evacuación del inmueble en caso de emergencia; datos identificadores de la inscripción del inmueble en el registro de la propiedad o expresión de no hallarse inscrito en el mismo; y precio total o renta de la vivienda y servicios accesorios y forma de pago.

⁹⁸ Copia de las autorizaciones legalmente exigidas para la construcción de la vivienda y de la cédula urbanística o certificación acreditativa de las circunstancias urbanísticas de la finca, con referencia al cumplimiento de las operaciones reparcelatorias o compensatorias, así como de la licencia o acto equivalente para la utilización u ocupación de la vivienda, zonas comunes y servicios accesorios; estatutos y normas de funcionamiento de la comunidad de propietarios, en su caso, así como información de los contratos de servicios y suministros de la comunidad, y si la comunidad de propietarios ya está funcionando se facilitará un extracto de cuentas y obligaciones de la vivienda objeto de la venta; información en cuanto al pago de los tributos de todas clases que graven la propiedad o utilización de la vivienda; forma en que está previsto documentar el contrato con sus condiciones generales y especiales, haciendo constar de modo especialmente legible que el consumidor no soportará los gastos derivados de la titulación que correspondan legalmente al vendedor, los artículos 1280.1 y 1279 del Código Civil y el derecho a la elección de notario que corresponde al consumidor, sin que éste pueda imponer notario que, por su competencia territorial carezca de conexión razonable con alguno de los elementos personales o reales del negocio; si la vivienda o las zonas comunes o elementos accesorios no se encontraran totalmente edificados, se hará constar con toda claridad la fecha de entrega y la fase en que en cada momento se encuentra la edificación; y cuando se trate de primera transmisión se indicará el nombre y domicilio del arquitecto y el nombre o razón social y domicilio del constructor.

⁹⁹ Con el siguiente contenido: precio total de la venta, que se entenderá que incluye, en su caso, los honorarios de agente y el IVA, si la venta se halla sujeta a este impuesto, o bien se indicará la cuota que corresponda por el impuesto de transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados; forma de pago, indicándose en caso de preverse aplazamientos el tipo de interés aplicable y las cantidades que corresponderá abonar por principal e intereses y fecha de vencimiento de unos y otros; medios de pago admisibles para las cantidades aplazadas; si se prevé la subrogación del consumidor en alguna operación de crédito no concertada por él con garantía real sobre la propia vivienda, se indicará con claridad respecto de la correspondiente escritura el notario autorizante, fecha y datos de su inscripción en el registro de la propiedad y la responsabilidad hipotecaria que corresponde a cada vivienda, con expresión de vencimientos y cantidades; y garantías que deberá constituir el comprador por el precio o la parte de él aplazado.

al menos, los datos sobre ubicación y los contenidos en los números 1, 3, 4, 6 y 7 del artículo 4 y los de los artículos 6 y 7, con indicación del período de validez que tienen las menciones expresadas, así como los lugares en los que se encuentra a disposición del público dicha información (art. 8).

En relación con los *contratos electrónicos*, la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico contiene en sus artículos 10 y 27 previsiones sobre la información a facilitar previamente a la contratación, si bien sólo la del último precepto es propiamente precontractual. En concreto, el artículo 10 establece una información general que el prestador de servicios deberá facilitar sobre él y su operativa¹⁰⁰, que deberá ser accesible por medios electrónicos y de forma permanente, fácil, directa y gratuita, tanto a los destinatarios como a los órganos competentes, bastando con su inclusión en su página o sitio de Internet.

El artículo 27 contiene una serie de obligaciones previas a facilitar por el prestador de servicios antes del inicio del procedimiento de contratación electrónica, de manera clara, comprensible e inequívoca¹⁰¹, salvo que los contratantes acuerden excluir esta información y ninguno de ellos sea consumidor, o bien el contrato se haya celebrado exclusivamente mediante intercambio de correo electrónico u otra comunicación electrónica equivalente, y estos medios no sean empleados con el exclusivo propósito de eludir el cumplimiento de tal obligación. Asimismo, también con carácter previo al inicio del procedimiento de contratación, deberá poner a disposición del destinatario las condiciones generales a que, en su caso, deba sujetarse el contrato, de manera que éstas puedan ser almacenadas y reproducidas por el destinatario.

En lo referente a la realización de *contratos a distancia de servicios financieros*, la Ley 22/2007, de 11 de julio, sobre comercialización a distancia

¹⁰⁰ La información relativa a su nombre o denominación social y su residencia o domicilio o, en su defecto, la dirección de uno de sus establecimientos permanentes en España; su dirección de correo electrónico y cualquier otro dato que permita establecer con él una comunicación directa y efectiva; los datos de la inscripción registral del nombre de dominio; si su actividad estuviese sujeta a autorización administrativa previa, los datos de la misma y los del órgano supervisor; si ejerce una profesión regulada, los datos del Colegio profesional al que, en su caso, pertenezca y número de colegiado, título académico oficial o profesional y Estado de la Unión Europea o del Espacio Económico Europeo en el que se expidió dicho título y, en su caso, la correspondiente homologación o reconocimiento, y normas profesionales aplicables al ejercicio de su profesión y medios a través de los cuales se puedan conocer, incluidos los electrónicos; número de identificación fiscal que le corresponda; información clara y exacta sobre el precio del producto o servicio, indicando si incluye o no los impuestos aplicables y, en su caso, sobre los gastos de envío; y códigos de conducta a los que, en su caso, esté adherido y modo de consulta electrónica.

¹⁰¹ Trámites para la celebración del contrato, si el prestador archivará el documento electrónico en que se formalice el contrato y si va a ser accesible, medios técnicos para identificar y corregir errores en la introducción de los datos, y lengua o lenguas en que podrá formalizarse el contrato.

de servicios financieros destinados a los consumidores, establece el deber del proveedor del servicio financiero de suministrar al consumidor, con tiempo suficiente y antes de que éste asuma cualquier obligación derivada de la oferta o del contrato a distancia, al menos cierta información relativa al propio proveedor, al servicio financiero, al contrato a distancia y a los medios de reclamación e indemnización, indicando su finalidad comercial en todo suministro de dicha información y sometiéndose a normas específicas en caso de comunicación a través de telefonía vocal (art. 7)¹⁰², además de los posibles requisitos adicionales de información previa establecidos en la legislación especial que sea aplicable al servicio financiero objeto del contrato a distancia (art. 8). Los aspectos formales de la comunicación de esa información se contemplan en el artículo 9. La carga de la prueba de haber cumplido estas obligaciones le corresponde al proveedor (art. 17).

En materia de *crédito al consumo*, la Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo establece, con las excepciones contempladas en su artículo 13 (proveedores de bienes o servicios que sólo actúen como intermediarios de crédito a título subsidiario), en el artículo 8 el deber de entregar una oferta vinculante al consumidor que lo solicite, el artículo 9 la información básica que deberá figurar en la publicidad¹⁰³ y el artículo 10 la información que habrá de darse con carácter previo al consumidor¹⁰⁴.

¹⁰² No obstante, en el caso de servicios de pago la información aplicable no será la recogida en el artículo 7.1 [excepto el párr. 2, apartados. c) a g); párr. 3, apartados. a), b) y e) y párr. 4, apartado. b)], sino la que se fije por el ministro de Economía en desarrollo de la Ley 16/2009, de 13 de noviembre, de servicios de pago (art. 18 de la Ley 16/2009, por remisión del 2.º párr. del art. 8 de la Ley 22/2007).

¹⁰³ En concreto, el tipo deudor fijo o variable y los recargos incluidos en el coste total del crédito para el consumidor; el importe total del crédito; la tasa anual equivalente, salvo en el caso de los contratos en los que el crédito se conceda en forma de posibilidad de descubierto y que deban reembolsarse previa petición o en el plazo de tres meses; en su caso, la duración del contrato de crédito; en el caso de los créditos en forma de pago aplazado de un bien o servicio en particular, el precio al contado y el importe de los posibles anticipos; y, en su caso, el importe total adeudado por el consumidor y el importe de los pagos a plazos. Esta información básica deberá publicarse con una letra legible y con un coste de impresión adecuado. Si se condicionara la concesión del crédito en las condiciones ofrecidas a la celebración de un contrato de un servicio accesorio vinculado con el contrato de crédito, en particular un seguro, y el coste de ese servicio no pudiera determinarse de antemano, deberá mencionarse de forma clara, concisa y destacada, junto con la tasa anual equivalente.

¹⁰⁴ Dicha información será la precisa para comparar las diversas ofertas y adoptar una decisión informada sobre la suscripción de un contrato de crédito, y en cualquier caso el tipo de crédito, la identidad y el domicilio social del prestamista, y en su caso los del intermediario del crédito; el importe total del crédito y las condiciones que rigen la disposición de fondos; la duración del contrato de crédito; en caso de créditos en forma de pago diferido por un bien o servicio y de contratos de crédito vinculados, el producto o servicio y su precio al contado; el tipo deudor y las condiciones de aplicación de dicho tipo, y, si se dispone de ellos, los índices o tipos de referencia aplicables al tipo deudor inicial, así como los períodos, condiciones y procedimientos de variación del tipo deudor, y en caso de haber diferentes tipos deudores en

En materia de *derechos de aprovechamiento por turno* de bienes inmuebles de uso turístico, 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 (que trae causa del Real Decreto-ley 8/2012, de 16 de marzo, de contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, de adquisición de productos vacacionales de larga duración, de reventa y de intercambio, que a su vez vino a sustituir a la anterior Ley 42/1998, de 15 de diciembre, que no se integró en el TRLGDCU), establece en su artículo 7 que en los anuncios y ofertas exhibidos en los establecimientos abiertos al público, comunicaciones comerciales y demás publicidad sobre contratos de adquisición, reventa o intercambio de

diferentes circunstancias, la información será respecto de todos los tipos aplicables; la tasa anual equivalente y el importe total adeudado por el consumidor, con un ejemplo representativo que incluya todas las hipótesis utilizadas para calcular dicha tasa, y si el consumidor hubiera informado al prestamista sobre uno o más componentes de su crédito preferido, el prestamista deberá tenerlos en cuenta [además, si el contrato de crédito prevé diferentes formas de disposición de fondos con diferentes tasas o tipos de préstamo, y el prestamista se acoge al supuesto contemplado en la parte II, letra *b*), del anexo I, deberá indicar que, para ese tipo de contrato de crédito, la tasa anual equivalente podría ser más elevada con otros mecanismos de disposición de fondos]; el importe, el número y la periodicidad de los pagos que deberá efectuar el consumidor y en su caso el orden en que deben asignarse los pagos a distintos saldos pendientes sometidos a distintos tipos deudores a efectos de reembolso; en su caso, los gastos de mantenimiento de una o varias cuentas, si fuera necesario para registrar a la vez las operaciones de pago y de disposición del crédito, salvo que la apertura de la cuenta sea facultativa, los gastos relativos a la utilización de un medio de pago que permita efectuar a la vez las operaciones de pago y de disposición del crédito, así como cualquier gasto derivado del contrato de crédito y las condiciones en que dichos gastos podrán modificarse; en su caso, la existencia de costes adeudados al notario por el consumidor al suscribir el contrato de crédito; los servicios accesorios al contrato de crédito, en particular de seguro, cuando la obtención del crédito o su obtención en las condiciones ofrecidas estén condicionadas a la suscripción del servicio accesorio, y las condiciones que alternativamente se aplicarían al contrato de crédito al consumo si no se contrataran los servicios accesorios y, en particular, pólizas de seguros; el tipo de interés de demora, modalidades para su adaptación y, cuando procedan, los gastos por impago; una advertencia sobre las consecuencias en caso de impago; cuando proceda, las garantías exigidas; la existencia o ausencia de derecho de desistimiento; el derecho de reembolso anticipado y, en su caso, información sobre el derecho del prestamista a una compensación y sobre la manera en que se determinará esa compensación; el derecho del consumidor a ser informado inmediata y gratuitamente del resultado de la consulta de una base de datos para la evaluación de su solvencia; el derecho del consumidor a recibir gratuitamente, previa solicitud, una copia del proyecto del contrato de crédito, salvo que en el momento de la solicitud el prestamista no esté dispuesto a celebrar el contrato de crédito con el consumidor; en su caso, el período de tiempo durante el cual el prestamista queda vinculado por la información precontractual; y en los contratos de crédito en que los pagos efectuados por el consumidor sirvan para reconstituir el capital en las condiciones y los períodos establecidos en el contrato de crédito o en un contrato accesorio, una declaración clara y concisa de que tales contratos no prevén una garantía de reembolso del importe total del crédito dispuesto, salvo que se conceda dicha garantía. Se contempla también la entrega de determinada documentación según los casos.

derechos de aprovechamiento por turno se deberá indicar dónde puede obtenerse la información precontractual prevista en dicha norma; y en toda invitación a actos promocionales o de venta en que se ofrezca a un consumidor directamente alguno de estos contratos, deberá indicarse claramente la finalidad comercial y la naturaleza de dicho acto, estando la información precontractual a disposición del consumidor en todo momento durante el acto promocional.

La información precontractual (que, conforme al art. 8, habrá de constar en papel o en cualquier otro soporte duradero) se contempla en el artículo 9: será precisa y suficiente, y el empresario deberá proporcionarla gratuitamente al consumidor con suficiente antelación a su prestación del consentimiento a cualquier oferta, de forma clara y comprensible, en la lengua o en una de las lenguas del Estado miembro en que resida el consumidor o del que este sea nacional, a su elección, siempre que se trate de una lengua oficial de la Unión Europea, y en papel o en cualquier otro soporte duradero¹⁰⁵. Se facilitará del siguiente modo:

- a) Cuando se trate de un contrato de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, mediante el formulario de información normalizado del anexo I de la Ley y la información prevista en su parte 3.
- b) Cuando se trate de un contrato de producto vacacional de larga duración, mediante el formulario de información normalizado del anexo II y la información prevista en su parte 3.
- c) Cuando se trate de un contrato de reventa, mediante el formulario de información normalizado recogido en el anexo III y la información prevista en su parte 3.
- d) Cuando se trate de un contrato de intercambio, mediante el formulario de información normalizado recogido en el anexo IV y la información prevista en su parte 3.

Asimismo, conforme al artículo 10, antes de la celebración del contrato el empresario deberá poner explícitamente en conocimiento del consumidor la existencia del derecho de desistimiento y la duración del plazo para ejercerlo, así como la prohibición del pago de anticipos durante dicho plazo.

