

2. MERCANTIL

EL DEBER DE INFORMACIÓN PRECONTRACTUAL EN LAS ADQUISICIONES DE EMPRESAS. EN TORNO A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, DE 15 DE JUNIO DE 2010

por

FRANCISCO REDONDO TRIGO

*Académico Correspondiente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación
Doctor en Derecho y Abogado*

SUMARIO: I. LOS HECHOS Y LA *RATIO DECIDENDI* DE LA SENTENCIA DE CASACIÓN.—II. LA INFRACCIÓN DEL DEBER DE INFORMACIÓN PRECONTRACTUAL.—III. UN SUPUESTO DE INCUMPLIMIENTO CONTRAC-TUAL.—IV. BIBLIOGRAFÍA.

I. LOS HECHOS Y LA *RATIO DECIDENDI* DE LA SENTENCIA DE CASACIÓN

La sentencia del Tribunal Supremo, de 15 de junio de 2010 (*RJ* 2010/5151), trata el resarcimiento del daño moral sufrido por el adquirente de una empresa como consecuencia del incumplimiento doloso del contrato por parte del vendedor. En la resolución se estima la suficiencia de la imputación objetiva del daño moral al incumplimiento, como consecuencia de los padecimientos morales y físicos soportados durante el cierre de la empresa por causa del incumplimiento contractual doloso del demandado.

La controversia trae causa en que con fecha 24 de enero de 2002 el recurrente en casación compró a los demandados en escritura pública todas las participaciones de la entidad Fast English, S. L. (franquiciada de Open Master Spain, S. A.) por importe de 204.344,44 €. A partir del segundo trimestre del año 2000, la sociedad franquiciadora entró en una difícil situación económica al fracasar la expansión de su negocio, haciéndose pública su crítica situación económica en el mes de febrero de 2002, declarándose en quiebra en el mes de mayo de 2002, con la repercusión negativa que ello supuso para sus franquiciadas, ya que en el mes de marzo de 2002 la franquiciadora dejó de prestar servicios a sus franquiciadas. En el mes de septiembre de 2001, los demandados recibieron de la franquiciadora las llamadas «tablas de presupuestos provisionales» (previsio-nes económicas para el siguiente ejercicio 2001/2002), que eran sustancialmente inferiores a las de años anteriores. Además, y «...a pesar de conocer la difícil situación financiera de la empresa, los demandados, para conseguir su propósito de venta, ocultaron al comprador la verdadera situación de la misma, consiguiendo que el mismo aceptara evaluarla con las cuentas del ejercicio 2000/2001, aprobadas y depositadas en el Registro Mercantil de las que se deducía una rentabilidad neta del 5 ó 6 por 100 (...) y que en lugar de una empresa saneada y rentable entregaron una empresa inservible para el negocio, con cuantiosas deudas, con obligaciones de futuro contraídas extremadamente gravosas, con unos derechos de franquicia y arrendamiento que se extinguieron al poco tiempo, habiendo tenido que afrontar el comprador numerosas dificultades, pagos, reclamaciones judiciales laborales y

de acreedores, reclamaciones de alumnos, penalidades y coacciones que incidieron negativamente en su vida personal y familiar causándoles daños morales».

La condena que se solicitó, en virtud de lo anterior, como indemnización de daños y perjuicios era el pago de la cantidad total de 270.210,08 €, de los que 114.112,08 € correspondían a las cantidades anticipadas y entregadas como precio de compra, 12.600 € a retribuciones personales por su trabajo en la empresa, 10.000 € a aportaciones para el funcionamiento de la misma, 653 € a aportaciones a caja, 5.220 € a pago a proveedores, 27.652, 63 € a una reclamación laboral y 100.000 € en concepto de daños morales.

La sentencia del juzgado de primera instancia, número 8 de Madrid, con fecha 30 de julio de 2004 estima parcialmente la demanda y condena al pago de 227.533,94 €.

La sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 23 de enero de 2006, estima la existencia de dolo en el vendedor, al afirmar lo siguiente:

«Pues bien, si tal y como se desprende del artículo 1266 del Código Civil, “hay dolo cuando con palabras o maquinaciones insidiosas de parte de uno de los contratantes es induciendo el otro a celebrar un contrato que sin ellas no hubiera hecho”, y si según la jurisprudencia del TS, el dolo exige la concurrencia de dos elementos, uno el empleo de maquinaciones engañosas que tanto pueden consistir en acciones como en omisiones, y otro la inducción que producen en el otro contratante tales maniobras, siendo en todo caso preciso la prueba del mismo por parte de quien lo invoca (SSTS de 28 de febrero de 1961 y 29 de marzo de 1994, entre otras muchas), es claro que en el presente caso, de la prueba practicada resulta acreditado el invocado engaño, por cuanto resulta también probado que los demandados ciertamente conocían con anterioridad a la venta no solo las dificultades que la franquiciadora atravesaba al serles debidas diversas cantidades por esta, con la necesaria incidencia que ello producía en su negocio, hasta el punto de tener que desembolsar 5.000.000 para obtener liquidez con la que hacer frente a sus pagos, sino también, que frente a lo que en el recurso se afirma acerca de la motivación, siquiera fuera parcial, de su decisión de vender, asentada, en la disminución de ingresos en el último ejercicio, es claro que tales razones no le fueron expuestas al comprador antes de la venta, ya que en todo momento se le dijo que el motivo era la imposibilidad de los socios de atender adecuadamente el negocio, uno por razones de edad y enfermedad, y otro por su trabajo, así como tampoco concuerdan sus afirmaciones acerca de la normal marcha del mismo y la carencia de pérdidas, pues el mismo balance correspondiente al ejercicio septiembre 2000/agosto 2001, tomado en cuenta en el momento del otorgamiento de la escritura de venta, arrojaba ya pérdidas, y nada más poseicionarse el actor de la empresa comenzaron a aparecer otras considerables, claramente ocultadas tales como sus deudas con la franquiciadora que eran conocidas por los demandados, y que estos, tratando de ampararse en la cláusula de salvaguarda alegaban no ocultar, dudas (deudas) que además manifestaron ser de un montante mucho menos elevado que las realmente existentes (existentes). Tampoco pueden ampararse en el hecho de que la contabilidad de la empresa era elaborada por una entidad externa, excusando de esta manera su responsabilidad, cuando el administrador de dicha empresa afirmó que se limitaba a supervisarla, y tampoco lo es que la contabilidad se ajustara al plan general de contabilidad, ya que una partida tan importante como era la de las cantidades entregadas anticipadamente por los alumnos no figuraba en el pasivo. (...)

En consecuencia la existencia de diferencias con respecto a las cuentas presentadas por la misma en el Registro Mercantil, la fijación del precio en función de

una situación de mercado no real, la ocultación al vendedor de datos y circunstancias relevantes cuyo conocimiento por parte de este le hubieran hecho desistir de la conclusión del contrato, y voluntariedad de aparentar una mayor rentabilidad económica del negocio de la que realmente tenía para forzar un precio superior, denota un dolo civil en la conducta de los demandados que determinaron posteriormente la frustración del negocio y que acarrea la correspondiente indemnización de daños y perjuicios».

Sin embargo, la sentencia de apelación desestimó la petición de 100.000 € por daños morales, en base a los siguientes razonamientos:

«La Sala muestra su disconformidad con la petición de 100.000 euros que formuló el actor por daños morales, por considerar que los padecimientos relatados no pueden ser considerados como daños morales. Tal y como expone la STS, de 7 de marzo de 2005: “Como señala la sentencia de 11 de noviembre de 2003, el reconocimiento del daño moral indemnizable —como ha recogido la citada sentencia de 31 de mayo de 2000— requiere un padecimiento o sufrimiento psíquico —sentencias de 22 de mayo de 1995, 19 de octubre de 1996 y 24 de septiembre de 1999— y la más reciente doctrina jurisprudencial se ha referido al impacto o sufrimiento psíquico o espiritual, impotencia, zozobra, angustia, trastorno de ansiedad, impacto emocional, etc. —ver sentencias de 23 de julio de 1990, 22 de mayo de 1995, 19 de octubre de 1996, 27 de enero de 1998 y 12 de julio y 24 de septiembre de 1999—”. La sentencia de 31 de octubre de 2002, en un supuesto de ruina funcional del artículo 1591 del Código Civil, declara: “No es correcta la apreciación del daño moral. El concepto de este es claro y estricto; no comprende aspectos del daño material. Si una lesión del derecho subjetivo atenta a la esfera patrimonial del sujeto no pretenda este que alcance también a la esfera individual. Hay daño moral exclusivamente cuando se ha atentado a un derecho inmaterial de la persona”, y tal y como concluye dicha sentencia, “no cabe alegarlo si se produce y se reclama un perjuicio patrimonial, es decir, cuando la lesión incide sobre bienes económicos, a modo de una derivación del daño patrimonial”, doctrina esta aplicable al caso ahora enjuiciado en que los daños relatados por el actor y en los que pretende sustentar su petición de indemnización por daño moral no pueden ser considerados como constitutivos de daño moral».

No obstante, la sentencia de casación estima el recurso sobre la base de los siguientes razonamientos acerca del daño moral:

«Los daños morales, asociados frecuentemente por la jurisprudencia a los padecimientos físicos o psíquicos, son aquellos que afectan a la integridad, a la dignidad o a la libertad de la persona, como bienes básicos de la personalidad (así se deduce, por ejemplo, de la definición del daño no patrimonial contenida en los PETL, art. 10:301). La dificultad para determinar el alcance de los bienes de la persona que son susceptibles de padecer un menoscabo imputable a la acción de otras personas y la estrecha relación de los daños morales con los avatares de la convivencia humana impiden aplicar exclusivamente criterios fenomenológicos de causalidad para determinar su conexión con la conducta del deudor que incumple y exigen tener en cuenta criterios de imputación objetiva, entre los cuales debe figurar el criterio de la relevancia del daño, pues solo aplicando estos podrá admitirse la lesión de un interés protegido por el Derecho. En el ámbito de la responsabilidad extracontractual resulta asimismo significativo, como criterio para calibrar la imputabilidad, el alcance obligatorio del contrato para quienes en él intervienen, de acuerdo con lo que resulte de su interpretación.

En el caso de incumplimiento doloso del contrato, esta imputabilidad resulta ampliada. El Código Civil, en uno de los preceptos mediante los que regula la responsabilidad contractual, que han sido extendidos por la jurisprudencia a la responsabilidad extracontractual, dispone que, mientras el deudor de buena fe responde de los "daños previstos" y de los "daños previsibles" (art. 1107.I CC), el deudor en caso de dolo responde de los daños "que conocidamente se deriven del hecho generador" (art. 1107.II CC). Interpretando este precepto, la jurisprudencia [SSTS de 23 de febrero de 1973, 16 de julio de 1982 (RJ 1982/4249) y 23 de octubre de 1984 (RJ 1984/4971)] ha centrado el ámbito de la responsabilidad del deudor doloso en el nexo de causalidad, privándole de toda limitación o moderación legal, convencional o judicial de la responsabilidad. Pero el artículo 1107 del Código Civil comporta también una ampliación de los criterios de imputación objetiva para la determinación de los daños que deben ser resarcidos por parte del deudor que incumple, pues establece que estos comprenderán no solamente los que pudieron preverse en el momento de contraerse la obligación, sino los que conocidamente se deriven del incumplimiento, de donde se infiere que, en la línea propuesta por la doctrina para la interpretación del artículo 1107 del Código Civil, es procedente, en caso de dolo, además de la aplicación del criterio del carácter relevante del daño, la aplicación de un criterio de imputación fundado en la conexión objetiva del daño moral con el incumplimiento.

A este principio responde el criterio que para la indemnización del daño moral se recomienda en los artículos 9:501 y 9:503 de los PETL, según los cuales, si no existe una cláusula penal que determine otra cosa, el resarcimiento incluye el daño moral, cuya extensión se limita a los daños que fueran previsibles al tiempo de la perfección del contrato y sean resultado del incumplimiento, salvo el caso de que este sea doloso o debido a culpa grave, en que deberán indemnizarse todos los daños morales. La inclusión del daño moral en el deber de resarcimiento se prevé también en los Principios sobre contratos comerciales internacionales elaborados por UNIDROIT (art. 7.4.2) (...).

En el caso examinado, dada la naturaleza puramente económica y mercantil del contrato, no consta que en el contenido del contrato se hubiesen tomado en consideración, implícita o explícitamente, los daños morales que pudiera producir su incumplimiento. Sin embargo, la sentencia de instancia declara que el incumplimiento fue doloso, por lo cual la imputación objetiva alcanza a los daños morales relevantes derivados del incumplimiento, independientemente de que el cumplimiento del contrato comportase o no la obligación de preservar a la otra parte de dichos daños.

La conclusión a que llega la sentencia recurrida no se ajusta a esta doctrina, pues afirma que "[l]a Sala muestra su disconformidad con la petición de 100.000 euros que formuló el actor por daños morales, por considerar que los padecimientos relatados no pueden ser considerados como daños morales" y justifica esta consideración en que no cabe reclamar daño moral "si se produce y se reclama un perjuicio patrimonial".

Considerado, pues, por la sentencia recurrida implícitamente como existente el daño que la sentencia de primera instancia declara probado; descrito este como una serie de acontecimientos que suponen un grave menoscabo de la integridad de la persona del demandante en su vertiente física, psíquica y de bienestar social y familiar; y demostrado igualmente que este daño se produjo como consecuencia del cierre de la empresa directamente acarreado por los incumplimientos de la demandada, que la sentencia recurrida considera de carácter doloso, concurre un criterio de imputación objetiva, sancionado por el artículo 1107 del Código Civil, que obliga al deudor a responder de los daños morales causados».

Aunque la cuestión principal del presente trabajo sea tratar la cuestión sobre los deberes de información precontractual en el ámbito de los contratos de adquisiciones de empresas, existen otras cuestiones que serán abordadas en un trabajo posterior y que también han suscitado nuestro interés tras la lectura de esta sentencia del Tribunal Supremo, a saber, la conclusión de la sentencia de casación acerca de la indemnización del daño moral en el supuesto de autos, lo que pasa por analizar en su momento el concepto de daño moral y su posible resarcimiento como consecuencia de un incumplimiento contractual. Para ello, resultará conveniente con carácter previo exponer las razones que han motivado dicho resarcimiento, es decir, la calificación como doloso del incumplimiento causado por el vendedor en un campo como el de los contratos de adquisiciones de empresas, donde en contadas ocasiones ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre supuestos análogos el Tribunal Supremo, para finalizar —también en su momento— si aun admitiendo la posibilidad de resarcir el daño moral como consecuencia de un incumplimiento contractual, la atención a las reglas de la causalidad e imputación objetiva hubiesen permitido en el presente caso el pretendido resarcimiento por los daños morales alegados.