Finalmente, respecto de la *prestación de servicios*, la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio,

¹⁰⁵ El artículo 9.4 establece que el empresario podrá publicar íntegramente la información precontractual en la página web de la empresa, o en la página web de una asociación profesional o empresarial de su elección, siendo responsable de su permanente actualización y debiendo mantener operativa dicha página mientras dure la comercialización de los derechos objeto de esta información. No obstante, no queda claro, dada su diferente expresión (la información *será facilitada* en papel o soporte duradero, pero *podrá publicarla* en la página web) si la publicación en la página web sustituiría o sólo complementaría la información en papel.

establece unas obligaciones de información de los prestadores, complementarias de las generales de la legislación de consumo (art. 22)¹⁰⁶.

B) EL VIGENTE DERECHO EUROPEO

Diversas directivas europeas de carácter sectorial recogen deberes de información precontractual, como la 2008/122/CE, de 14 de enero de 2009, relativa a la protección de los consumidores con respecto a determinados aspectos de los contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, de adquisición de productos vacacionales de larga duración, de reventa y de intercambio (art. 4), recogida en nuestra Ley 4/2012, pero con un carácter de aplicación

¹⁰⁶ En concreto, de forma clara e inequívoca y fácilmente accesible, antes de la celebración del contrato o en su caso de la prestación del servicio, los prestadores deberán proporcionar los datos de identidad, forma y régimen jurídico, número de identificación fiscal del prestador, dirección donde tiene su establecimiento, y los datos que permitan ponerse rápidamente en contacto con él y en su caso, por vía electrónica; datos registrales del prestador del servicio; datos de la autoridad que, en su caso, haya otorgado la autorización; en las profesiones reguladas, la cualificación profesional y el Estado miembro en el que fue otorgada, así como en su caso el colegio profesional, la asociación profesional u organismo análogo en el que esté inscrito el prestador; las condiciones y cláusulas generales, y las relativas a la legislación y jurisdicción aplicable al contrato; garantías posventa adicionales a las exigidas por ley, en su caso; el precio completo del servicio, incluidos los impuestos, cuando el prestador fije previamente un precio para un determinado tipo de servicio; las principales características del servicio o servicios que ofrezca; en su caso, el seguro o garantías exigidas, y en particular, los datos del asegurador y de la cobertura geográfica del seguro; en caso de que el prestador ejerza una actividad sujeta al IVA, el número de identificación fiscal [observemos que este dato ya se había mencionado anteriormente]; la lengua o lenguas en las que podrá formalizarse el contrato, cuando ésta no sea la lengua en la que se le ha ofrecido la información previa a la contratación; existencia del derecho de desistimiento del contrato que pueda corresponder al consumidor, y plazo y forma de ejercitarlo. Además, a petición del destinatario: cuando el precio no lo fije previamente el prestador, el precio del servicio o, si no se puede indicar aquél, el método para calcularlo, o un presupuesto suficientemente detallado; fecha de entrega, ejecución del contrato y duración; en el caso de las profesiones reguladas, referencia a las normas de acceso a la profesión en el Estado miembro de establecimiento y los medios para acceder a dichas normas; la información relativa a sus actividades multidisciplinares, posibles conflictos de interés y las medidas adoptadas para evitarlos, que deberá figurar en todo documento informativo de los prestadores en el que se presenten de forma detallada sus servicios; los posibles códigos de conducta a que, en su caso, esté sometido el prestador, así como la dirección en que dichos códigos se pueden consultar por vía electrónica y en qué idiomas están disponibles; y la información detallada sobre las características y condiciones para hacer uso de los medios extrajudiciales de resolución de conflictos cuando estén sujetos a un código de conducta o sean miembros de alguna organización profesional en los que se prevean estos mecanismos. La puesta a disposición de esta información se realizará en el lugar de prestación del servicio o de celebración del contrato, por vía electrónica a través de una dirección facilitada por el prestador, figurando en todo documento informativo del prestador que se facilite al destinatario y en el que se presenten de forma detallada sus servicios, o por vía electrónica a través de una página web.

general podemos mencionar principalmente las relativas a los contratos a distancia y de contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales, y las que establecen variaciones sobre estos contratos (financieros, electrónicos, de servicios...), siendo en su mayor parte asumidas por la reciente Directiva sobre los derechos de los consumidores.

La Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 1997, relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia contempla la necesidad de dar al consumidor cierta información previa a la celebración de un contrato a distancia (art. 4), que habrá de confirmarse por escrito o cualquier otro soporte duradero (art. 5), y en menor medida la Directiva 85/577/CEE del Consejo, de 20 de diciembre de 1985, referente a la protección de los consumidores en el caso de contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales, que en su artículo 4 contempla la información sobre el derecho de renuncia. Ello se recoge en los artículos 60 y 97 y 98 (con las excepciones del art. 93.2) TRLGDCU, a cuyo contenido, que ya hemos visto, nos remitimos.

La Directiva 2002/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002, relativa a la comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores, y por la que se modifican la Directiva 90/619/CEE del Consejo y las Directivas 97/7/CE y 98/27/CE, reitera y desarrolla las disposiciones de la anterior, imponiendo la obligación de dar al consumidor ciertas informaciones previas a la celebración del contrato, en sus artículos 3, 4 y 5. Nos remitimos a lo indicado respecto de la Ley 22/2007.

En la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre el comercio electrónico), se establece una información general que ha de estar accesible a los destinatarios del servicio y a las autoridades competentes (art. 5) y en especial respecto de las comunicaciones comerciales (art. 6) y contratos por vía electrónica (art. 10). Nos remitimos a lo anteriormente indicado sobre la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico, que la transpone al Derecho español.

Asimismo, la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior establece los prestadores deberán dar al destinatario cierta información (art. 22). Nos remitimos igualmente a lo ya mencionado respecto de la Ley 22/2007.

Finalmente, las mencionadas disposiciones generales sobre información precontractual se han recogido en la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores, por la que se modifican la Directiva 93/13/CEE del Consejo y la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan la Directiva 85/577/CEE del Consejo y la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y

del Consejo. La nueva Directiva sustituirá a las referidas a contratos a distancia y fuera de los establecimientos comerciales a partir del 13 de junio de 2014 (art. 31), pasando a recogerse los requisitos de información (precontractual) de los contratos a distancia y los contratos celebrados fuera del establecimiento en sus artículos 6 a 8, y en su artículo 5 los de contratos distintos. En cambio, los deberes de información de las Directivas sobre servicios y sobre el comercio electrónico se mantienen, complementándose, al igual que los requisitos de información adicionales que puedan imponer los Derechos nacionales a los prestadores de servicios establecidos en su territorio (art. 6.8).

3. LA PROPUESTA DE MODERNIZACIÓN DEL DERECHO DE OBLIGACIONES Y CONTRATOS DE LA COMISIÓN GENERAL DE CODIFICACIÓN

La Propuesta de Anteproyecto de Ley de modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos de la Comisión General de Codificación, publicada en enero de 2009, no contempla esta cuestión con un carácter general, conteniendo únicamente —al margen de la previsión genérica de que «en la negociación de los contratos, las partes deberán actuar de acuerdo con las exigencias de la buena fe» (art. 1245.2)— unas regulaciones específicas en torno a los contratos a distancia con consumidores y para los contratos electrónicos.

En relación con los primeros¹⁰⁷, además de que —antes incluso de cualquier contacto contractual— en todas las ofertas de contratación haya de constar inequívocamente este carácter y en las comunicaciones telefónicas deba igualmente precisarse explícita y claramente, al principio de cualquier conversación con el consumidor, la identidad del profesional y la finalidad contractual de la llamada, el artículo 1267 establece el deber del profesional de facilitar al consumidor, antes de la celebración del contrato y con suficiente antelación, información clara sobre ciertos extremos¹⁰⁸, debiendo nuevamente constar de modo inequívoco su

¹⁰⁷ No obstante, ha de tenerse en cuenta que conforme al artículo 1267.2, quedan fuera de la normativa especial sobre contratos a distancia con consumidores ciertos contratos: los celebrados mediante distribuidores automáticos o locales comerciales automatizados, mediante subasta (excepto por vía electrónica), sobre servicios financieros, con operadores de telecomunicaciones mediante la utilización de teléfonos públicos, o que tengan por objeto la construcción de bienes inmuebles.

¹⁰⁸ En concreto: su identidad y dirección, características esenciales del bien o servicio; precio, incluidos todos los impuestos, gastos de entrega y transporte en su caso, modalidades del pago y de entrega o ejecución, existencia de derecho de desistimiento, coste de la comunicación a distancia, plazo de vigencia de la oferta y del precio, duración mínima del contrato si es de ejecución permanente o repetida, y procedimientos extrajudiciales de solución de conflictos de que el profesional disponga o que esté adherido. Como podemos apreciar, su contenido coincide sustancialmente con lo actualmente dispuesto en el artículo 60 TRLGDCU.

finalidad contractual. No obstante, esta normativa quedará excluida, conforme establece el apartado 3, respecto de ciertos contratos¹⁰⁹.

Asimismo, para el momento de la entrega del bien o la prestación del servicio, el profesional deberá haber proporcionado al consumidor, por escrito o mediante un soporte duradero adecuado a la técnica empleada en la propuesta de contratación, esa información y además la referente a condiciones y modalidades de ejercicio del derecho de revocación, la dirección del establecimiento del profesional para reclamaciones, servicios postventa y garantías para el consumidor, y requisitos para poner fin al contrato si es de duración determinada o superior a un año¹¹⁰, con la excepción de los servicios ejecutados de una sola vez por una técnica de comunicación adecuada si el consumidor estuviera informado de la localización geográfica del empresario para efectuar eventuales reclamaciones¹¹¹.

Respecto de los *contratos electrónicos*, además de lo anterior en caso de que uno de los contratantes sea consumidor, el artículo 1.268.1 establece que, con carácter previo al inicio del procedimiento de contratación, quien se valga de técnicas de comunicación electrónica para celebrar contratos a distancia deberá poner a disposición del destinatario, mediante técnicas adecuadas al medio de comunicación utilizado y de modo permanente, fácil y gratuito, información clara sobre los trámites a seguir para celebrar el contrato, la lengua o lenguas a utilizar, los medios técnicos para identificar y corregir errores en la introducción de los datos, la forma en que en su caso vaya a archivarse el documento electrónico y aquélla en que resulte accesible y las condiciones generales a que debe sujetarse el contrato de manera que pueda almacenarlas y reproducirlas, sometiéndose el inicio del cómputo del plazo de desistimiento hasta el cumplimiento de estos deberes de información¹¹².

Por otra parte, en línea con lo dispuesto en los trabajos de Derecho contractual europeo armonizado, se generaliza en el artículo 1276 la *contractualización* de las declaraciones precontractuales realizadas por profesionales en la publi-

¹⁰⁹ En concreto: contratos de suministro de productos alimenticios, bebidas u otros bienes de consumo corriente suministrados en el domicilio del consumidor, en su residencia o lugar de trabajo por distribuidores a domicilio; y a los de servicios de alojamiento, transporte, comidas o esparcimiento cuando el empresario se comprometa al otorgarse el contrato a suministrar tales prestaciones en una fecha o periodo específico.

¹¹⁰ Como vemos, su contenido coincide sustancialmente con el actual artículo 98 TRLGDCU.

¹¹¹ Aquí la Propuesta contiene la errata de señalar que «lo dispuesto en el apartado 1 no será de aplicación (...», cuando debería haberse dicho «en el párrafo anterior», excluyendo la aplicación del propio apartado 7, dado que no tendría sentido referirse al apartado 1 de este artículo 1267, ya que el mismo establece una definición de los contratos objeto de aplicación de la Sección 6.^a y no sería lógico excluirlo en este tipo de contratos, y además apoya esta interpretación el citado origen de este precepto en el actual artículo 98 TRLGDCU, que como vimos exceptúa los contratos relativos a servicios cuya ejecución se realice utilizando una técnica de comunicación a distancia que se presten de una sola vez y cuya facturación sea efectuada por el operador de la técnica de comunicación.

¹¹² Se recoge aquí el contenido del actual artículo 27 LSSICE.

cidad o actividades de promoción de un producto o servicio (al margen de que el destinatario sea o no un consumidor), declarándose que quedan insertadas¹¹³ en el contrato y tendrán valor vinculante, salvo que la otra parte conociera o debería haber conocido su incorrección. También quedan incluidas las declaraciones realizadas por terceros si resultaran conocidas o cognoscibles para el contratante profesional, éste no hubiera excluido expresamente su aplicación al contrato y se refieran a un producto, que, según el contrato celebrado, se encuentre en la cadena de producción o comercialización en la que profesional y tercero se encuentren insertos¹¹⁴.

Finalmente, podrá anularse el contrato posteriormente celebrado si la información comunicada por una parte a la otra provocara en ésta un error esencial de hecho o de derecho¹¹⁵, aquélla hubiera conocido o debido conocer el error y fuere contrario a la buena fe mantener en él a la parte que lo padeció, o el error fue común a ambos (art. 1298). En los dos primeros casos, si la actuación hubiera sido dolosa o no hubiera una razón que justificara la creencia del transmitente en la corrección de la información transmitida (según la diligencia que le sea exigible en su comprobación), habrá además un deber de indemnizar¹¹⁶, conforme al artículo 1245.5.

En Francia nos encontramos en el *Avant-Projet Catala* un deber similar de información precontractual entre los futuros contratantes, en los artículos 1110 y 1110-1 del *Code*¹¹⁷. El primero de ellos, como plasmación de la obligación de negociar conforme a la buena fe, impone el deber de transmitir a la contraparte las informaciones determinantes (entendiendo por tales especialmente las que tengan una relación directa y necesaria con el objeto o la causa del contrato),

¹¹³ ¿No sería más correcto «integradas»?

¹¹⁴ Como vemos, el precepto está claramente inspirado en el artículo II-9:102 DCFR, si bien a diferencia de éste no se contempla aquí específicamente su carácter imperativo cuando el destinatario de la información sea un consumidor, seguramente por considerarse implícito en la regulación de las condiciones generales abusivas.

¹¹⁵ Aquí entrarían tanto los supuestos de error como de dolo en la transmisión, dado que no se hace referencia a si el transmitente de la información era consciente o no de la inexactitud de la misma.

¹¹⁶ Cfr. MORALES, «¿Es posible construir...», *op. cit.*, págs. 418 y 419.

¹¹⁷ Artículo 1110: «Celui des contractants qui connaît ou aurait dû connaître une information dont il sait l'importance déterminante pour l'autre a l'obligation de le renseigner.

Cette obligation de renseignement n'existe cependant qu'en faveur de celui qui a été dans l'impossibilité de se renseigner par lui-même ou qui a légitimement pu faire confiance à son cocontractant, en raison, notamment, de la nature du contrat, ou de la qualité des parties.

Il incombe à celui qui se prétend créancier d'une obligation de renseignement de prouver que l'autre partie connaissait ou aurait dû connaître l'information en cause, à charge pour le détenteur de celle-ci de se libérer en prouvant qu'il avait satisfait à son obligation.

Seront considérées comme pertinentes les informations qui présentent un lien direct et nécessaire avec l'objet ou la cause du contrat».

Artículo 1110-1: «Le manquement à une obligation de renseignement, sans intention de tromper, engage la responsabilité de celui qui en était tenu».

pero sin que ello implique que ésta pueda desentenderse e incluso ser negligente, pues sólo se le protege en tanto esté en una imposibilidad de informarse por sí misma o bien había una confianza legítima en la otra parte, especialmente en razón de la naturaleza del contrato o de la calidad de las partes. Será esta parte quien deba probar que la otra parte conocía o debía conocer la información retenida, en tanto que quien tiene la información habrá de probar que cumplió su deber de comunicarla. El artículo 1110-1 establece la responsabilidad del contratante que no cumpla con este deber de información, no siendo precisa la existencia de una intención de engañar en ese incumplimiento.

4. LOS PRIMEROS PROYECTOS SOBRE EL DERECHO EUROPEO DE CONTRATOS Y EL PROYECTO DE MARCO COMÚN DE REFERENCIA

Es en los proyectos realizados en torno a un Derecho europeo de contratos, tanto los iniciales (PECL y Proyecto de Pavía) como el DCFR, donde por fin se intenta una regulación general de la información precontractual, superando la tradicional *consumerización* de esta materia, para abarcar tanto los contratos entre empresas y consumidores como los contratos celebrados entre empresas. No obstante, frente a la indistinción de la regulación de los proyectos iniciales, es en el DCFR —y sobre todo posteriormente en el Estudio de Viabilidad— donde se realiza un tratamiento más detallado de un régimen general pero diferenciado de la información precontractual, si bien con distinto alcance según se trate de contratos de empresas con consumidores o entre empresas.

4.1. LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO EUROPEO DE CONTRATOS, LOS PRINCIPIOS DEL *ACQUIS COMMUNAUTAIRE* Y EL PROYECTO DE PAVÍA

Los *Principios del Derecho Europeo de Contratos* contemplan específicamente en su artículo 4:107 cuándo puede existir un deber precontractual de informar a la otra parte, desde el enfoque de la buena fe y por tanto de que su incumplimiento puede implicar un dolo omisivo, estableciéndose así la posibilidad de anular un contrato por la parte que consiente cuando «la otra parte ocultó maliciosamente alguna información que debería haber comunicado si hubiera actuado de buena fe», considerándose el silencio de la otra parte como doloso «si su objeto era engañar». La existencia de ese deber de informar se determinará considerando todas las circunstancias, y en especial —en la línea de los criterios que vimos anteriormente— si la parte tenía conocimientos técnicos en la materia, el coste de obtener dicha información, si la otra parte podía razonablemente obtenerla por sí misma, y la importancia que aparentemente

tenía dicha información para ésta¹¹⁸. El problema de tratar estos deberes de información en relación con el dolo es que deja un tanto indeterminados los supuestos de omisión culposa de la información: atendiendo a esos criterios la falta de transmisión de la información podría considerarse dolosa, pero si no concurren ¿significaría que es irrelevante? No creemos que quepa llegar a esa conclusión, pero sí que la apreciación de la existencia de culpa deberá realizarse en función de las circunstancias del caso y conforme a los criterios generales.

También se contempla la relación entre la información proporcionada y el error: la información incorrecta que provoque un error en la otra parte, o el mantenerla en el error si la contraparte sabía o debía saber que existía de modo contrario a la buena fe, puede determinar la anulabilidad del contrato por la otra parte si sabía o hubiera debido saber que la víctima, en caso de conocer la verdad, no habría celebrado el contrato o sólo lo habría hecho en términos esencialmente diferentes, salvo que el error sea inexcusable o la parte errada hubiera asumido el riesgo de error o debiera soportarlo conforme a las circunstancias (art. 4:103), y asimismo podrá exigir una indemnización de los daños y perjuicios sufridos, incluso aunque el error provocado no haya sido esencial, salvo que la parte que dio la información tuviera motivos para creer que era correcta (art. 4:106)¹¹⁹.

A estos efectos, la información incorrecta podrá venir no sólo de las partes, sino también de los terceros de cuyos actos responde una de las partes o que participa en la celebración del contrato con el acuerdo de la misma, o de cualquier otro tercero si la parte conocía o debería haber tenido conocimiento de los hechos relevantes o si, en el momento de la anulación, no hubiera actuado de acuerdo con el contrato (art. 4:111).

Finalmente, señalemos que las declaraciones e informaciones realizadas precontractualmente podrán pasar a formar parte integrante del contrato, considerándose fuente de obligación contractual, si la otra parte lógicamente así las consideró atendiendo a las circunstancias (es decir, se protege la razonable confianza de la parte receptora en su carácter contractual), teniendo en cuenta la importancia aparente de esa declaración para la otra parte y la experiencia profesional de cada una, y en todo caso si la información versa sobre la calidad o el uso de servicios, mercancías u otros bienes y la proporciona la parte que sea un proveedor profesional, salvo que se demuestre que la otra parte sabía o no podía desconocer que lo manifestado era incorrecto, y ello ya sean proporcionadas las informaciones por

¹¹⁸ Observemos así que el principio de autorresponsabilidad en la consecución de la información (o de *autoinformación*) puede determinar la inexistencia de un deber de información precontractual, siendo aquél preferente sobre éste en función de las circunstancias, como vimos anteriormente.

¹¹⁹ En cualquier caso, aun cuando quepa exoneración de la indemnización si concurriera esa causa de justificación, de proceder la anulación del contrato ésta no podrá ser evitada. Cfr. MORALES, «*Es posible construir...*», *op. cit.*, pág. 419.

el propio proveedor u otra persona que actúe como representante, haga publicidad de esos bienes o servicios o se ocupe de los primeros contactos negociales, a no ser en este segundo caso que el proveedor ignorara o no tuviera motivos para conocer la información o el compromiso adquirido (art. 6:101). Nos encontramos así que las informaciones precontractuales pueden llegar a constituir elementos contractuales, debiéndose por tanto entender que ante su infracción se pueda exigir el resarcimiento del interés positivo, al cumplimiento del contrato, lo que ya se contemplaba en el Derecho del consumo¹²⁰ pero que ahora se establece con carácter general para todo tipo de contratos.

Los *Principios del acquis communautaire* (o Principios del Derecho contractual comunitario) contemplan los deberes de información precontractual distinguiendo tres niveles de exigencia, según estemos ante una relación contractual general, de un profesional con un consumidor o una relación con consumidores que se encuentren en una especial situación de inferioridad.

En general, se establece el deber de cada parte de proporcionar a la otra la información sobre los bienes y servicios que ésta pueda razonablemente esperar, teniendo en cuenta los estándares de calidad y las prestaciones que serían normales según las circunstancias (art. 2:201), y respecto de los consumidores el deber del profesional que ofrece bienes o servicios a un consumidor de proporcionar toda la información material que, en el contexto dado, necesita un consumidor medio para tomar una decisión informada acerca de si desea o no concluir el contrato, y cuando utilice comunicaciones comerciales deberá proporcionar determinada información, siempre que la misma no se deduzca ya del contexto de la comunicación comercial: las características principales de los bienes o servicios, la dirección e identidad del profesional, el precio con inclusión de los gastos de envío, los impuestos y otros gastos, y, cuando exista, el derecho de desistimiento; y las particularidades del pago, la entrega, la ejecución de la prestación y el tratamiento de las reclamaciones, si éstas se apartan de las exigencias de la diligencia profesional (art. 2:202). En los casos de relaciones contractuales que coloquen al consumidor en una situación de notoria desventaja informativa como consecuencia del medio técnico que se utiliza para contratar, la distancia física entre el profesional y el consumidor, o la naturaleza de la operación, el profesional, de acuerdo con las circunstancias, deberá proveer, a más tardar en el momento de la conclusión del contrato y sin perjuicio de los posibles deberes de información específicos en relación con situaciones concretas, información adecuada acerca de las características principales de los bienes, el precio con inclusión de los gastos de envío, los impuestos y otros gastos, la dirección e identidad del profesional con el que contrata el consumidor, las condiciones del contrato, los derechos y obligacio-

¹²⁰ Así, en España, el artículo 61.2 TRLGDCU, como vimos en su momento.

nes de ambas partes contractuales y los medios de resolución de controversias disponibles (art. 2:203).

En el caso de informaciones en comunicaciones a tiempo real (teléfono, transmisión de voz por Internet, chats por Internet) con un consumidor, el profesional deberá, nada más iniciar una comunicación a distancia, proporcionar información explícita acerca de su identidad y la finalidad comercial del contacto, correspondiendo al mismo la carga de la prueba de que el consumidor ha recibido dicha información (art. 2:204).

Si se debiera concluir un contrato con medios electrónicos, el artículo 2:205 establece que el profesional deberá imperativamente, antes de que la otra parte realice o acepte una oferta, proporcionar acceso a todas las cláusulas contractuales empleadas, que deben estar disponibles en la forma de texto, y si se realizará sin comunicación individual, el profesional deberá imperativamente proporcionar la información sobre el procedimiento a seguir¹²¹, antes de que la otra parte realice o acepte una oferta.

El artículo 2:206 se centra en los aspectos formales de la información que debe proporcionar el profesional, sin perjuicio de la posible existencia de requisitos formales específicos: la información será clara y precisa y expresada en un lenguaje sencillo e inteligible, y en los contratos concluidos a distancia, deberá ser confirmada por escrito en el momento de conclusión del contrato, de la manera que se considere adecuada en cada caso, la información relativa a las características de los bienes y servicios, el precio con inclusión de los gastos de envío, tasas y otros gastos, la dirección e identidad del profesional con el que contrata el consumidor, los derechos y deberes de las partes contratantes, y los medios de resolución de controversias. Salvo que otra cosa se establezca, la escrita puede ser reemplazada por otra forma de texto en soporte duradero, siempre que el destinatario pueda adecuadamente acceder al mismo. Además, la inobservancia de la forma impuesta tendrá las mismas consecuencias que la infracción de los deberes de información.

En caso de infracción de los deberes de información que el profesional debiera proporcionar, el artículo 2:207 establece como consecuencias que no comenzará el plazo de desistimiento del consumidor al que tenga derecho hasta que se le proporcione toda la información, hasta un máximo de un año desde el momento de finalización del contrato; la indemnización de los daños sufridos, aun cuando no se haya concluido ningún contrato; y, en caso de que se haya llegado a celebrar el contrato, formarán parte de su contenido los deberes que

¹²¹ En concreto, los pasos técnicos que se deben seguir para concluir el contrato, si el contrato concluido será archivado electrónicamente por el profesional y si éste va a ser accesible, los medios técnicos para identificar y corregir errores, y las lenguas ofrecidas para la conclusión del contrato.

la otra parte podía razonablemente esperar como consecuencia de la omisión o incorrección de la información.

El *Proyecto de Pavía* de Código Europeo de Contratos establece con carácter general el deber de cada parte, en la fase de tratos preliminares, de informar a la otra de toda circunstancia de hecho o de derecho que sea o deba ser conocida que permita a esta última darse cuenta de la validez y conveniencia del contrato (art. 7.1)¹²². Si se omitiera esa información o se diera falsa o reticentemente, se prevé un doble efecto (art. 7.2): si el contrato no ha sido concluido o resulta nulo, la parte que actuó contra la buena fe responde frente a la otra por los gastos asumidos por la otra parte en vista de la estipulación de un contrato así como de la pérdida de ocasiones similares¹²³; y si se hubiera llegado a celebrar el contrato, el perjudicado podrá elegir entre la anulación por error, la devolución de las cantidades recibidas o la indemnización fijada judicialmente, aproximándose a los efectos del incumplimiento contractual¹²⁴.

En su artículo 32.2, bajo la regulación de las cláusulas implícitas, viene a contemplar indirectamente una *contractualización* de las declaraciones que cada parte haga a la otra durante las negociaciones o en el momento de la conclusión del contrato a propósito de una situación o de una expectativa de hecho o de derecho, relativa a los sujetos, al contenido o a los fines del contrato, similar a la que hemos visto que establece el artículo 6:101 PECL, si bien mucho más tímidamente, pues el precepto del Proyecto de Pavía se limita a señalar que esas declaraciones tendrán relevancia en la medida en que de una cierta manera correspondan al texto contractual y si han podido determinar el acuerdo entre las partes.

No obstante, ubica esta materia fundamentalmente en el ámbito del contrato de compraventa, mezclándola un tanto con las obligaciones contractuales del vendedor, al establecer entre las «obligaciones principales» del «que ofrece en compraventa» dar previamente todas las necesarias informaciones al eventual comprador [art. 187.a].

En concreto, el artículo 188 establece la obligación de quien ofrezca en venta un bien mueble en locales de comercio al público, de facilitar una serie de informaciones preliminares¹²⁵, en modo claramente visible y fácilmente com-

¹²² Como pone de manifiesto Gabriel GARCÍA CANTERO (en *Estudios sobre el Proyecto de Código Europeo de Contratos de la Academia de Pavía*, Ed. Reus, Madrid, 2010, pág. 104), debe entenderse que se trata de información sobre elementos esenciales, básicos o fundamentales, que pudieran decidir al ciudadano medio a contratar o hacerlo bajo ciertas condiciones, o secundarios pero relevantes para el caso.

¹²³ Es decir, como vemos se tiene en cuenta la indemnización de la confianza y del denominado interés negativo. Es el mismo efecto previsto en el artículo 6.4 para la infracción del *deber de corrección*, cuando se actúa contra la buena fe en los tratos preliminares.

¹²⁴ Cfr. GARCÍA CANTERO, «Estudios...», *op. cit.*, pág. 104.

¹²⁵ Indicación clara del precio y de todas las informaciones sobre la validez y conveniencia del contrato y en especial el tipo y exacta denominación del bien, fabricante o productor;

prensible, ante todo en la lengua del lugar donde se realiza la venta. Si el bien es expuesto en venta, los datos informativos esenciales se indicarán en un cartel colocado permanentemente junto al mismo y claramente visible, y si el bien es conservado en el interior del lugar de venta, la información se suministrará mediante la entrega de un prospecto ilustrativo, al margen de que pueda ser dada verbalmente por el vendedor.