II. LA INFRACCIÓN DEL DEBER DE INFORMACIÓN PRECONTRACTUAL

Como hemos tenido oportunidad de comprobar, tras la transcripción de los correspondientes fundamentos de ambas instancias, en el caso de autos el vendedor de las participaciones sociales de la empresa franquiciada no solamente ocultó la situación de insolvencia de la empresa franquiciadora, sino que también indujo a contratar al comprador en función de una contabilidad empresarial que no era la que se correspondía con el momento en que tuvo lugar la compraventa, omitiendo por otro lado datos importantes en cuanto a las pérdidas de la sociedad objeto de adquisición, de ahí que pueda concretarse de inicio una situación en la que el vendedor no solo llevó a cabo una actitud de carácter positivo o activo, mostrando una contabilidad que realmente no se correspondía con la imagen fiel de la empresa, sino también una actitud negativa o pasiva, consistente en silenciar determinados aspectos del negocio, que resultarían claves para la concreción de las fines perseguidos por el comprador en la presente adquisición.

Lo anterior implica —a nuestro juicio— que el análisis de la situación que presentan los hechos de la presente sentencia, con el propósito que ahora nos ocupa, haya de realizarse desde lo que se ha venido en llamar como deberes de información precontractual, o bien, como obligaciones del vendedor que se derivan de la buena fe.

En las fuentes romanas, la cuestión ya fue objeto de tratamiento. De esta forma, en el Digesto 19, 1, 13 [2] y [3], en cuanto al interés del comprador en no ser engañado en relación con la venta de un esclavo ladrón o fugitivo, se dice que: (1) «[2] Lo que hemos dicho de “en cuanto interesa al comprador no ser engañado” comprende muchos supuestos; por ejemplo, si el esclavo indujo a otros para que se fugasen con él, o si sustrajo algunas cosas. [3] Pero ¿qué ocurre si ignoraba que era ladrón y aseveró sus buenas costumbres y fidelidad,

(1) *El Digesto de Justiniano*. Tomo I. Constituciones Preliminares y Libros 1-19. Versión castellana por A. D'Ors, F. HERNÁNDEZ TEJERO, P. FUENTESECA, M. GARCÍA-GARRIDO y J. BURILLO. Editorial Aranzadi, Pamplona, 1968.

y lo vendió caro? Veamos si está obligado por la acción de compra: yo opinaría que sí. Ciertamente que lo ignoró, pero no debió afirmar tan fácilmente cosas que ignoraba. Por lo tanto, “hay que distinguir” entre este y el “que actúa a sabiendas”: el que es sabedor debió advertir que era ladrón; el que lo ignoraba, no debió arriesgar sin más una afirmación temeraria».

Como puede comprobarse en las fuentes romanas ya se recogía la obligación de informar por parte del vendedor de una circunstancia conocida por él y que afectaba negativamente al objeto de la compraventa: «...en cuanto interesa al comprador no ser engañado... (quanti emptoris interfuit non decipi) el que es sabedor debió advertir... (qui scit praemonere debuit)», lo que sin duda constituye un claro antecedente del deber de informar precontractual.

Ha sido tradicional exponer sobre esta materia el ejemplo del mercader de Rodas que POTHIER (2) —quien a su vez tomara de CICERÓN— para poder argu-

(2) POTHIER, *Tratado del contrato de compra y venta*, Barcelona, imprenta y litografía de J. Roger, 1841, págs. 125-127:

«Cicerón en el libro 3 de los oficios propuso esta cuestión sobre la especie de un comerciante que llegando a Rodas en tiempo de gran carestía con varios cargamentos de trigo, lo pone a la venta. Pregunta si ese comerciante tendrá obligación de declarar a los compradores que van a llegar otros barcos cargados del mismo artículo. Trae sobre esto las opiniones de dos filósofos estoicos Diógenes y Antípatro. El primero era de pensar que ese comerciante podía lícitamente ocultar lo que sabía sobre la inmediata llegada de los demás barcos, y vender su trigo al precio corriente. Antípatro, su discípulo, cuyo sentir adopta al parecer Cicerón pensaba por el contrario, que un disimulo de esta naturaleza era contrario a la buena fe (...). Esta cuestión mira solo al fisco interno, pues no debe dudarse que en el externo ningún comprador pueda quejarse de que el vendedor no le haya instruido en las circunstancias extrínsecas a la cosa vendida, cualquiera que fuere el interés que en saberlas tuviése. La decisión de Cicerón sufre muchas dificultades aun en el fisco interno, de manera que la mayor parte de los que han escrito sobre el derecho natural, la consideran como extremadamente rigurosa.

Estos autores piensan que la buena fe que debe reinar en el contrato de compra y venta no obliga al vendedor a otra cosa más que a hacer conocer la cosa que le vende por lo que ella es en sí, sin ocultarle ninguno de sus defectos, y a no vendérsela a mayor precio del que tiene al tiempo del contrato, que ninguna injusticia comete vendiéndola a ese precio, por más que sepa que luego después ha de bajar mucho; que no debe participar al comprador las noticias que él tenga sobre las circunstancias que han de motivar esa baja, puesto que el comprador no tiene para exigirle esto más derecho que el que le compete para reclamar su participación en sus beneficios. Si lo hubiese hecho, no fuera mas que un acto gratuito de beneficencia que no está obligado a ejercer sino con aquellos que se hallan en extrema necesidad en la cual no se hallaban los Rodios, pues si les faltaba trigo, no les faltaba dinero para comprarlo. Sus ganancias en tal caso no son injustas, pues son una recompensa debida a la diligencia con que procuró llegar el primero, y del riesgo que corrió de perder en sus géneros, si algún accidente le hubiese impedido llegar a tiempo. Tan prohibido debe estar vender al precio corriente un artículo sin advertir las circunstancias que deben hacerlo bajar, como comprar también al precio corriente sin advertir las circunstancias que deben hacerlo subir. Nadie ha pensado en acusar de injusto a José por haberse aprovechado del conocimiento que tenía de los años de esterilidad, para hacer comprar a Faraón la quinta parte de los trigos de sus súbditos al precio corriente, sin advertirles de los años de esterilidad que habían de venir.

A pesar de estas razones y autoridades no creo que puede defenderse de la nota de injusta la ganancia, que haga un vendedor por la reticencia de algún hecho que deberá causar una baja en el precio, cuando esta ha de ser de mucha consideración y verificarse dentro de muy corto intervalo, como fuera en el caso propuesto en que nuestro comerciante tuviese noticia de que estaba para arribar al puerto de Rodas una flota cargada de trigo, circunstancia que

mentar que de acuerdo con la buena fe (3), esta obliga al vendedor al menos en el fuero externo, a no disimular ninguna de las circunstancias extrínsecas que al comprador le interesa conocer.

No sin dificultades ha sido abordado el tema en nuestra doctrina civilista actual, de esta forma, DÍEZ-PICAZO (4) afirma al respecto que: «No puede dudarse de la existencia de deberes precontractuales de información, regidos en muy buena medida por los criterios de la buena fe y del uso de los negocios, como ha señalado E. GÓMEZ CALLE (*Los deberes precontractuales de información*, Ed. La Ley, Madrid, 1994). Debemos dar por supuesto que el deber de información es también del deber de que la información facilitada sea veraz o, por lo menos, responda al conocimiento que la parte que la suministra pueda tener al respecto.