El artículo 189 contempla lo que denomina *informaciones contextuales*, respecto de los bienes confeccionados, encajonados o embotellados y acompañados de etiquetas, de estampados ilustrativos o contenido instrucciones para el uso, la conservación y análogos, estableciendo la obligación del vendedor de suministrar unos datos mínimos¹²⁶, al menos en la lengua nacional del lugar de venta, aunque las indicaciones más usuales pueden suministrarse mediante figuras o símbolos de uso habitual y significado ampliamente aceptado. En el caso de bienes a granel expuestos sobre el mostrador y desprovistos de etiquetas, los datos esenciales se indicarán en anuncios claramente visibles colocados junto a ellos, y además en factura, recibo o nota de caja (donde figurarán su denominación y su dirección, también telefónica y electrónica, la denominación y el tipo del bien vendido y el precio pagado), especificándose, en todo caso, la proveniencia de los bienes y la fecha dentro de la cual deben ser utilizados.

Estas obligaciones de información existirán igualmente, salvo pacto en contrario, en los contratos entre empresarios (art. 190), pudiendo contenerse en cartas o en análogas comunicaciones escritas, redactadas por el que ofrece en venta o vende en la lengua nacional del comprador; y en los contratos entre particulares (art. 191), aunque en este caso podrán realizarse verbalmente si el comprador no exige declaración escrita.

El artículo 192 establece unas previsiones específicas para la compraventa de bienes usados. El oferente deberá, antes de la conclusión del contrato, y salvo pacto en contrario, suministrar por escrito al eventual comprador que lo requiera los siguientes datos: exacta denominación o tipo del bien, época de

lugar, fecha y procedimiento de fabricación o producción, calidad y materia prima empleada, características fundamentales, uso al que puede ser destinado y relativa caducidad, modalidades de instalación, limpieza y conservación y sus relativas caducidades.

¹²⁶ Estas informaciones son las relativas a los datos completos del fabricante o productor, sus signos distintivos, su domicilio, con direcciones telefónicas y electrónicas, el tipo, la calidad y la exacta denominación mercantil y comercial de los bienes, el lugar y la fecha de fabricación o de producción, los materiales y los procedimientos empleados en la fabricación o producción y sus características esenciales; la eventual presencia en ellos de sustancias peligrosas o nocivas para el hombre y las precauciones a adoptar para su instalación, uso, conservación y limpieza; las empresas, con las respectivas direcciones completas, a las que el comprador pueda dirigirse para su conservación y reparación, etc. Además, se deberá indicar la fecha de caducidad en modo particularmente visible en todos los bienes con finalidades terapéuticas o destinados a la alimentación, limpieza o tratamiento estético de la cara y del cuerpo, o cuyo uso pueda en cualquier modo comportar contactos con éste.

su construcción, funcionamiento, y características o defectos cualesquiera que fueren y de los se deba tener conocimiento; y además debe consentir a la contraparte efectuar o hacer efectuar por persona competente un examen.

En caso de tratarse de automóviles o máquinas usadas, el oferente deberá declarar además al eventual comprador, generalmente por escrito, el uso al que ha sido destinada y los incidentes y las reparaciones que el vehículo o máquina hayan sufrido.

En las ventas de universalidades en uso, a falta de acuerdo en contrario, el vendedor deberá informar previamente en modo exhaustivo a la contraparte de la consistencia de la misma, sea real o potencial, lo mismo que de su susceptibilidad de incrementos, suministrándole una exacta descripción analítica o un fiel elenco de los bienes y de su estado de uso así como de las relaciones que componen la universalidad misma.

Respecto de las compraventas en pública subasta, el artículo 219.3 establece también el deber del vendedor de comunicar ciertas informaciones previas sobre las características de los bienes ofrecidos, en los anuncios, el catálogo de venta o carteles individuales o bien en el momento de la subasta¹²⁷.

Finalmente, el artículo 183 establece en la compraventa de bienes ajenos el deber del vendedor de informar a la contraparte, antes de la conclusión del contrato, de que el bien no le pertenece, pudiendo en caso contrario el comprador desistir del contrato dentro de un término razonable.

4.2. EL PROYECTO DE MARCO COMÚN DE REFERENCIA

Por su parte, el DCFR busca obtener la eficiencia del mercado a través de la igualdad de información, para obtener una plena eficacia de los acuerdos contractuales, pues la falta de información de los consumidores sobre las características de los bienes vendidos o de los términos ofrecidos lleva a fallos del

¹²⁷ En concreto, los anuncios expuestos previamente al público deben indicar exactamente, aunque sea de manera sintética o en su conjunto, los bienes que serán vendidos en subasta; el catálogo que sea distribuido en las salas en que los bienes vengan expuestos, y en la sala en que sean vendidos, debe contener por cada bien singular, y en la lengua del lugar donde se celebra la subasta, su exacta denominación, el lugar y la fecha o época de fabricación o de producción o su proveniencia, las características más sobresalientes, los eventuales defectos y el precio de salida a subasta, datos que deberán figurar también en los carteles colocados junto a los bienes en la sala en la que vengan expuestos, aunque no serán necesarios esos datos en el caso de bienes singulares puestos en venta, expresa y claramente, sin ningún precio de salida a subasta o con un precio irrisorio y además con la dicción «así como está». En caso de ser puestos en venta productos agrícolas, piscícolas, alimenticios o mercaderías sin haber expuesto previamente los anuncios sobre el objeto de la venta, el subastador deberá declarar en el momento de la subasta la exacta denominación de los bienes, su calidad y su proveniencia, en alta voz o sobre las pantallas fácilmente visibles.

mercado. De este modo, quedan justificadas las normas que imponen que una parte (normalmente una empresa) facilite a otra (generalmente un consumidor) una información específica sobre su naturaleza, términos y efectos, a fin de permitir una decisión bien informada que de otro modo no sería fácilmente accesible a la otra parte y promover así la eficiencia del mercado relevante¹²⁸. Observamos así que se destaca especialmente la importancia de la existencia de un deber precontractual de información, que ha de cubrir las razonables expectativas de su destinatario y que, como dijimos, no se limita ya al ámbito de los contratos con consumidores, sino que se aplica igualmente a los contratos entre empresas en la medida en que venga determinado por las buenas prácticas comerciales¹²⁹. No obstante, se distingue un diferente ámbito de información precontractual exigible en función de la naturaleza de las partes intervenientes, estableciéndose, junto a un nivel mínimo general de información exigible en todas las relaciones en que intervenga una empresa, un distinto estándar en función de que esa empresa se relacione con otra empresa o con un consumidor, en especial cuando éste se halla en situación de desventaja.

En este punto se han producido, fundamentalmente como consecuencia de los trabajos del *Acquis Group*, numerosos cambios en la edición de 2009 respecto de la de 2008, que claramente se basaba en los PECL¹³⁰.

Como se señala en los Principios explicativos de la versión definitiva del DCFR¹³¹, la necesidad de una regulación específica, resultante del interés en asegurar que las partes están plenamente informadas para que exista una auténtica libertad de contratar, se pone de manifiesto porque los fundamentos clásicos de la invalidez por error son demasiado limitados, y así en muchos países el error sólo se contempla referido a la sustancia de la cosa vendida, concepto desarrollado cuando los bienes y servicios eran mucho más simples que en la actualidad pero que no resulta adecuado actualmente, cuando las partes necesitan mucha más información y por ello será necesario establecer una obligación de dar ciertas informaciones. De este modo, el régimen clásico del error se suplementa con deberes de facilitar a la otra parte la información que sea necesaria para que pueda adoptar una decisión adecuadamente informada, en especial entre empresas y consumidores, pero también entre empresas: normalmente éstas suelen informarse adecuadamente antes de celebrar un contrato, pero si una

¹²⁸ Cfr. *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR). Interim Outline Edition*, Sellier.european law publishers, Munich, 2008, pág. 16.

¹²⁹ Cfr. GARCÍA RUBIO y OTERO CRESPO, «La responsabilidad precontractual...», *op. cit.*, pág. 12.

¹³⁰ Cfr. *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR). Outline Edition*, Introduction, Sellier.european law publishers, Munich, 2009, pág. 20.

¹³¹ Cfr. *Principles... Outline Edition*, *op. cit.*, Principles, págs. 66-68.

buena práctica comercial establece que se proporcione cierta información por una parte es probable que la otra entienda que se ha facilitado, y si realmente no se ha hecho y finalmente se celebra un contrato que esa parte no hubiera realizado o lo hubiera hecho sobre cláusulas fundamentalmente diferentes, ésta ha de tener una posibilidad de recurso.

Lo mismo cabe decir de los propios contratos, en que las vías clásicas de defensa se elaboraron en un momento en que eran tan simples que las partes podían entenderlos rápidamente, pero que ha cambiado, en especial por el empleo de condiciones generales, y esto, que recibe una atención por parte del Derecho europeo vigente en relación con los contratos de consumo no negociados individualmente¹³², puede sin embargo darse igualmente en relación con los contratos entre empresas, en especial cuando una de las partes es una PYME con falta de experiencia; por ello, el DCFR establece controles respecto de estos problemas también en los contratos entre empresas, si bien son más restringidos que en relación con los contratos con consumidores. Si las partes están adecuadamente informadas, estarán vinculadas a los contratos que celebren, pero en ocasiones los problemas persisten aunque los consumidores estén teóricamente informados, porque probablemente no podrán hacer uso efectivo de la información, y en tales casos puede justificarse una norma imperativa que dé al consumidor ciertos derechos, como el de desistimiento.

En general, los deberes de información buscan promover la eficiencia del mercado, siendo un valor a defender la realización de una decisión mejor informada, pues el acuerdo puede no llegar a ser totalmente eficiente debido a fallos del mercado como la desigualdad de información, lo que justificaría la realización de interferencias con la libertad de mercado. Las normas de protección del consumidor, por ejemplo, no sólo serían una protección para el beneficio de las partes típicamente más débiles sino normas de beneficio general, puesto que llevan a más competencia y así a un mejor funcionamiento de los mercados. Así, pueden justificarse las normas que, respecto de la formación de un contrato de un tipo particular o en una situación específica, imponen que una parte (normalmente una empresa) proporcione a la otra (normalmente un consumidor) una determinada información sobre su naturaleza, contenido y efectos, donde se necesita tal información para una decisión bien informada y que de otro modo no sería fácilmente accesible a esa otra parte, en la medida en que promueven la eficiencia del mercado en consideración¹³³. Sin embargo, se ha destacado¹³⁴ que el DCFR se ha excedido en ese enfoque y llega a sugerir

¹³² Así, la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores.

¹³³ Cfr. *Principles... Outline Edition, op. cit.*, Principles, págs. 96-97.

¹³⁴ Por EIDENMÜLLER, Horst *et al.*, «El marco común de referencia para el Derecho privado europeo (cuestiones valorativas y problemas legislativos)», en *ADC*, T. LXII-IV, 2009, págs. 1506-1507.

una restricción del ámbito de autorresponsabilidad, de modo que el deber de las partes contratantes de obtener la información que precisen se convierte en excepción frente a la regla general de que ésta ha de ser suministrada por la otra parte, y ello no sólo en los contratos con consumidores sino también entre empresas, lo que iría en contradicción con el actual esquema que rige en los ordenamientos europeos, más coherente con una sociedad libre.

Además, el hecho de que el DCFR haya ido extrayendo la regulación de la información contractual de diversas fuentes (PECL, Proyecto de Pavía, diferentes directivas...) motiva que su tratamiento no sea homogéneo, pues a una regulación general (no restringida a ciertas formas negociales y tipos contractuales, como algunos de sus precedentes) se le añaden paralelamente otras disposiciones específicas que se solapan y tienen diferentes ámbitos de aplicación, estableciéndose regímenes especiales parcialmente coincidentes pero no coordinados, que dan una cierta impresión de incoherencia y descoordinación¹³⁵. De modo similar a los ACQP, se establece un régimen general para los contratos de suministro por empresas y otro para cuando la otra parte es un consumidor, al que se añaden regímenes especiales cuando el consumidor se encuentra en una situación especialmente desventajosa y para los casos de contrataciones a distancia en tiempo real. Asimismo se contemplan como especialidades la comunicación a distancia directa e inmediata de la empresa con el consumidor, y los contratos por medios electrónicos sin comunicación individual.

El DCFR dedica específicamente la Sección 1.^a del Capítulo 3 del Libro II a los deberes de información precontractual. El artículo II-3:101 establece que, en los casos de suministro de bienes o servicios por una empresa, ésta deberá proporcionar a la otra persona de la información sobre los mismos que ésta pudiera razonablemente esperar, teniendo en cuenta los niveles de calidad y cumplimiento que pueden ser normales en esas circunstancias. En el caso de que la otra parte fuera también una empresa, el nivel de información a proporcionar vendrá determinado por la consideración de si ese incumplimiento se desviaría de las buenas prácticas comerciales.

En el caso de que estemos ante empresas ofreciendo bienes o servicios a consumidores, el artículo II-3:102 DCFR establece que la empresa deberá no proporcionar informaciones engañosas, considerándose como tales si tergiversan u omiten hechos materiales que el consumidor medio podría esperar que se dieran para una decisión informada sobre si celebra el contrato, teniendo en cuenta

¹³⁵ Defecto puesto de manifiesto por EIDENMÜLLER *et al.*, «El marco común de referencia...», *op. cit.*, pág. 1506; y VALPUESTA GASTAMINZA, Eduardo, «Libro II. Contratos y otros actos jurídicos», en VALPUESTA GASTAMINZA, Eduardo (coord.), *Unificación del Derecho patrimonial europeo. Marco común de referencia y Derecho español*, Ed. Bosch, Barcelona, 2011, págs. 107 y 111.

todas las circunstancias y el medio de comunicación empleado¹³⁶. Si la empresa empleara una comunicación comercial que da la impresión de contener toda la información relevante, deberá ser así efectivamente, y contendrá en todo caso en que no se pueda derivar ya del contexto de la comunicación comercial las principales características de los bienes o servicios; la identidad y domicilio, si fuera relevante, de la empresa; el precio y el posible derecho de desistimiento, así como los puntos particulares relativos al pago, entrega, cumplimiento y atención a reclamaciones, que se deriven de las exigencias de la diligencia profesional, y el idioma a emplear en las comunicaciones entre las partes tras la celebración del contrato, si fuera diferente del de la comunicación comercial¹³⁷. Toda esta información deberá proporcionarse en el mismo idioma¹³⁸.