La materia expuesta y la introducción de criterios valorativos y de arbitraiedad debe arrancar de dos premisas claras. Es la primera que corresponde a cada parte el deber de buscar la información, que GÓMEZ CALLE llama el deber de autoinformarse. La segunda es el deber de dar respuesta a las peticiones expresas de información que la otra parte pueda formular.

Sin embargo, más allá de esas claras premisas iniciales, la zona de investigación se torna por demás confusa. No puede decirse fácilmente que una de las partes esté en el deber de informar a la otra por el hecho de que esta última se encuentre en una situación de imposibilidad o gran dificultad de obtener la información por sí misma, por razones personales, por razones de complejidad técnica o de especialización, aunque es cierto que en algunos casos, especialmente en materia de protección a consumidores, la ley coloca en el empresario el deber de información.

Puede admitirse que, en algunos casos, cuando entre las partes existe una situación de específica confianza, esta determine un especial deber de información, que puede dianar de una relación previa existente entre las partes (bancos y clientes), empresas que habitualmente negocian entre sí, o las especiales condiciones profesionales. En este último caso es manifiesto que las normas legales en vigor imponen a los profesionales determinados deberes de informar de las características y riesgos de las actividades contractuales que luego se deben desarrollar.

Tampoco es especialmente claro si en la existencia de los deberes precontractuales de información influye el que esta última sea costosa o no».

Que la veracidad e integridad de la información proporcionada por la parte conocedora de la misma ha de ser total en dichos términos, evidentemente, enten-

por cierto había de causar una baja considerable en el precio de este artículo. En el contrato de compra y venta, lo mismo que en los demás contratos comutativos, exige la equidad que lo que cada una de las partes da sea equivalente a lo que recibe, y que ninguna de ellas quiera enriquecerse a costa de la otra. Ahora bien, en la especie propuesta si por medio de su disimulo logra ese comerciante vender el trigo a 50 pesos el moyo que es su precio corriente, ¿puede sin hacer ilusión persuadirse que ese trigo, que él sabe que dentro de dos días no valdrá más que 10 pesos, sea el equivalente de los 50 que ahora recibe? Diríase que basta que al tiempo del contrato valga los 50 pesos. Más yo respondo: por más que una cosa tenga un valor actual y momentáneo de 50 pesos, si ha de bajar necesariamente, ¿puede ser considerada por quien sabe esta circunstancia como un verdadero equivalente del dinero del dinero que recibe que siempre valdrá 50 pesos? ¿No es quererse enriquecer a expensas de los compradores por medio de ese afectado silencio al obligarles así a comprar una cosa que consta que a los dos días ha de venderse por cuatro quintas partes menos?»

(3) CICERÓN, *De Óficiis*. Libro III. Capítulo XII.

(4) DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, vol. I. *Introducción. Teoría del Contrato*, 6.^a ed., Thomson-Civitas, 2007, págs. 312 y 313.

demos que ha de ser así. Ahora bien, el problema sobre esta controvertida cuestión es comprender la necesariedad y el alcance de la información a suministrar cuando nos encontramos fuera de situaciones típicas en las que así se ha previsto por el legislador (por ejemplo, en materia de saneamiento en la compraventa).

La doctrina (5) se ha preocupado de dar diversas soluciones al respecto, tanto desde un punto de vista jurídico generalmente basado en el principio general de la buena fe, como económico.

En nuestra opinión destacan las reflexiones que en su día realizara, GÓMEZ CALLE (6) sobre el coste de adquirir la información y la asimetría en su consecución, aunque como hemos tenido ocasión de observar, estos criterios no son a nuestro juicio y por sí solos lo suficientemente relevantes o determinantes sobre el nacimiento del deber de informar, puesto que no puede descansar el hecho sobre razonamientos tan estrictamente derivados de economía de costes, la razón de ser del nacimiento de un deber precontractual de información, de ahí que GÓMEZ CALLE afirmara incluso que dichos razonamientos económicos adquieran relevancia si la correspondiente información supusiera un incremento del valor del bien, puesto que si supone un decremento en el valor del bien, el deber de informar existiría: «(...) siempre que la información sea necesaria para evitar que el bien ocasione daños o que la noticia afecte a las presuposiciones del contrato o datos tenidos en cuenta a la hora de celebrarlo, incluidos los intereses particulares de cualquiera de las partes, incorporados al contrato puestos en conocimiento de la otra en la fase negociadora» (7).

Por su parte, BASOZABAL ARRUE (8) propone la siguiente fórmula: «La falta de información sobre las presuposiciones contractuales (...) será relevante *cuando la parte ignorante pueda imputar a la otra su ignorancia*:

1. Por haber sido esta la que le proporcionó —de forma culpable o no— la información falsa o errónea.
2. Por haber incurrido en una omisión contraria a la buena fe, atendiendo:
 - a) a la relación contractual existente entre ambas;
 - b) a la condición de las partes;
 - c) al comportamiento de las partes;
 - d) a que la obtención de la información haya sido onerosa;
 - e) a que la posición del «deudor de la información» en el contrato no permita obtener una contraprestación por revelarla (salvo dolo, información privilegiada, monopolio o desproporción notoria en el acceso a la información);
 - f) a que la otra parte se encuentre protegida en su ignorancia por una previsión legal, en los términos de esta».

En opinión de CARRASCO, los deberes precontractuales de información están íntimamente ligados con el dolo negativo o reticencia dolosa, concluyendo que existe un deber atípico de suministrar información a la contraparte en los si-

(5) Vid., para una mayor extensión sobre el particular, con abundantes referencias doctrinales y jurisprudenciales. DE LA MAZA GAZMURI, *Los límites del deber precontractual de información*, Civitas, 2010.

(6) GÓMEZ CALLE, *Los deberes precontractuales de información*, La Ley, Madrid, 1994.

(7) Vid., *op. cit.*

(8) BASOZÁBAL ARRUE, «En torno a las obligaciones precontractuales de información», en *Anuario de Derecho Civil*, Tomo LXIII, 2009, fasc. II, págs. 699 y 700.

guentes casos: (9) «[1] Debe comunicar la información relevante quien previamente ha creado con su conducta o palabras un estado de cosas tal que, de no hablar ahora, equivaldría a una maquinación engañosa activa, como aquel que previamente le ha representado a la otra parte medias verdades. [2] Debe hablar el contratante que se encuentra con la otra parte en una relación preexistente tal que resulte exigible que hubiere debido hacer conocer a la otra parte la circunstancia silenciada, porque la otra parte podía legítimamente confiar en él o porque el poseedor de la información estaba sujeto al cumplimiento de deberes fiduciarios de los intereses ajenos. [3] Debe hablar el vendedor, cuando conoce cualidades negativas de la cosa que no pueda ignorar que son relevantes para la otra parte y afectan sustancialmente a la equivalencia entre valor y precio. [4] Debe hablar el proveedor profesional de bienes o servicios, cuando la contraparte es un consumidor, y el primero conoce extremos que afectarán sensiblemente al precio de la cosas. [5] Debe hablar el contratante que conoce hechos relevantes que pueden hacer ineficaz el contrato o la posibilidad de su cumplimiento, pues la destrucción del valor del contrato para las partes es un extremo respecto del cual la reserva de información por una parte no tiene valor productivo alguno».

Desde un punto de vista del Análisis Económico del Derecho, PAZ ARES (10) expón la cuestión a través del desarrollo de dos ejemplos: «Imaginemos que usted y yo suscribimos un contrato de compraventa en virtud del cual yo adquiero una finca de su propiedad —una finca llena de matorrales, situada un poco a desmano— y usted, a cambio, recibe el precio libremente pactado. Supongamos también que durante las negociaciones yo he omitido decirle que previamente he llevado a cabo una investigación geológica que me ha permitido establecer la existencia de una valiosa bolsa de gas en el terreno de su propiedad o que —construyendo otra hipótesis— no le he informado que está proyectada la construcción de una autopista por las inmediaciones de la finca, cosa de la que tuve noticia por un amigo que trabaja en el Ministerio de Obras Públicas. Cuando usted llega a tener conocimiento de las circunstancias que le he silenciado, interpone una acción de nulidad de contrato por dolo al amparo del artículo 1270 del Código Civil, aduciendo que mi conducta reticente le indujo a error. ¿Cómo debe decidir nuestro juez prospectivo este nuevo caso difícil en el que se advierte una imperfección contractual creada por una información asimétrica? En principio, desde el punto de vista de la eficiencia puramente asignativa (o eficiencia estática), parece claro que el derecho a la anulación del contrato debe atribuirse a usted, y ello porque a mí me resultaba menos costoso revelar la información que a usted obtenerla. De hecho, las exigencias de la buena fe precontractual obligan a las partes a descubrir los datos relevantes. Sin embargo, desde el punto de vista de la eficiencia productiva (o eficiencia dinámica), esta conclusión no está siempre al abrigo de dudas o reservas. La teoría económica nos indica que es necesario distinguir el aspecto tecnológico (o productivo) de la información y su aspecto distributivo. Nuestro juez prospectivo tendrá también que diferenciar estas dos dimensiones. Habrá de diferenciar, en definitiva, las informaciones productivas de las informaciones meramente distributivas. Las primeras son un tipo de información que puede ser

(9) CARRASCO PERERA, *Derecho de Contratos*. Parte I. Capítulo 8. *El Dolo*, Thomson-Reuters, Aranzadi, 2010, pág. 351.

(10) PAZ-ARES, «Principio de eficiencia y Derecho Privado», en *Estudios en homenaje a M. Broseta Pont*, T. III, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, págs. 2890-2891.

empleada para incrementar el producto social; las segundas son informaciones que crean una ventaja en la negociación, pero que no contribuyen a la creación de riqueza; solamente pueden ser utilizadas para distribuir riqueza existente a favor de la parte que la posee. En efecto, el hecho de que yo supiera que estaba en proyecto la construcción de una autopista que acabaría con el aislamiento de su finca es una circunstancia puramente redistributiva, que cumple un papel única y exclusivamente en el proceso de negociación. En estos casos, el principio de eficiencia conduce a atribuirle a usted el derecho a obtener información sobre la autopista de que yo disponía. Nuestro juez, en consecuencia, deberá asimilar mi conducta reticente al dolo positivo y anular el contrato al amparo del artículo 1270 del Código Civil. En otro caso, si el ordenamiento permitiese que los descubridores de informaciones redistributivas puedan emplearlas para transferir riqueza a su favor, las contrapartes que quisieran evitar la expliación se sentirían incentivadas a adoptar precauciones excesivas y a invertir en la búsqueda de información, lo que se revela manifiestamente ineficiente. Es un dispendio que una parte trate de producir información que la otra ya posee. La conclusión es muy distinta en el caso de las informaciones productivas. Es cierto que desde el punto de vista estrictamente asignativo (...) no siempre está justificada la atribución sobre bienes informacionales, porque se trata de bienes públicos, cuyo consumo no engendra rivalidad. Desde esta perspectiva (...) tampoco estaría justificado que yo haya silenciado la probable existencia de una valiosa bolsa de gas en el subsuelo de su finca. Pero aquí es justamente el terreno donde las razones de la eficiencia productiva se imponen sobre las razones de eficiencia distributiva. La regla que se desprende es exactamente la contraria a la anteriormente establecida (...) el derecho no puede establecer un deber de comunicar informaciones productivas, porque de lo contrario se desincentivarían inversiones en la producción de esas informaciones socialmente valiosas».

Por lo tanto, PAZ-ARES distingue entre informaciones productivas que contribuyen a la riqueza social y que no son de obligada revelación a la contraparte, de aquellas informaciones meramente distributivas que solo generan riqueza a favor de la parte que la posee y que sí deberían ser objeto de suministro informativo a la contraparte.

En el Derecho inglés puede afirmarse que no existe un deber general de información precontractual (*caveat emptor*), no obstante en determinadas circunstancias esta regla general cesa, como son los casos en que existan obligaciones legales de información (por ejemplo, Financial Services and Market Act 2002); cuando los contratos sean de aquellos que se denominan *uberrimae fidei* (contratos para la toma de participación en sociedades, negocios familiares, contratos de compraventa de bienes inmuebles —en determinadas situaciones—, contratos de seguro, contratos de colaboración empresarial); cuando entre las partes existan especiales deberes fiduciarios o de confianza, o bien, cuando tal obligación venga impuesta por determinadas conductas de las partes (11).

(11) BEALE, en *Chitty on Contracts. Chap. 6 - Misrepresentations*, vol. I, *General Principles*, 6-014 [511] - [512], 2008. Thomson Reuters, afirma lo siguiente: «Non disclosure. The general rule is that mere non- disclosure does not constitute misrepresentation, for there is, in general, no duty on the parties, to a contract to disclose material facts to each other; however dishonest, such non disclosure may in particular circumstances. So, for example, in *Percival vs. Wright*, a company director who had inside information about certaains facts likely to enhance the value of the company's shares was held to be under no duty to disclose this fact to a shareholder from whom he bought some shares. For the same reason it is

Para el Derecho estadounidense, KRAVWIEC y ZEILER (12) han realizado una importante contribución casuística sobre esta materia (*Duty to disclose*) sobre la base del análisis de 466 casos jurisprudenciales ocurridos a lo largo de más de doscientos años, desde 1789 a 2002.

El paradigmático *case* acaecido en el Derecho estadounidense es el célebre *Laidlaw vs. Organ* - 15 U.S. (2 Wheat) 178 (1817). Al final de la guerra entre Inglaterra y Estados Unidos que se inició en 1812 en el contexto de que determinados comerciantes americanos no respetaban el bloqueo impuesto por Inglaterra a la Francia napoleónica, el día 18 de febrero de 1815, Organ negociaba la compra de una partida de tabaco con Girault, agente de Laidlaw, sin que llegaran a un acuerdo sobre el precio. En esa tarde, tres caballeros habían visitado una de las naves británicas donde conocieron que se había firmado un Tratado de Paz que ponía fin a la citada guerra y al bloqueo del puerto de Nueva Orleans, lo cual no se hizo público hasta la mañana siguiente. Resultó que uno de esos caballeros era el hermano de un socio de Organ quien informó a Organ de dichas noticias durante la noche, ante lo cual Organ se apresuró a retomar las negociaciones con Girault, antes de que se hiciera público lo anterior, y sin ponerle de manifiesto las nuevas noticias sobre el fin de la guerra, llegaron a un inminente acuerdo sobre la compra de la partida de tabaco, antes de que se elevara considerablemente el precio del mismo como consecuencia del público anuncio del fin de la guerra y del citado bloqueo naval. El Juez Marshall falló acogiendo la posición de Organ en lo que ahora nos atañe, afirmando que el conocimiento por parte del comprador de circunstancias extrínsecas que puedan tener influencia en el precio de la mercancía no necesitan ser reveladas al vendedor, cuando era igual de accesible para ambas partes dicha información (13).