Si el consumidor estuviera en una posición especialmente desventajosa debido al medio técnico utilizado en la contratación, la distancia física entre las partes o la naturaleza del contrato, conforme al artículo II-3:103 la empresa deberá, en función de las circunstancias y con una antelación razonable a la celebración del contrato, y sin perjuicio de que existan deberes de información específicos para situaciones concretas, proporcionar una información clara sobre las principales características de los bienes o servicios, el precio¹³⁹, la dirección e identidad de la empresa con la que está negociando el consumidor, las cláusulas contractuales, los derechos y obligaciones de ambas partes y cualquier derecho de desistimiento o procedimientos de resolución disponibles¹⁴⁰, correspondiendo a ella la carga de la prueba de haberlo hecho. En el caso de contratos a distancia con consumidores, esas informaciones deberán confirmarse textualmente en un soporte duradero en el momento de la celebración del contrato (art. II-3:106.3)¹⁴¹.

¹³⁶ La versión de 2007, más lacónica, sólo hace referencia a que la empresa debe, en la medida de lo posible teniendo en cuenta el medio de comunicación empleado, proporcionar la información que el consumidor medio necesite en ese contexto para adoptar una decisión informada sobre si celebra el contrato.

¹³⁷ Este contenido tiene su origen en el artículo 4.1 de la Directiva sobre contratos a distancia. El último inciso se introduce en la versión definitiva de 2009, siendo inexistente en la de 2007. También se recogen en parte estas informaciones en el artículo 6 de la Directiva sobre comercio electrónico.

¹³⁸ Nueva indicación introducida en la versión de 2009.

¹³⁹ La versión de 2007 especificaba que en él se incluían los gastos de entrega, impuestos y otros gastos, lo que desaparece en la de 2009 al establecerse como parte del nuevo contenido del artículo II-3:103.7.

¹⁴⁰ Como vemos, se reitera prácticamente, con mínimas diferencias, lo ya dispuesto en el artículo II-3:102.2, respecto de las comunicaciones comerciales que den la impresión de contener toda la información relevante.

¹⁴¹ El apartado 4 reitera, a su vez, el contenido del artículo II-3:103.1. Realmente, dado que un contrato a distancia es un contrato en el que el consumidor se halla en una desventaja de información significativa a causa del medio técnico empleado para la contratación y la distancia física entre empresa y consumidor, en los términos del artículo II-3:103.1, esa reiteración era innecesaria, pues hubiera sido en cualquier caso de aplicación éste último. No obstante, en el artículo II-3:108.2 se efectúa una distinción entre el deber general de identificación de la

La información a proporcionar obligatoriamente por las empresas (tanto frente a otras empresas como a consumidores) deberá realizarse con claridad y precisión, y expresarse en un lenguaje sencillo e inteligible (art. II-3:106.1)¹⁴², concretándose cuál es la información a proporcionar sobre el precio (art. II-3:107)¹⁴³, y la relacionada con la dirección e identidad de la empresa (art. II-3:108)¹⁴⁴.

De tratarse de comunicación a distancia en tiempo real (comunicación directa e inmediata que permite a cada parte interrumpir a la otra: teléfono, chat y comunicación por Internet...) entre una empresa y un consumidor, la empresa deberá informar expresamente al inicio de la comunicación sobre su nombre y la finalidad comercial del contrato, correspondiéndole la carga de la prueba de haberlo hecho, y otorgándose al consumidor un derecho de desistimiento en caso de incumplimiento y haberse llegado a celebrar un contrato a consecuencia de esa comunicación (art. II-3:104).

Una novedad es el amplio tratamiento de las consecuencias del incumplimiento de los deberes de información precontractual, aunque ya se contemplaban, pero más limitadamente, en el Proyecto de Pavía. En caso de existir un derecho de desistimiento del consumidor, el plazo de ejercicio no comenzará hasta que la empresa proporcione la información precontractual a que estuviera obligada, si bien dicho plazo se subordina a una caducidad de un año tras la celebración del contrato; y si finalmente se celebrara el contrato, la empresa incumplidora estará sometida a las obligaciones contractuales que la otra parte

empresa del apartado 1 del propio artículo y el específico del artículo II-3:103.1, estableciéndose como veremos que a tales efectos la obligación de proporcionar la dirección e identidad de la empresa se limitará al nombre de la empresa, número de inscripción registral, dirección geográfica y datos de contacto. La obligación de confirmación escrita proviene del artículo 5 de la Directiva sobre contratos a distancia. En general, el contenido de este precepto tiene su origen en el artículo 2:203 ACQP, que vimos anteriormente.

¹⁴² Esta indicación proviene del artículo 4.2 de la Directiva sobre contratos a distancia, de donde la recogió igualmente el artículo 2:206.1 ACQP.

¹⁴³ Deberá incluir la referente a todos los anticipos a pagar, gastos de envío e impuestos y derechos adicionales que puedan indicarse separadamente, así como el programa de pagos en caso de que el precio no se abone en una sola cantidad; aunque si el precio exacto no pudiera indicarse, dicha información habrá de darse sobre una base de cálculo que permita al consumidor verificar el precio. Estas dos últimas indicaciones son novedad de la versión de 2009 respecto de la de 2007, y la redacción del precepto en general es nueva respecto al contenido de su homónimo en la de 2007.

¹⁴⁴ Deberá incluir su nombre, cualquier nombre comercial aplicable al contrato, el número de inscripción en cualquier registro oficial y el nombre de éste, la dirección geográfica de la empresa, datos de contacto, la dirección e identidad del representante en el país de residencia del consumidor si existiera, los detalles de la autoridad supervisora competente si la actividad de la empresa estuviera sometida a autorización y el número de identificación del IVA aplicable si la actividad de la empresa estuviera sujeta a tal impuesto, salvo para el cumplimiento de la obligación de información específicamente recogida en el artículo II-3:103.1, en cuyo caso bastará con el nombre de la empresa, número de inscripción registral, dirección geográfica y datos de contacto. La redacción de este precepto es nueva en la versión de 2009, respecto al contenido de su homónimo en la de 2007.

pudiera razonablemente esperar como consecuencia de la falta o incorrección de esa información, aplicándose las normas del incumplimiento contractual en caso de no observancia de las mismas¹⁴⁵. En cualquier caso y al margen de que el contrato llegue a celebrarse, la empresa incumplidora será responsable de los daños que se causen a la otra parte por el incumplimiento del deber de informar¹⁴⁶, salvo en la medida en que exista un remedio para el caso de incumplimiento contractual. Vemos así que, como muestra de la tendencia a que hacíamos referencia al inicio de este trabajo, se contempla como consecuencia del incumplimiento de los deberes de información precontractual el resarcimiento del interés negativo, ya recogido en el Proyecto de Pavía y los ACQP y que posteriormente se retoma en los artículos VI-2:204 y 2:207 (que consideran como «daño jurídicamente relevante» respectivamente las pérdidas causadas a una persona como consecuencia de la comunicación de una información que quien comunica sabe o puede razonablemente esperarse que sepa que es incorrecta, y como consecuencia de adoptar una decisión sobre la confianza razonable sobre un consejo o información incorrectos), pero también del interés positivo. Estas normas, recogidas en el artículo II-3:109¹⁴⁷, tienen carácter imperativo e inderogable en perjuicio del consumidor¹⁴⁸ y se aplican al margen de las medidas contempladas para el caso de error.

Esa *contractualización* de las informaciones precontractuales, generalizada más allá de los contratos de consumo, que como vimos ya recogió el artículo 6:101 PECL y traía origen del ámbito del Derecho del consumo, se refuerza en el artículo II-9:102, que de modo similar establece el carácter contractual de las declaraciones precontractuales si la otra parte razonablemente la consideró como hecha sobre la base de que formaría parte de las condiciones del contrato si se celebrara, si bien en el DCFR la vinculatoriedad de las declaraciones públicas (por tanto, no de las realizadas directamente a la otra parte) del productor o un representante en contactos previos de la cadena empresarial se producirá sólo cuando el destinatario sea un consumidor. Esta disposición es imperativa en las relaciones entre empresas y consumidores (luego se puede entender que cabe su exclusión en las relaciones entre empresas).

En los casos de comunicación a distancia directa e inmediata (teléfono, voz por Internet o chat por Internet) de la empresa con el consumidor, el artículo II-3:104 establece que la empresa deberá manifestar expresamente su identidad y la finalidad comercial del contacto, correspondiendo a ella la carga de la prueba de

¹⁴⁵ Redacción que tiene su origen en el artículo 2:207.1 y 3 ACQP.

¹⁴⁶ Como vemos, una redacción similar a la de los artículos 2:207.2 ACQP y 7.2 del Proyecto de Pavía.

¹⁴⁷ Artículo II-3:107 en la versión de 2007.

¹⁴⁸ Con lo que parece que sí serían admisibles las cláusulas limitativas o exoneradoras de responsabilidad por defecto o incorrección de la información precontractual en el caso de relaciones entre empresas.

que el consumidor ha recibido dicha información. El artículo II-3:105 contempla el caso del contrato celebrado por medios electrónicos sin una comunicación individual (como vemos, ya no es preciso que la contraparte sea un consumidor), disponiendo que la empresa deberá proporcionar determinada información a la otra parte, antes de que ésta haga o acepte una oferta¹⁴⁹. En ambos supuestos, en caso de incumplimiento del deber de información, la empresa será responsable frente al consumidor de todo daño que se le produzca, y si llegara a celebrarse el contrato la otra parte¹⁵⁰ tendrá un derecho de desistimiento¹⁵¹.

Finalmente, respecto de la versión provisional del DCFR de 2007, la definitiva de 2009 únicamente completa los términos ingleses para «bienes», de modo que se pasa de hacer referencia a los contratos sobre *goods or services*, a los de *goods, other assets or services*, modificación que realmente no tiene mucha trascendencia en español.

En relación con el error, el artículo II-7:201.1.b).iii) contempla como supuesto el que el contrato se realice afectado por error por no cumplir con un deber de información precontractual, estableciéndose una responsabilidad por los daños causados por la confianza en una información incorrecta: quien realice un contrato por una razonable confianza sobre una información incorrecta dada por la otra parte en el curso de las negociaciones tendrá derecho a una indemnización por los daños sufridos, incluso aun cuando no haya un derecho a la anulación del contrato, si quien proporcionó la información sabía que era incorrecta o no tenía motivos razonables para creer que fuera correcta y sabía o podía razonablemente esperarse que supiera que el receptor confiaría en ella para decidir si celebraba o no el contrato en los términos convenidos (art. II-7:204).

Respecto al dolo, el artículo II-7:205 contempla como causa de anulabilidad del contrato la inducción a la celebración del contrato por una tergiversación dolosa, mediante palabras o conducta, u occultación dolosa de una información cuya expresión venía impuesta por la buena fe¹⁵², o cualquier otro deber de información precontractual. La tergiversación será dolosa si se hace con conoci-

¹⁴⁹ Concretamente, los trámites técnicos para la celebración del contrato, si la empresa guardará un documento contractual y si estará accesible, los medios técnicos para identificar y corregir errores antes de que la otra parte haga o acepte una oferta, idiomas ofrecidos para la celebración del contrato y cualquier cláusula contractual usada (a facilitar en formato de texto).

¹⁵⁰ Obsérvese que, mientras que para la primera consecuencia del incumplimiento sí debe ser un consumidor, para ésta no se dice que deba serlo.

¹⁵¹ Estos dos incisos, referentes al incumplimiento del deber de información, se introducen como novedad en los nuevos artículos II-3:104.4-5 y II-3:105.3 de la versión de 2009.

¹⁵² Si bien a lo largo del documento se emplea la usual expresión inglesa «*good faith and fair dealing*», la idea del *fair dealing* como justa actuación en los tratos o lealtad en las negociaciones no tiene una exacta traducción al español, pudiendo traducirse el conjunto del binomio como «buena fe», en sentido parecido al del artículo 1.7 del Código Civil. Ha de tenerse en cuenta que estos binomios son especialmente caros al lenguaje jurídico inglés, y así puede citarse también la expresión *null and void* para hacer referencia al (contrato) nulo.

miento o creencia de que la información era falsa y buscaba inducir al receptor a incurrir en un error, y la ocultación lo será si busca inducir a la persona a la que se retiene la información a incurrir en un error¹⁵³. Para determinar si la buena fe y la corrección en las negociaciones requerían que una parte revelara una información específica, se tendrán en cuenta todas las circunstancias, en especial si la parte tenía una pericia especial, el coste para esa parte de conseguir esa información específica, si la otra parte podía razonablemente conseguir la información por otras vías y la evidencia de la importancia de la información para la otra parte.

El artículo IV.E-2:101, que integra la Sección 1.^a del Capítulo 2 del Libro IV.E (contratos de agencia, franquicia y distribución), determina que la parte que esté en negociaciones para uno de estos contratos deberá proporcionar a la otra parte, en un tiempo razonable antes de la celebración del contrato y en la medida en que se requiera por la buena práctica comercial, la información suficiente para permitirla decidir sobre una base razonablemente informada si celebra o no tal contrato y con esas cláusulas. En concreto respecto del contrato de franquicia, el artículo IV.E-4:102 impone imperativamente que el franquiciador proporcione al franquiciado una información tempestiva y adecuada sobre determinados aspectos de la franquicia¹⁵⁴, y en caso de incumplimiento de esta obligación, aun cuando no dé lugar a un error que anularía el contrato, el franquiciador deberá indemnizar al franquiciado de los daños que se le causen, a menos que el franquiciador tenga motivos para creer que la información era adecuada o había sido dada en un tiempo razonable.

En el caso de la fianza, el artículo IV.G-4:103.1 establece como deberes precontractuales del acreedor el de informar al que va a ser fiador del efecto general de la fianza propuesta y de los riesgos especiales por los que pueda verse afectado en vista de la situación financiera del deudor, de acuerdo con la información de que dispone el acreedor. Conforme a los apartados 3 y 4 del mismo artículo, esa información deberá darse al menos cinco días antes de que el fiador, la oferta de fianza o el contrato, estableciéndose en caso contrario un derecho de desistimiento del fiador, que deberá ejercitarse en un plazo razonable desde que se reciba la información (entendiéndose por plazo razonable el de cinco días, salvo que las circunstancias indiquen otra cosa) o en cualquier momento si no llega a recibirse.

¹⁵³ Conceptos que coinciden con la definición de «doloso» (*fraudulent*) recogida en el Anexo, si bien ésta añade que el error se realice en perjuicio del receptor o persona a la que se retiene la información.

¹⁵⁴ En concreto, sobre la empresa y experiencia del franquiciador, los derechos de propiedad intelectual específicos, las características del *know-how* concreto, el sector comercial y condiciones de mercado, el método de franquicia concreto y su funcionamiento, la estructura y extensión de la red de franquicias, las cuotas, *royalties* y otros pagos periódicos y las cláusulas del contrato.

5. EL ESTUDIO DE VIABILIDAD DEL GRUPO DE EXPERTOS, Y EL DERECHO DE COMPRAVENTA COMÚN EUROPEO

El *Estudio de Viabilidad (Feasibility Study)* del Grupo de Expertos convocado por la Comisión Europea, de 19 de agosto de 2011¹⁵⁵, partiendo del DCFR y de las respuestas al Libro Verde de la Comisión sobre opciones para avanzar hacia un Derecho contractual europeo para consumidores y empresas de 1 de julio de 2010¹⁵⁶ y de un modo menos ambicioso (así, en un enfoque más tradicional, prescinde de las partes sobre principios y definiciones, centrándose únicamente en la formulación de normas), trata de la materia más restringidamente y en la línea de la legislación europea ya vigente (Directivas sobre contratos a distancia, comercialización a distancia de servicios financieros con consumidores y contratos celebrados fuera de los establecimientos comerciales, por ejemplo). En concreto, regula la información precontractual en el Capítulo 2¹⁵⁷ de la Parte II, distinguiendo entre contratos entre empresas y consumidores y contratos entre empresas.

Respecto del primer caso, la Sección 1.^a de dicho Capítulo 2 (que las partes no pueden modificar ni excluir en perjuicio del consumidor: art. 23¹⁵⁸) dedica el artículo 14¹⁵⁹ a la información que debe darse en los contratos a distancia y fuera de los establecimientos comerciales, estableciendo que el comerciante deberá proporcionar cierta información al consumidor de modo claro y comprensible, antes de que se celebre el contrato ni el consumidor esté vinculado

¹⁵⁵ Es esta su última versión. También haremos referencia a la anterior de 3 de mayo de 2011, con la que la de agosto tiene algunas diferencias, como son la regulación más simplificada y menos detallada de la de mayo; el que se sustituya la inicial referencia a la empresa (*business*) por la de comerciante (*trader*), seguramente para evitar dudas en torno a la inclusión de los comerciantes individuales; o el que en los objetos de suministro la segunda versión añada a los bienes y servicios el contenido digital, lo que claramente responde a lo discutido de la naturaleza de éste, en torno a si se trataría de una u otra categoría (de este modo, para evitar posibles discrepancias y ambigüedades respecto a si el contenido digital quedaría englobado o no, se opta por mencionarlo como un *tertium genus*). Salvo donde se indique otra cosa, la numeración de artículos que utilizaremos viene referida a la segunda versión.

¹⁵⁶ Documento COM (2010) 348.

¹⁵⁷ En la versión del 3 de mayo el contenido del Capítulo 2 era más amplio, pues se refería no sólo a la información precontractual, sino también a la negociación precontractual, y así recogía como Sección 6.^a los deberes de negociar de buena fe y con respeto a la confidencialidad, que lógicamente se excluyen de este capítulo en la segunda versión, remitiéndose a las normas relativas a los principios generales.

¹⁵⁸ Artículo 22 en la versión del 3 de mayo.

¹⁵⁹ La versión del 19 de agosto, consecuentemente con la inclusión ahora del contenido digital, añade a la información que debía proporcionarse conforme al contenido original del precepto la referente a la funcionalidad del contenido digital y su interoperabilidad con el *hardware* y *software*, además de otras diferencias a que nos referiremos en las siguientes notas.

por ninguna oferta¹⁶⁰. Esta información (salvo la referente a la dirección del comerciante) formará parte integrante del contrato¹⁶¹ y no será alterable salvo acuerdo expreso de las partes, correspondiendo al comerciante la carga de la prueba de que la ha facilitado (arts. 14.6 y 22¹⁶²).

En el caso de contratos a distancia, esa información deberá darse o hacerse accesible al consumidor en un modo apropiado al medio de comunicación a distancia empleado, en un lenguaje sencillo e inteligible y, en la medida en que se proporcione en un soporte duradero, ser legible¹⁶³. En el caso de contratos fuera de los establecimientos comerciales, la información deberá darse en papel o bien, si el consumidor consiente, en otro soporte duradero, y ser legible y en un lenguaje sencillo e inteligible¹⁶⁴.

No obstante, el deber de informar se excluye en los contratos de suministro de alimentos, bebidas u otros bienes de consumo doméstico corriente y que se suministran físicamente por el comerciante en visitas frecuentes y regulares a la casa o lugar de trabajo del consumidor¹⁶⁵; celebrados por medio de una máquina automática de venta o establecimientos comerciales automatizados; o fuera de los establecimientos comerciales si el precio (o el precio total de los contratos, si se hubieran celebrado a la vez varios) no excede de 50 euros o la suma equivalente en la divisa pactada para el precio del contrato¹⁶⁶.

¹⁶⁰ En concreto, sobre las principales características de los bienes, contenido digital o servicios que se vayan a suministrar, con una extensión apropiada a éstas y al medio de comunicación; el precio y recargos adicionales, su identidad y dirección, las cláusulas contractuales, los derechos de desistimiento; la existencia y condiciones de la asistencia postventa al consumidor del comerciante, servicios postventa, garantías comerciales y política de tratamiento de reclamaciones, cuando sean aplicables; la posibilidad de recurrir a un mecanismo de reclamaciones y compensaciones extrajudiciales al que el comerciante esté vinculado y los métodos para acceder al mismo; la funcionalidad, incluyendo las medidas de protección técnica aplicable, del contenido digital, cuando proceda; y, cuando corresponda, cualquier concreta interoperabilidad del contenido digital con hardware y software que el comerciante conozca o sea esperable que conociera. Estas informaciones ya se contemplaban en su mayor parte en el artículo 4.1 de la Directiva sobre contratos a distancia.

¹⁶¹ Esta indicación ya se recogía en el artículo 13.2 de la versión del 3 de mayo.

¹⁶² Artículo 21 en la versión del 3 de mayo.

¹⁶³ Se corresponde con el artículo 20.3 de la versión del 3 de mayo.

¹⁶⁴ Esta cuestión se recogía en el artículo 19 de la versión del 3 de mayo, pero ésta invertía el orden de preferencia de los soportes: en el artículo 19 de la primera versión se contemplaba el deber de proporcionar la información y una confirmación del contrato en un lenguaje sencillo e inteligible y en un soporte duradero, realizándose la entrega de la información y la confirmación en papel sólo si el consumidor lo solicita, mientras que en el artículo 14.4 de la segunda versión la entrega en papel es obligatoria aunque se permite que, si el consumidor lo acepta, se pueda entregar en otro soporte duradero.

¹⁶⁵ Lo que trae origen del artículo 3.2 de la Directiva sobre contratos fuera de los establecimientos comerciales y del primer guión del artículo 3.2 de la Directiva sobre contratos a distancia.

¹⁶⁶ Se incrementa el límite respecto de los 15 euros de la versión del 3 de mayo. Se viene a recoger la exclusión ya dispuesta (pero referida a 60 ECUS) en el artículo 3.1 de la Directiva sobre contratos fuera de los establecimientos comerciales.

Se concreta en el artículo 15 la información referente al precio que debe proporcionarse¹⁶⁷, indicándose asimismo que el comerciante deberá también informar al consumidor, tan pronto como sea factible, del coste de usar el medio de comunicación a distancia para la celebración del contrato cuando tal coste se calcule de modo diferente a la tarifa básica¹⁶⁸. Si el comerciante no cumpliera con estas obligaciones de información sobre recargos adicionales y otros costes, el consumidor no será responsable de pagarlos¹⁶⁹.

El artículo 16 especifica cuál es la información a proporcionar sobre la identidad y dirección del comerciante¹⁷⁰, y el artículo 17 se refiere a la información sobre las cláusulas contractuales¹⁷¹.

¹⁶⁷ La información deberá incluir el precio total incluyendo impuestos, o donde la naturaleza de los bienes, contenido digital o servicios sea tal que el precio razonablemente no pueda calcularse anticipadamente, la forma en que el precio se va a calcular; y, cuando corresponda, cualquier recargo por transporte, entrega o correo y cualquier otro coste, o donde razonablemente no se puedan calcular anticipadamente, el hecho de que tales recargos y costes adicionales puedan deber ser pagados. En caso de un contrato de duración indeterminada o de un contrato que contenga una suscripción, el precio total deberá incluir los costes totales por periodo de facturación, y donde tales contratos se recarguen con un porcentaje fijo, el precio total debe incluir los costes mensuales totales, y cuando los costes totales razonablemente no se puedan calcular con anticipación, deberá aportarse el modo de cálculo del precio. El artículo 15.2 de la versión del 3 de mayo era parcialmente diferente, pues se refería a contratos de servicios en suscripción, estableciéndose que debía informarse sobre los costes de suscripción totales por unidad de tiempo periódica o, si no pudieran calcularse con anticipación, la forma de cálculo del precio. La nueva versión se extiende a contratos de duración indeterminada y no se limita a contratos de servicios.

¹⁶⁸ Este específico deber de información, recogido en el artículo 15.3, aparecía en la versión del 3 de mayo ubicado en el artículo 20.1, si bien ahí se restringía a los casos en que el consumidor contactaba con la empresa para celebrar un contrato a distancia.

¹⁶⁹ Esta indicación se reitera con posterioridad en el artículo 30.2.

¹⁷⁰ Deberá incluir la identidad del comerciante, como su nombre comercial; la dirección geográfica en que esté establecido; el número de teléfono, fax y dirección electrónica del mismo, en su caso (enumeración que no aparecía recogida en la versión del 3 de mayo), para permitir al consumidor contactar con el comerciante rápidamente y comunicar con él eficientemente; en su caso, la identidad y dirección geográfica de cualquier otro comerciante en cuyo nombre esté actuando el comerciante; y, de ser diferente de las direcciones anteriormente mencionadas, la dirección geográfica del comerciante, y en su caso la del comerciante en cuyo nombre esté actuando y al cual pueda dirigir el consumidor cualquier reclamación.

¹⁷¹ Deberá incluir los pactos sobre pago, entrega de los bienes, suministro del contenido digital o prestación de los servicios y el momento antes del cual el comerciante se compromete a realizar esa entrega o prestación; en su caso, la duración del contrato, la duración mínima de las obligaciones del consumidor o, si el contrato fuera de duración indeterminada o ha de prorrogarse automáticamente, las condiciones para terminar el contrato; y la existencia y condiciones para los anticipos u otras garantías financieras que hayan de pagarse o aportarse por el consumidor solicitud del comerciante, en su caso. La versión del 3 de mayo recogía en el apartado 2 de este artículo que debía darse igualmente la información referente a la existencia de los derechos del consumidor respecto de la no conformidad, apartado y contenido que han desaparecido en la segunda versión.

El artículo 18, referente a la información sobre los derechos de desistimiento, impone que ésta incluya las condiciones, límites de tiempo y procedimientos para ejercerlo conforme al Apéndice I (A), al igual que el modelo de impreso de desistimiento del Apéndice I (B), o bien —si no existe un derecho de desistimiento— la indicación de que el consumidor no cuenta con el mismo o las circunstancias en las que lo perderá. En su caso, esta información deberá incluir el hecho de que el consumidor deberá soportar el coste de la devolución de los bienes en caso de desistimiento y, en los contratos a distancia, si los bienes por su naturaleza no pudieran ser devueltos normalmente por correo, el coste de esa devolución¹⁷². Si el consumidor pudiera desistir tras haber hecho una solicitud de prestación de servicios que debieran iniciarse durante el período de desistimiento, la información deberá incluir el hecho de que el consumidor sería responsable de pagar al comerciante la cantidad a que se refiere el artículo 46.5¹⁷³. Este deber de información puede cumplirse proporcionando al consumidor el modelo de instrucciones sobre desistimiento recogido en el Apéndice I (A), y se considerará que el comerciante ha cumplido estas exigencias de información si han proporcionado estas instrucciones correctamente llenadas.

Respecto de los contratos fuera de los establecimientos comerciales, el artículo 19 establece que el comerciante deberá entregar al consumidor una copia del contrato firmado o su confirmación en papel o, de consentirlo el consumidor, en un soporte duradero diferente, incluyendo en su caso la confirmación del consentimiento del consumidor¹⁷⁴.

El artículo 20, referido a los contratos a distancia¹⁷⁵, establece la obligación del comerciante que llame por teléfono a un consumidor con vistas a la celebración de un contrato a distancia, de identificarse al comienzo de la conversación y, en su caso, a la persona en cuyo nombre está realizando la llamada, y su finalidad comercial¹⁷⁶. Si el contrato a distancia se celebrara mediante un medio que permita un espacio o tiempo limitados para mostrar la información, el comerciante deberá suministrar en ese medio especial, antes de la conclusión del contrato, al menos la siguiente información, al margen del resto de informaciones contempladas en general para los contratos a distancia por el artículo 14.3: las principales características de los bienes, contenido digital o servi-

¹⁷² Esta previsión específica no aparecía en la versión del 3 de mayo.

¹⁷³ En caso de que el consumidor ejerza su derecho de desistimiento tras haber hecho una expresa solicitud de servicios a empezar durante el período de desistimiento, deberá pagar al comerciante una cantidad proporcional a lo que haya sido suministrado antes del ejercicio del desistimiento, respecto del objeto íntegro del contrato y sobre la base de la totalidad del precio acordado (si éste fuera excesivo, sobre la base del valor de mercado de lo suministrado).

¹⁷⁴ Lo que proviene en parte del artículo 5 de la Directiva sobre contratos a distancia.

¹⁷⁵ La versión del 3 de mayo recogía otros incisos que no pasaron a la segunda versión, como el caso de que el contrato a distancia obligara al consumidor a hacer un pago y se celebrara por medios electrónicos.

¹⁷⁶ Lo que tiene su origen en el artículo 4.3 de la Directiva sobre contratos a distancia.

cios [art. 14.1.a)], la identidad del comerciante [conforme al art. 16.a])¹⁷⁷, el precio total [arts. 14.1.b) y 15.1-2], el derecho de desistimiento¹⁷⁸ y en su caso la duración del contrato o, en caso de ser un contrato de duración indefinida, los requisitos para terminar el contrato [art. 17.1.b)].

En el resto de contratos, no celebrados a distancia o fuera de establecimientos comerciales, el artículo 21¹⁷⁹ establece que, salvo en los contratos de negociación de un día para otro que se cumplan inmediatamente a su celebración, el comerciante deberá proporcionar al consumidor, en un modo claro y comprensible antes de que el contrato se celebre o el consumidor esté vinculado por cualquier oferta, cierta información¹⁸⁰, en la medida en que no resulte ya evidente del contexto¹⁸¹.