En el citado análisis llevado a cabo por KRAVWIEC y ZEILER, se nos ofrece un resultado empírico en función de la siguiente clasificación:

not possible to set up an estoppels on the basis of an omission to disclose unless a duty to disclose can be established in the particular circumstances of the case. Tacit acquiescence in another's self-deception does not itself amount to a misrepresentation, provided that it has not previously been caused by a positive misrepresentation. But there are exceptions to the general rule that there is no duty to disclose. First, there are many statutory exceptions. Second, there are exceptions at common law where the contract is within the class of contracts uberrimae fidei, where there is a fiduciary relationship between the parties, and where failure to disclose some fact distorts a positive representation. It is also possible for a person to be guilty of misrepresentation by conduct».

(12) KIMBERLY D. KRAVWIEC and KATHRYN ZEILER, «Common-Law disclosure duties and the sin of omission: Testing the meta-theories», *Virginia Law Review*, Volume 91. December 2005, Number 8.

(13) El fallo del Juez Marshall fue el siguiente: «*The question in this case is, whether the intelligence of extrinsic circumstances, which might influence the price of the commodity, and which was exclusively within the knowledge of the vendee, ought to have been communicated by him to the vendor? The court is of opinion that he was not bound to communicate it. It would be difficult to circumscribe the contrary doctrine within proper limits, where the means of intelligence are equally accessible to both parties. But at the same time, each party must take care not to say or do anything tending to impose upon the other. The court thinks that the absolute instruction of the judge was erroneous, and that the question, whether any imposition was practised by the vendee upon the vendor ought to have been submitted to the jury. For these reasons the judgment must be reversed, and the cause remanded to the district court of Louisiana, with directions to award a *venire facias de novo*.*

A) LA CLASE DE INFORMACIÓN

1. *Información sobre circunstancias intrínsecas y extrínsecas*

Existe un mayor grado de responsabilidad y deber de información cuando la misma se refiere a circunstancias intrínsecas que son aquellas que se refieren directamente al objeto de la transacción, tales como la naturaleza, carácter, condición, título o utilidad, en vez de a circunstancias extrínsecas que se refieren a las condiciones de mercado propias del objeto del contrato y que solo accidentalmente están conectadas con la misma aunque puedan disminuir o incrementar el precio o incluso ser causa de la contratación o declinación de la misma, tales como, hechos relativos a la paz o a la guerra, el incremento o caída de los mercados.

No obstante, en función de la evolución doctrinal al respecto, que entiende que el criterio distintivo relativo a circunstancias intrínsecas y extrínsecas no explica más que parcialmente el problema se observa una tendencia en la práctica jurisprudencial americana al reemplazo del presente criterio, por la observancia de otras circunstancias más determinantes acerca del grado de franqueza exigible a la contraparte contractual correspondiente.

2. *Intenciones personales y opiniones de las partes*

KRAVWIEC y ZEILER se remiten en este apartado al ejemplo que pusiera el profesor GUILIAN VERPLANCK (14), que es el siguiente: un administrador de una importante aseguradora cree, en función de su propio conocimiento del sector asegurador y su compañía, que las primas son inadecuadas para compensar los riesgos que asumen las aseguradoras. Si vende la cartera asegurada a un comprador con menor conocimiento de la industria aseguradora que él, el administrador, no está obligado a revelar su opinión concerniente a que la cartera está sobrevalorada. Sin embargo, si la información no revelada versa sobre las pérdidas de la aseguradora que han reducido a la mitad su capital social (como hecho verificable) sí existe obligación de revelar esta información contable.

KRAVWIEC y ZEILER entienden que la anterior hipótesis de VERPLANCK puede ser explicada sobre los hechos de la distinción jurisprudencial, relativa a las circunstancias extrínsecas e intrínsecas de la cosa, o bien, por el hecho de que las partes carecen de igual acceso a la información relativa a las pérdidas sociales, ya que la información concerniente al sector asegurador antes apuntada es teóricamente accesible para cualquier persona.

3. *Información no revelada relativa a defectos latentes*

En contraposición con los defectos patentes, se considera que existe una obligación de revelar los defectos latentes ya que generalmente son inaccesibles para una de las partes, es decir, para el comprador, de ahí que el criterio de accesibilidad a la información y el coste de acceso a la misma, sean considerados a la hora de establecer el anterior deber de información.

(14) Vid. GUILIAN C. VERPLANCK, *An Essay on the Doctrine of Contracts: Being an Inquiry How Contracts Are Affected in Law and Morals by Concealment, Error, or Inadequate Price* (Arno Press 1972), apud. Kravwiec & Zeiler ... pág. 1803.

4. *Información concerniente a defectos o vicios que pueden causar daños personales o materiales*

Existe un deber de informar aquello que pueda causar daños personales o materiales, en la práctica jurisprudencial norteamericana, esto se ha podido comprobar, por ejemplo, en la obligación de las empresas de tabaco de informar sobre los riesgos que el tabaco tiene contra la salud (*Cipollone v. Ligget Group, Inc.*, 505 US 504, 524 - 1992), o bien, la obligación que tienen los vendedores de inmuebles de revelar la presencia de amianto o plomo (*Kezer v. Mark Stimson Assocs.*, 742 A.2d 898, 903 Me. 1999).

5. *Información previamente revelada que debería haber sido actualizada o corregida*

La práctica también demuestra (*Oran v. Stafford*, 226 F. 3d 275, 286 - 2000) que existe deber de informar no solo cuando el declarante descubre con posterioridad que la información previamente suministrada ha sido incorrecta (*duty to correct*), sino también cuando la información fue razonablemente suministrada en su momento aunque puede llegar a ser errónea como consecuencia de sucesos posteriores (*duty to update*).

B) LA CLASE DE NEGOCIO

1. *Transacción realizada entre partes con relaciones confidenciales o fiduciarias*

Si bien (en la opinión que recogemos) existen claros casos donde los componentes fiduciarios o confidenciales son muy claros, así por ejemplo, en las relaciones entre principal y agente, administrador y accionista, la constatación práctica del carácter fiduciario de la relación en la generalidad de las situaciones no resulta lo suficientemente clara, de ahí que los tribunales hayan obviado la abstracción y generalización del supuesto para analizar el caso a caso, aunque resulta cada vez más probable la tendencia a exigir la revelación de información en estos casos.

2. *Contratos de seguros*

Se hace notar la obligación de información en el contrato de seguro que vienen exigiendo los tribunales en relación con todos los hechos que puedan afectar a la contratación, pese a que cierto sector doctrinal entienda aplicable esta laxitud al aseguramiento marítimo donde los contratos son suscritos en la mayoría de las ocasiones cuando el barco está en alta mar y no existe la posibilidad de realizar inspección alguna.

3. *Desigualdad informativa entre las partes contractuales*

KRAVWIEC y ZEILER recogen la teoría de igualdad de acceso de SCHEPPELE (15) y su repercusión en los tribunales, cuando afirma que las partes tienen igualdad

(15) Kim LANE SCHEPPELE, *Legal Secrets: Equality and Efficiency in Common Law* (1988) at 120, apud Kravwiec & Zeiler ... págs. 1813-1815.

de probabilidades para encontrar la información si ellas ponen el mismo nivel de esfuerzo en la búsqueda, o bien, si ellas son capaces de hacer un nivel de esfuerzo equivalente en dicha búsqueda.

Así en relación en *Laidlaw vs. Organ*, SCHEPPELE considera que el descubrimiento por ORGAN de la información fue puramente fortuita y que Laidlaw estaba en las mismas condiciones que ORGAN de haber tenido un socio que contare con un hermano a bordo de la nave inglesa quien le pudiera haber informado durante la noche del fin de la guerra, lo cual ha sido contradicho.

4. *Contratos de venta de bienes inmuebles*

A pesar de la existencia de normativa específica que recoge esta obligación de información por parte del vendedor (por ejemplo, residenciales), existe una práctica consolidada en la jurisprudencia norteamericana tendente a exigir especiales deberes de información al vendedor cuando se trata de ventas de bienes inmuebles.

C) LA FORMA EN LA QUE LA INFORMACIÓN FUE ADQUIRIDA

1. *Información adquirida casualmente vs. información adquirida deliberadamente*

KRAVWIEC y ZEILER exponen al respecto la conocida teoría de Anthony KRONMAN (16) sobre si la información fue deliberadamente adquirida, es decir, aquella información en la que para su obtención se ha incurrido en unos costes específicos para dicho cometido, o si la información fue casualmente adquirida, o sea, aquella información cuyos costes de adquisición se hubiesen satisfecho incluso si la información no hubiera estado disponible. Citando como ejemplo el siguiente: si un hombre de negocios que adquiere información de forma casual mientras utiliza un autobús, dicha información será casualmente adquirida, excepto si montó en autobús específicamente para adquirir dicha información, en cuyo caso, la información será deliberadamente adquirida.

A pesar de las críticas que la teoría económica de KRONMAN ha levantado en otros autores estadounidenses debido a la dificultad práctica para su adopción, KRAVWIEC y ZEILER concluyen que en determinadas resoluciones jurisprudenciales sí que han observado la conexión entre en el deber de informar impuesto por los tribunales y el hecho de que la información fuera casualmente adquirida.

2. *Información adquirida ilegal o torticera*

Es una tónica generalizada que los tribunales imponen deberes de información a aquella parte que ha adquirido la misma de forma ilegal o torticera. KRAVWIEC y ZEILER exponen el siguiente ejemplo. Si A se ha internado en la finca de B sin autorización de este y realiza unas prospecciones cuyo resultado es que en la citada finca existe petróleo y si luego A adquiere la finca de B, sin haber revelado dicha información, B tiene derecho a rescindir el contrato.

(16) Anthony T. KRONMAN, *Mistake, Disclosure, Information, and the Law of Contracts*. 7 J. Legal Stud. 1,6 (1978), apud Kravwiec & Zeiler ... págs. 1818-1821.

D) LAS CARACTERÍSTICAS DE LA PARTE DESINFORMADA

1. *La parte desinformada es el comprador o el arrendatario*

KRAVWIEC y ZEILER observan cómo con frecuencia los tribunales son proclives a exigir un deber de información a la parte contractual correspondiente, cuando la parte desinformada es el comprador o arrendatario. En este sentido, recuerdan la explicación que KEETON (17) realizará al respecto: el comprador no está ordinariamente obligado a revelar información relevante que afecte al valor de la propiedad que es objeto de venta, mientras que el vendedor tiene la obligación de comunicar aquellos defectos de la cosa vendida que supongan una depreciación del valor del objeto de la compraventa.

E) COMPORTAMIENTO DE LA PARTE INFORMADA

1. *La parte informada ha emitido declaraciones tergiversadas o medias verdades*

De la práctica de los tribunales se puede concluir que estos generalmente tienen una mayor tendencia a imponer deberes de información a aquella parte que emite declaraciones erróneas o tergiversadas o incluso medias verdades que aquellos supuestos en que la parte informada sencillamente ha silenciado.

2. *La parte informada realiza actuaciones para impedir el descubrimiento de la información*

Con frecuencia se concluye por los tribunales que existe una mayor facilidad para exigir un deber de información a aquella parte informada que ha impedido mediante acciones u omisiones el acceso a la información por la parte desinformada, que en aquellas situaciones en que la parte informada simplemente ha permanecido en silencio.

Por otro lado, ni en el ámbito del proceso armonizador del Derecho europeo de contratos (18) ni en la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos (19) se han tratado específicamente, de forma

(17) W. PAGE KEETON, *Fraud - Concealment and Non-Disclosure*, 15 Tex. L. Rev. 1,21 (1936), apud Kravwiec & Zeiler ... págs. 1822-1823.

(18) BASOZÁBAL (vid., *op. cit.*), pág. 682, critica las propuestas armonizadoras de la siguiente forma: «Los PECL llegan a enumerar algunos de los factores que deberían informar el nacimiento de las obligaciones de información, pero no responden a la cuestión sobre cómo interactúan tales componentes, y con su falta de tratamiento unitario, distinguiendo las violaciones de obligaciones de informar provenientes del dolo, oscurecen la comprensión y el adecuado tratamiento del problema. El DFCR ha optado por distinguir situaciones y establecer para cada una su correspondiente regla de determinación de la información debida. Se encarga de cuál resulta la información exigible, siendo la pregunta principal, y previa a esta, cuándo resulta exigible la información. En cuanto a las soluciones, distingue según se haya llegado o no a contratar: Sin contrato, la solución es la correspondiente a la *culpa in contrahendo*; si se ha llegado a contratar, se ofrecen los remedios por incumplimiento contractual, aunque se trate de obligaciones anteriores a la perfección del contrato (como hace el propio Código Civil en los supuestos de dolo), y también los previstos para la invalidez por error. Se opta por la compatibilidad. Con todo, comprobamos que sus "reglas" y "soluciones" no resuelven los casos que se vienen proponiendo a lo largo de estas páginas, por lo que habrá que seguir buscando».

(19) Boletín de Información del Ministerio de Justicia, Año LXIII, enero de 2009.

autónoma y suficiente las obligaciones precontractuales de información, aunque sí se desprenden de la regulación realizada acerca del error y del dolo.

Así, el artículo 4:103 (20) de los Principios del Derecho Europeo de Contratos (21) establece en cuanto al error esencial de hecho o de derecho, lo siguiente:

- [1] Una parte podrá anular un contrato por existir un error de hecho o de derecho en el momento de su conclusión si:
 - a) i) el error se debe a una información de la otra parte,
 - ii) la otra parte sabía o hubiera debido saber que existía tal error y dejar a la víctima en dicho error fuera contrario a la buena fe, o
 - iii) la otra parte hubiera cometido el mismo error, y
- b) la otra parte sabía o hubiera debido saber que la víctima, en caso de conocer la verdad, no habría celebrado el contrato o solo lo habría hecho en términos esencialmente diferentes.

- [2] No obstante, la parte no podrá anular el contrato cuando:
 - a) atendidas las circunstancias su error fuera inexcusable, o
 - b) dicha parte hubiera asumido el riesgo de error o debiera soportarlo conforme a las circunstancias.

- (20) El artículo II 7:201 del *Draft Common Frame of Reference*, establece que:
 - [1] A party may avoid a contract for mistake of fact or law existing when the contract was concluded if:
 - a) the party, but for the mistake, would not have concluded the contract or would have done so only on fundamentally different terms and the other party knew or could reasonably be expected to have known this; and
 - b) the other party:
 - ii) caused the mistake;
 - iii) caused the contract to be concluded in mistake by leaving the mistaken party in error, contrary to good faith and fair dealing, when the other party knew or could reasonably be expected to have known of the mistake;
 - iv) caused the contract to be concluded in mistake by failing to comply with a pre-contractual information duty or a duty to make available a means of correcting imput errors; or
 - v) made the same mistake.
 - [2] However a party not avoid the contract for mistake if:
 - a) the mistake was inexcusable in the circumstances; or
 - b) the risk of the mistake was assumed, or in the circumstances should be borne, by that party.