En lo referente a la información precontractual que deberá facilitarse en los contratos entre comerciantes, la Sección 2.^a (constituida por el art. 24¹⁸²) establece que el suministrador deberá facilitar al otro comerciante toda información referente a las principales características de los bienes o servicios a suministrar¹⁸³ que aquél tenga o fuera esperable que tenga y que sería contrario a la buena fe y la corrección en las negociaciones no revelar a la otra parte, para lo que se tendrán en cuenta todas las circunstancias, incluyendo si el suministrador tiene una especial pericia, el coste para éste de adquirir la información específica, la facilidad con la que el otro comerciante podría haber adquirido la información por otros medios, la naturaleza de la información, la evidente importancia de

¹⁷⁷ Esta concreta información no se recogía en la versión del 3 de mayo, tal vez por contenerse ya entre las informaciones a dar con carácter general.

¹⁷⁸ Igualmente, esta información no se recogía en la primera versión, quizás por contenerse ya entre las informaciones a facilitar con carácter general.

¹⁷⁹ Correspondiente al artículo 13 de la versión del 3 de mayo, si bien éste se orientaba como un precepto general para todos los contratos con consumidores, y el artículo 21 de la versión del 19 de agosto como un precepto residual para los contratos con consumidores que no sean a distancia o fuera de los establecimientos comerciales. De ahí también que el primero se ubique al comienzo de la Sección y el segundo al final de la misma.

¹⁸⁰ En concreto, las principales características de los bienes, contenido digital o servicios a suministrar, en una extensión apropiada al medio y a los bienes, contenido digital o servicios; el precio y recargos adicionales, conforme al artículo 15.1; la identidad del comerciante (por ejemplo, marca comercial), dirección geográfica en que esté establecido y número de teléfono; las cláusulas del contrato, de acuerdo con el artículo 17; la existencia y condiciones de los servicios postventa del comerciante, garantías comerciales y política de tratamiento de reclamaciones, en su caso; la funcionalidad, incluyendo las medidas aplicables de protección técnica del contenido digital, en su caso; y, en su caso, cualquier interoperabilidad del contenido digital con *hardware* y *software* que el comerciante conozca o sea esperable que conozca.

¹⁸¹ Esta excepción de evidencia sólo aparecía en la versión del 3 de mayo, referida a las principales características de los bienes y servicios.

¹⁸² Correspondiente al artículo 23 de la versión del 3 de mayo.

¹⁸³ Curiosamente, no se incluye aquí, como sí sucedía en la Sección 1.^a, una mención de los contenidos digitales.

la información para el otro comerciante y la buena práctica comercial en la situación concreta.

En el caso de contratos celebrados por medios electrónicos, a los que se refiere la Sección 3.^a¹⁸⁴, el artículo 25¹⁸⁵ señala que, si un comerciante establece unos medios para celebrar un contrato que son de carácter electrónico y sin implicar ninguna comunicación individual por parte del comerciante, éste deberá, antes de que esa otra parte realice o acepte una oferta, proporcionar a la otra parte medios técnicos apropiados, efectivos y accesibles para identificar y corregir los errores de introducción de datos, así como información referente a los pasos técnicos para celebrar el contrato, si el comerciante archivará o no un documento contractual y si estará accesible, los medios técnicos para identificar y corregir los errores de introducción de datos antes de que la otra parte realice o acepte una oferta, los idiomas disponibles para la celebración del contrato y las cláusulas contractuales (que deberán constar en caracteres alfabéticos u otros que sean inteligibles y en un soporte duradero que permita la lectura y grabación de la información contenida en el texto y su reproducción en forma tangible)¹⁸⁶.

Respecto de los contratos a distancia realizados por medios electrónicos, el artículo 26¹⁸⁷ establece que si obligaran al consumidor a realizar un pago, el comerciante deberá comunicar al consumidor de un modo claro y expreso, y justo antes de que éste realice su pedido, la información exigida por los artículos 14.1.a), 15.1-2 y 17.1.b)¹⁸⁸. El comerciante deberá asegurarse de que el consumidor, al efectuar el pedido, confirma explícitamente que implica una obligación de pago, y donde el pedido se realice activando un botón o una función similar, deberá estar marcado en una forma fácilmente legible sólo con las palabras «pedido con obligación de pago» o una formulación similar no ambigua que indique que realizar el pedido supone una obligación de realizar un pago al comerciante, en defecto de lo cual el consumidor no quedará vinculado por el contrato o pedido. El comerciante debe indicar clara y legiblemente en su web comercial como muy tarde al principio del proceso de pedido si existen

¹⁸⁴ Correspondiente a la Sección 5.^a de la versión del 3 de mayo.

¹⁸⁵ Numerado como artículo 26 en la versión del 3 de mayo. Se recoge el contenido del artículo 10 de la Directiva sobre comercio electrónico.

¹⁸⁶ El artículo 26.6 de la versión del 3 de mayo establecía que, en caso de que la empresa no cumpliera con estos deberes de información, si se llegara a celebrar un contrato la otra parte tendría derecho a una indemnización de los daños y a desistir del contrato sin más que comunicárselo a la empresa, incluso si esa otra parte no fuera un consumidor.

¹⁸⁷ Precepto sin correspondencia en la versión del 3 de mayo.

¹⁸⁸ La versión del 3 de mayo recogía esta cuestión en el artículo 20.5, que establecía además que el contrato u oferta no serían vinculantes para el consumidor hasta que éste confirmara expresamente esa información, y si eligiera considerar el contrato u oferta como no vinculante podría recobrar cualquier pago realizado. Esta indicación no pasó a la segunda versión porque se subsume en las previsiones de su artículo 30, de un más amplio ámbito de aplicación, como veremos seguidamente en el texto.

cualesquiera restricciones y cuáles son los medios de pago aceptados. En las relaciones entre un comerciante y un consumidor, le corresponde al primero la carga de la prueba de haber proporcionado toda esa información (art. 27).

En las relaciones entre un comerciante y un consumidor, las partes no podrán modificar o excluir la aplicación de esta sección en perjuicio del segundo (art. 28¹⁸⁹).

De acuerdo con el artículo 29 (que constituye la Sección 4.^a)¹⁹⁰, la parte que esté obligada a suministrar información, precontractual o en el momento de celebración del contrato, deberá cuidarse razonablemente de que la información proporcionada sea correcta y no engañoso, lo que nuevamente se establece como inderogable por las partes en perjuicio del consumidor en los contratos entre un comerciante y un consumidor. La parte a la que, en incumplimiento de ese deber, se le hubiera proporcionado información incorrecta o engañoso, y que razonablemente confíe en esa información al celebrar el contrato con la parte que la proporcionó, dispondrá de los remedios a que se refiere el artículo 30.

Este artículo 30 (único de la Sección 5.^a)¹⁹¹ establece que en caso de inobservancia de cualquiera de los deberes de información precontractual recogidos en los artículos 14 a 29 que dé lugar a la celebración de un contrato que no se habría celebrado, o no con las mismas condiciones contractuales, esa parte será responsable de los daños que se le causen a la otra por ello, conforme a los artículos 162 a 164 (referidos a la previsibilidad del daño, compensación con su atribuibilidad al acreedor y reducción del daño por éste). Si el comerciante no hubiera cumplido con los deberes de información sobre recargos adicionales y otros costes del artículo 15, o sobre los costes de devolución de los bienes del artículo 18.2, el consumidor no deberá pagar esos costes y recargos adicionales¹⁹². Esta responsabilidad, procedente sin perjuicio de cualquier otro remedio aplicable conforme a los artículos 43.2, 49 y 50 (derecho de desistimiento de cuya existencia no se hubiera informado al consumidor, error y dolo), no podrá ser modificada o excluida por las partes en las relaciones entre comerciantes y consumidores en perjuicio de estos últimos.

¹⁸⁹ Que se corresponde con el artículo 26.7 de la versión del 3 de mayo.

¹⁹⁰ Precepto que se corresponde con el artículo 24 (que forma la Sección 3.^a) de la versión del 3 de mayo.

¹⁹¹ Se corresponde esencialmente con el artículo 25 (que integra la Sección 4.^a) de la versión del 3 de mayo. No obstante, éste recogía ciertas normas que no pasan a la segunda versión: si como consecuencia de la información incorrecta o su falta, la otra parte podía considerar razonablemente que la empresa estaba asumiendo una obligación, ésta tendrá dicha obligación.

¹⁹² Esta indicación del artículo 30.2, que como dijimos *supra* no es más que una reiteración de lo ya contemplado en el artículo 15.4, no se recoge aquí en la versión del 3 de mayo, que únicamente la ubica en el artículo 15.3 (correspondiente al 15.4 de la segunda versión).

Finalmente, el artículo 70¹⁹³ recoge la *contractualización* de las declaraciones precontractuales realizadas por el comerciante sobre las características de los objetos a suministrar, en los términos que vimos en los artículos 6:101 PECL y sobre todo II-9:102 DCFR, recogiéndose las excepciones e imperatividad contempladas en este último precepto.

El texto del Estudio de Viabilidad (principalmente la versión de 19 de agosto de 2011) es la base fundamental del denominado *Derecho de Compraventa Común Europeo*.

La Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre un Derecho de Compraventa Común Europeo (CESL), de 11 de octubre de 2011¹⁹⁴, establece en primer lugar, en su artículo 9, que el comerciante que se relaciona con un consumidor, al margen de los deberes de información precontractual del CESL, deberá llamar su atención sobre la intención de aplicar el CESL previamente al acuerdo, proporcionándole la nota informativa del Anexo II de manera destacada. En caso de que el acuerdo para usar el CESL se celebre por teléfono o por otros medios que no hagan posible proporcionar al consumidor la nota informativa, o cuando el comerciante no la hubiera proporcionado, el consumidor no estará vinculado por el acuerdo hasta que haya recibido la confirmación del artículo 8.2 de la Propuesta¹⁹⁵ acompañada de la nota informativa y tras ello haya consentido expresamente al uso del CESL. Si la nota informativa se diera en forma electrónica, contendrá un *hyperlink* o una indicación de un sitio web en el que se pueda conseguir gratuitamente el texto del CESL.

Los deberes de información que recoge el CESL, y que complementan los establecidos por las leyes nacionales de transposición de la Directiva sobre servicios (art. 12 de la Propuesta), a los que antes nos referimos, vienen prácticamente a reiterar los recogidos en el Estudio de Viabilidad del Grupo de Expertos:

- a) Su artículo 13 reproduce sustancialmente el artículo 14 de la versión del Estudio de Viabilidad de 19 de agosto de 2011, con variaciones menores: «los bienes» (*the goods*) en vez del anterior «cualesquiera bienes» (*any goods*), «el precio total y recargos y costes adicionales» (*the total price and additional charges and costs*) en vez de «el precio y recargos adicionales» (*the price and additional charges*), «mecanismo de resolución alternativa de disputas» (*Alternative Dispute Resolution mechanism*) por «mecanismo de reclamaciones y compensaciones ex-

¹⁹³ Que reproduce el artículo 67 de la versión del 3 de mayo, con mínimas diferencias de redacción.

¹⁹⁴ Documento COM (2011) 635 final.

¹⁹⁵ Que establece que en las relaciones entre un comerciante y un consumidor el acuerdo de uso del CESL será válido sólo si el consentimiento del consumidor se da en una declaración expresa separada de la declaración que recoja el acuerdo de celebrar el contrato, debiendo el comerciante proporcionar al consumidor una confirmación de ese acuerdo en un soporte duradero.

trajudiciales» (*out-of-court complaint and redress mechanism*)¹⁹⁶... así como la sustitución de los números por letras en la identificación de los incisos del apartado 1. No obstante, el apartado 6 del artículo 14 del Estudio de Viabilidad, que atribuye al comerciante la carga de la prueba de haber proporcionado la información que prevé este artículo, desaparece en el artículo 13 CESL.

- b) El artículo 14 CESL se corresponde sustancialmente con el artículo 15 del Estudio, asimismo con variaciones menores, fundamentalmente en el orden de las palabras en algunas frases o la inclusión en el apartado 3 del inciso «en su caso» (*where applicable*). El apartado 4 del artículo 15 del Estudio (en caso de incumplimiento por la empresa del deber de dar esta información sobre los recargos y costes adicionales, el consumidor no deberá pagarlos) desaparece en el artículo 14 CESL, al pasar a contemplarse en el artículo 29.2. Por otra parte, en el título del artículo desaparece la referencia a que la información sobre el precio y recargos adicionales, materia tratada por el precepto, es «en la celebración de un contrato a distancia o fuera de los establecimientos comerciales con un consumidor» (pasando a ser únicamente «información sobre el precio y recargos y costes adicionales»), lo que no es relevante, ya que se inserta en la Sección 1.^a, dedicada precisamente a la información precontractual que debe dar el comerciante cuando esté negociando con un consumidor, y el precepto especifica que se refiere a la información del artículo anterior, que sí concretaba que se refería a contratos a distancia o fuera de los establecimientos comerciales.
- c) El artículo 15 CESL es idéntico al artículo 16 del Estudio.
- d) El artículo 16 CESL se corresponde con el artículo 17 del Estudio, diferenciándose de él —al que igual que vimos que sucedía con el art. 14 CESL— en la supresión en el título del artículo de la indicación «en la celebración de un contrato a distancia o fuera de los establecimientos comerciales con un consumidor», por las razones anteriormente indicadas; y en el añadido de un nuevo inciso *d*), que contempla, entre las informaciones a facilitar, la referente a la existencia en su caso de específicos códigos de conducta y cómo obtener copias de ellos.
- e) El artículo 17 CESL se corresponde con el artículo 18 del Estudio, salvo en que, curiosamente, pese a concurrir las mismas razones que en el artículo 14 y 16 CESL, no se ha suprimido en su título —tal vez por inadvertencia— la indicación «en la celebración de un contrato a distancia o fuera de los establecimientos comerciales con un consumidor».
- f) El artículo 18 CESL se corresponde con el artículo 19 del Estudio.

¹⁹⁶ Con ello se recoge la denominación actualmente más extendida (*Alternative Dispute Resolution, ADR*) para hacer referencia a los sistemas de mediación y arbitraje.

- g) El artículo 19 CESL se corresponde con el artículo 20 del Estudio, salvo pequeñas diferencias: así, en sus títulos se sustituye «ulterior» por «adicional», en su apartado 2 se especifica que se trata de medios *de comunicación a distancia* y el mismo se divide en dos apartados. El apartado 4, frente a la «declaración expresa» del apartado 3 del Estudio, especifica que el consentimiento del consumidor a la celebración del contrato deberá realizarse firmando el pedido o enviando su consentimiento escrito.
- h) El artículo 20 CESL es prácticamente idéntico al artículo 21 del Estudio.
- i) Los artículos 21 y 22 CESL son idénticos respectivamente a los artículos 22 y 23 del Estudio.
- j) El artículo 23 CESL se corresponde con el artículo 24 del Estudio, salvo en la supresión de la indicación «en contratos entre comerciantes» en su denominación, que realmente era redundante en cuanto que la Sección 2.^a se refiere en general a las relaciones entre comerciantes, y que en cualquier caso se especifica en su contenido; y el desarrollo de «suministro de bienes o servicios» por «venta de bienes, suministro de contenido digital o prestación de servicios relacionados» (curiosamente, se había omitido aquí el contenido digital y se integra entre los objetos de contrato).
- k) El artículo 24 CESL, que inicia la Sección 3.^a (que experimenta la mínima diferencia en su denominación de pasar de «contratos *a celebrar* por medios electrónicos» o «contratos *celebrados* por medios electrónicos»), se corresponde con el artículo 25 del Estudio. No obstante, se modifica su título, pasando de «deberes cuando los contratos se han de celebrar por medios electrónicos» a «deberes adicionales de proporcionar información en contratos a distancia concluidos por medios electrónicos» (lo que en cualquier caso se derivaba de su contenido), y se especifica que la «comunicación individual» a que se refiere el Estudio consiste en el «intercambio exclusivo de correo electrónico u otra comunicación individual», sustituyendo una expresión por la otra.
- l) El artículo 25 CESL se corresponde con el artículo 26 del Estudio, introduciendo mínimos cambios en su título, que pasa de «requisitos adicionales de información en contratos a distancia a celebrarse por medios electrónicos» a ser «requisitos adicionales en contratos a distancia celebrados por medios electrónicos», lo que resulta lógico dado que todo este capítulo se refiere a requisitos de información, y no hacía falta calificar los requisitos. A lo largo de su texto también se vuelve a sustituir la expresión «contrato a celebrar» por «contrato celebrado» (lo que es discutible, dado que se trata de requisitos precontractuales), junto a cambios terminológicos menores, como «confirma» por «reconoce», «correspondiente» por «similar», «formulación» por «expresión», «subpárrafo» por «párrafo»...

- m)* Los artículos 26 y 27 CESL reproducen exactamente los artículos 27 y 28 del Estudio, respectivamente (salvo en la eliminación de la indicación «de las normas» referida a la naturaleza imperativa, indicación que realmente era superflua).
- n)* El artículo 28 CESL (que constituye la Sección 4.^a) reproduce el artículo 29 del Estudio, salvo la mínima variación de sustituir «en cumplimiento» por «para cumplir».
- o)* El artículo 29 CESL (que constituye la Sección 5.^a) se corresponde con el artículo 30 del Estudio, si bien simplifica su apartado 1 (pasando del complicado «cuando una parte ha dejado de cumplir cualquier deber impuesto por los arts. 14 a 29 y como consecuencia se ha celebrado un contrato que la otra parte no habría celebrado, o no había celebrado en los mismos términos, la primera parte es responsable por los daños causados a la otra parte por el incumplimiento. Se aplicarán los arts. 162, 163 y 164 con las adaptaciones apropiadas» al mucho más simple «la parte que haya dejado de cumplir con cualquier deber impuesto por este capítulo es responsable de cualquier pérdida causada a la otra parte por tal incumplimiento»). Por lo demás, salvo pequeños cambios terminológicos, su contenido es igual.
- p)* Finalmente, el artículo 69 CESL reproduce el artículo 70 del Estudio, salvo las mínimas variaciones de sustituir «se convierte en cláusula contractual» (*becomes a contract term*) por «se incorpora como cláusula del contrato» (*is incorporated as a term of the contract*) y alterar el orden de algunas palabras.

BIBLIOGRAFÍA

- ALONSO PÉREZ, Mariano: «La responsabilidad precontractual», en *RCDI*, núm. 485, julio-agosto de 1971, págs. 859-922.
- BASOZÁBAL ARRUE, Xabier: «En torno a las obligaciones precontractuales de información», en *ADC*, T. LXII-II, 2009, págs. 647-711.
- BORDEN, Michael J.: «Mistake and Disclosure in a Model of Two-Sided Informational Inputs», en *Missouri Law Review*, vol. 73, núm. 3, verano de 2008, págs. 667-705.
- CASTRO Y BRAVO, Federico DE: *El negocio jurídico*. Ed. Civitas. Madrid, 1985.
- CONTRERAS MAZARIO, José María: «La igualdad y la libertad religiosas en las relaciones de trabajo», en *Documentación Jurídica*, T. XVIII, núm. 70, abril-junio de 1991 (número monográfico).
- DÍEZ-PICAZO, Luis: *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, vol. I, 6.^a ed. Ed. Civitas, Madrid, 2007.
- EIDENMÜLLER, Horst *et al.*: «El marco común de referencia para el Derecho privado europeo (cuestiones valorativas y problemas legislativos)», en *ADC*, T. LXII-IV, 2009, págs. 1461-1522.

- FENOY PICÓN, Nieves: «La modernización del régimen del incumplimiento del contrato. Propuestas de la Comisión General de Codificación. Parte primera: aspectos generales. El incumplimiento», en *ADC*, T. LXIII-I, 2010, págs. 47-136.
- GALGANO, Francesco, *Il negozio giuridico*, 2.ª ed., Ed. Giuffrè, Milán, 2002.
- GARCÍA CANTERO, Gabriel: *Estudios sobre el Proyecto de Código Europeo de Contratos de la Academia de Pavía*, Ed. Reus, Madrid, 2010.
- GARCÍA RUBIO, María Paz y OTERO CRESPO, Marta: «La responsabilidad precontractual en el Derecho contractual europeo», en *Indret*, núm. 2/2010, abril de 2010.
- GHESTIN, Jacques: «The Pre-Contractual Obligation to Disclose Information: French Report», en HARRIS, Donald y TALLON, Denis (eds.), *Contract Law Today. Anglo-French Comparisons*, Clarendon Press, Oxford, 1989, págs. 151-166.
- GÓMEZ CALLE, Esther: *Los deberes precontractuales de información*. Ed. La Ley, Madrid, 1994.
- LASARTE, Carlos: *Manual sobre protección de consumidores y usuarios*, 4.ª ed. Ed. Dykinson, Madrid, 2010.
- KRAWIEC, Kimberly, D. y ZEILER, Kathryn: «Common-Law Disclosure Duties and the Sin of Omission: Testing the Meta-Theories», en *Virginia Law Review*, vol. 91, núm. 8, diciembre de 2005, págs. 1795-1888.
- KRONMAN, Anthony: «Mistake, Disclosure, Information and the Law of Contracts», en *The Journal of Legal Studies*, vol. 7, núm. 1, 1978, págs. 1-34.
- LEVMORE, Saul: «Securities and Secrets: Insider Trading and the Law of Contracts», en *Virginia Law Review*, vol. 68, 1982, págs. 117-160.
- MAZA GAZMURI, Íñigo DE LA: «Deber de informar, dolo incidental e incumplimiento contractual. Nota a la STS de 11 de julio de 2007», en *ADC*, T. LX-IV, 2007, págs. 1861-1865.
- «Tipicidad y atipicidad de los deberes precontractuales de información», en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, T. XXXIV, primer semestre de 2010, págs. 75-99.
- «Casos realmente difíciles: los deberes precontractuales de información y las consideraciones de eficiencia», en *ADC*, T. LXIII-IV, 2010, págs. 1683-1723. Este artículo fue previamente publicado como «La función intersticial de la eficiencia: deberes precontractuales de información y casos realmente difíciles», en *Latin American and Caribbean Law and Economics Association (ALACDE) Annual Papers*, 27-5-2009, Universidad de California Berkeley, <http://escholarship.org/uc/item/3xj5c3rx>
- MORALES MORENO, Antonio-Manuel: «El dolo como criterio de imputación de responsabilidad al vendedor por los defectos de la cosa», en *ADC*, T. XXXV-III, 1982, págs. 591-684.
- *El error en los contratos*, Ed. CEURA, Madrid, 1988.
- «Comentario a los artículos 1269 y 1270», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirs. por Manuel ALBALADEJO y Silvia DÍAZ ALABART, T. XVII, vol. 1 B, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1993, págs. 378-440.
- *Incumplimiento del contrato y lucro cesante*. Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 2010.
- «¿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 ALBIEZ DOHRMANN, Klaus Jochen (dir.), *Derecho privado*

- européo y modernización del Derecho contractual en España, Ed. Atelier, Barcelona, 2011, págs. 400-422.
- PANTALEÓN, Fernando: «Responsabilidad precontractual: propuestas de regulación para un futuro Código Latinoamericano de Contratos», en *ADC*, T. LXIV-III, julio-septiembre de 2011, págs. 897-929.
- PAZ-ARES, Cándido: «Principio de eficiencia y derecho privado», en *Estudios en homenaje al profesor Manuel Broseta Pont*, T. III, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, págs. 2843-2900.
- POTHIER, Robert Joseph, *Tratado del contrato de compra y venta*. Impr. J. Roger, Barcelona, 1841.
- REDONDO TRIGO, Francisco: «El deber de información precontractual en las adquisiciones de empresas. En torno a la sentencia del Tribunal Supremo, de 15 de junio de 2010», en *RCDI*, núm. 727, septiembre de 2011, págs. 2964-2995.
- RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco: «Los vicios del consentimiento contractual», en LACRUZ BERDEJO, José Luis *et al.*, *Derecho de obligaciones (Elementos de Derecho Civil, T. II)*, vol. 1.º, 3.ª ed., Ed. J. M. Bosch, Barcelona, 1994, págs. 377-394.
- SCHÄFER, Hans-Bernd y OTT, Claus: *Manual de análisis económico del Derecho Civil*, Ed. Tecnos, Madrid, 1991.
- SCHEPPELE, Kim Lane: *Legal Secrets. Equality and Efficiency in the Common Law*. University of Chicago Press. Chicago, 1988.
- SCHERMAIER, Martin Josef: «Mistake, misrepresentation and precontractual duties to inform: the civil law tradition», en SEFTON-GREEN, Ruth (ed.): *Mistake, Fraud and Duties to Inform in European Contract Law*, Cambridge University Press, Nueva York, 2005, págs. 39-64.
- SEFTON-GREEN, Ruth: «How far can we go when using the English language for private law in the EU?», en *ERCL*, vol. 8, núm. 1, 2012, págs. 30-46.
- VALÉS DUQUE, Pablo: «La responsabilidad precontractual o culpa *in contrahendo*», en *Libro-Homenaje al Profesor Manuel Amorós Guardiola*, vol. 1, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2006, págs. 713-748.
- *La responsabilidad precontractual*, Ed. Reus. Madrid, 2012.
- VALPUESTA GASTAMINZA, Eduardo: «Libro II. Contratos y otros actos jurídicos», en VALPUESTA GASTAMINZA, Eduardo (coord.), *Unificación del Derecho patrimonial europeo. Marco común de referencia y Derecho español*, Ed. Bosch, Barcelona, 2011, págs. 99-161.
- VAN ERP, Sjef: «The Pre-Contractual Stage», en HARTKAMP, Arthur *et al.* (eds.), *Towards a European Civil Code, 3.ª ed.*, Ed. Kluwer Law International, Nimega, 2004, págs. 363-380.
- VAN ROSSUM, Madeleine: «The Duty of Disclosure: Tendencies in French Law, Dutch Law and English Law; Criterions, Differences and Similarities between the Legal Systems», en *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, vol. 7, núm. 3, 2000, págs. 300-325.
- VERDA BEAMONTE, José Ramón DE: «El dolo *in contrahendo*», en *RdPat*, núm. 16 (2006-I), págs. 25-69.
- «La reticencia en la formación del contrato», en *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 11, enero de 2011, págs. 132-175.

ABREVIATURAS

ACQP	Principios del <i>acquis communautaire</i> (<i>Acquis Principles</i>), o Principios del Derecho contractual comunitario.
CC	Código Civil.
CE	Constitución Española.
CESL	Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre un Derecho de Compraventa Común Europeo, de 11 de octubre de 2011 (<i>Common European Sales Law</i>).
D	Decreto.
DCFR	Proyecto de Marco Común de Referencia (<i>Draft Common Frame of Reference</i>).
LCS	Ley 50/1980, de 8 de octubre, de contrato de seguro.
LGDCU	Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.
LOCM	Ley 7/1996, de 15 de enero, de ordenación del comercio minorista.
LSSICE	Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico.
OIT	Organización Internacional del Trabajo.
PECL	Principios del Derecho Contractual Europeo (<i>Principles of European Contract Law</i>).
RD	Real Decreto.
STEDH	Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.
STS	Sentencia del Tribunal Supremo.
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos.
TRLGDCU	Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre.
TS	Tribunal Supremo.

Las revistas se abrevian conforme a la terminología habitual.

RESUMEN

*DEBER DE INFORMACIÓN
PRECONTRACTUAL
MODERNIZACIÓN DEL DERECHO
DE OBLIGACIONES*

ABSTRACT

*DUTY OF PRE-CONTRACT
INFORMATION
MODERNISATION OF THE LAW
OF OBLIGATIONS*

En el presente trabajo pretendemos analizar cuál es el régimen de los deberes

This paper looks into the system of rules surrounding the information that one

de información previa que, en el marco de una futura relación contractual, necesariamente ha de aportar una parte a la otra (generalmente, pero no de modo exclusivo, en contratos de consumo por parte del empresario al consumidor).

A tal efecto, analizaremos cuál es ese tratamiento en la legislación actualmente vigente, tanto española, especialmente en el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, como europea; y cómo se abordó en la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos de la Comisión General de Codificación.

Asimismo, estudiaremos el régimen de estos deberes de información precontractual en el ámbito del futuro Derecho privado europeo armonizado, tanto en el Proyecto de Marco Común de Referencia como en los recientes Estudio de Viabilidad del Grupo de Expertos y «Derecho de compraventa común europeo».

party to a future contractual relationship must necessarily give the other before the contract is made (generally, but not exclusively, information that a business must give a consumer before making a consumer contract).

Current legislation is examined to see how it deals with pre-contract obligations. This includes Spanish law, especially the Revised General Act on Consumer Defence, and European law. It also includes the approach taken by the Legislation Commission in the Proposal to Modernise the Civil Code in matters of Obligations and Contracts.

The Draft Common Frame of Reference, the recent feasibility studies of the Expert Group and Common European Sales Law are reviewed for a picture of how harmonised private European law will in future address the duties concerning pre-contract information.

Trabajo recibido el 22-1-2013 y aceptado para su publicación el 29-5-2013)