(21) *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DFCR)*. Outline Edition. Sellier. European law publishers, München, 2009.

No obstante, el DFCR sí que ha regulado con carácter general ciertas obligaciones de información precontractual en el artículo II.-3:201 cuando se establece que la contraparte ha de suministrar a la otra la información que razonablemente puede esperar, teniendo en cuenta los estándares de calidad y cumplimiento que serían normales en cada circunstancia, aunque el planteamiento del mismo ha sido criticado al afirmarse, por VALPUESTA GASTAMINZA que: «Una visión panorámica de las obligaciones de información precontractual impuestas en esta Sección produce una cierta sensación de caos y falta de claridad. Al haber reunido una serie de aspectos relativos a la información exigida que se hallan en diversas Directivas, cada una con sus límites y ámbitos de aplicación concretos, el resultado es de varios regímenes superpuestos parcialmente coincidentes pero no coordinados». Eduardo VALPUESTA GASTAMINZA, *Unificación del Derecho Patrimonial Europeo. Marco Común de Referencia y Derecho Español*. Capítulo 4. Libro II. *Contratos y otros actos jurídicos*, pág. 110. Editorial Bosch, 2011.

Análogo tratamiento recibe el error en el artículo 1298 de la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos al referirse al error del siguiente modo:

1. El contratante que en el momento de celebrar el contrato padezca un error esencial de hecho o de derecho, podrá anularlo si concurre alguna de las circunstancias siguientes:
 - 1.º Que el error hubiera sido provocado por la información suministrada por la otra parte contratante.
 - 2.º Que esta última hubiera conocido o debido conocer el error y fuere contrario a la buena fe mantener en él a la parte que lo padeció.
 - 3.º Que la otra parte hubiera incidido en el mismo error.
2. Hay error esencial cuando sea de tal magnitud que una persona razonable y en la misma situación no habría contratado o lo habría hecho en términos sustancialmente diferentes en caso de haber conocido la realidad de las cosas.
3. Los contratos no serán anulables por error cuando este sea inexcusable y cuando la parte que lo padeció, de acuerdo con el contrato, debía soportar el riesgo de dicho error.
4. Tampoco podrá anularse el contrato cuando la otra parte contratante, tras ser informada del error, comunique sin dilación su voluntad de ejecutarlo en los términos pretendidos por la parte que lo ha sufrido.
5. La inexactitud en la expresión o transmisión de una declaración de voluntad será tratada conforme a las reglas de interpretación de los contratos y en los casos en que no puedan ser resueltos por ellas se aplicará lo dispuesto en este artículo.

Por su parte, el dolo es tratado en el artículo 4:107 (22) de los Principios del Derecho Europeo de Contratos (23), como uno de los supuestos de anulación del contrato, del siguiente modo:

(22) El artículo II 7:205 del *Draft Common Frame of Reference*, dispone que:

«[1] A party may avoid a contract when the other party has induced the conclusion of the contract by fraudulent misrepresentation, whether by words or conduct, of fraudulent non-disclosure of any information which good faith and fair dealing, or any pre-contractual information duty, required the party to disclosure.

[2] A misrepresentation is fraudulent if it is made with knowledge or belief that the representation is false and is intended to induce the recipient to make a mistake. A non-disclosure is fraudulent if it is intended to induce the person from whom the information is withheld to make a mistake.

[3] In determining whether good faith and fair dealing required a party to disclose particular information, regard should be had to all the circumstances, including:

- a) whether the party had special expertise;
- b) the cost to the party of acquiring the relevant information.
- c) Whether the other party could reasonably acquire the information by other means; and
- d) the apparent importance of the information to the other party».

(23) *Principios de Derecho Contractual Europeo*. Partes I y II (Los trabajos de la «Comisión de Derecho contractual europeo». Edición Ole LANDO y Hugh BEALE. Colegios Notariales de España, 2003. Edición española.

1. Una parte puede anular el contrato cuando su consentimiento se ha obtenido por medio de una actuación dolosa de la otra parte, de palabra o de acto, o porque la otra parte ocultó maliciosamente alguna información que debería haber comunicado si hubiera actuado de buena fe.
2. La actuación de la parte o su silencio son dolosos si su objeto era engañar.
3. Para determinar si, de acuerdo con la buena fe, una parte tenía la obligación de comunicar una información concreta, deberán considerarse todas las circunstancias, y en especial:
 - a) si la parte tenía conocimientos técnicos en la materia;
 - b) el coste de obtener dicha información;
 - c) si la otra parte podía razonablemente obtener la información por sí misma, y
 - d) la importancia que aparentemente tenía dicha información para la otra parte.

En la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos, el dolo está recogido en el artículo 1300.1 cuando se prescribe que:

1. Hay dolo cuando uno de los contratantes induce al otro a prestar su consentimiento con palabras o maquinaciones insidiosas o mediante la ocultación maliciosa de alguna información que teniendo en cuenta las circunstancias y conforme a la buena fe, debería haberle comunicado.
2. Para que haga anulable el contrato, el dolo deberá haber sido grave y no haber sido empleado por las dos partes contratantes.
3. El dolo incidental solo obliga al que lo empleó a indemnizar daños y perjuicios.

En el ámbito concreto de las adquisiciones de empresas, AGUAYO (24) propone la siguiente recapitulación a su análisis del deber precontractual de información:

(24) Juan AGUAYO, *Las manifestaciones y garantías en el Derecho de Contratos español*, Thomson-Civitas, 2011, págs. 142 y 143.

Continúa este autor (*op. cit.*, págs. 143 y 144) poniendo el siguiente ejemplo: «El accionista de control de una sociedad anónima se plantea vender sus acciones. Sus asesores le recomiendan que organice un proceso competitivo entre varios posibles compradores. Para facilitar el proceso, pide a un despacho de abogados que elabore un completo *vendor's due diligence*. En el informe final se ofrece una completa evaluación de la empresa societaria y en particular se pone de manifiesto una serie de recomendaciones, de problemas y de contingencias de los que no se era consciente. Se entregan copias del informe de *vendor's due diligence* a los potenciales compradores seleccionados para presentar una oferta vinculante. A los potenciales compradores se les permite, si bien durante un período de tiempo limitado, el acceso a un *data room* donde se ponen a disposición las informaciones sobre las que se ha basado el *vendor's due diligence*, y se mantiene una reunión con el equipo gestor de la sociedad en la que pueden formularse preguntas sobre temas relevantes. Con carácter general, la información contenida en el *data room* (principalmente copias de documentos, contratos, declaraciones fiscales, etc.) y la suministrada en la reunión con los directivos es información no costosa. Se trata de información de la que se dispone como resultado de una relación cotidiana con la sociedad y la actividad que esta desarrolla. En consecuencia, son datos de los que habría que informar. El informe de *vendor's due diligence*, es información costosa por cuanto ha supuesto el pago de honorarios a los abogados que lo han elaborado. Es también devaluadora del bien, puesto que pone de manifiesto algunas informaciones negativas acerca de la empresa societaria. Por último, el coste es asimétrico. Así resulta

«El recurso a los criterios económicos es muy útil para, por un lado, ayudar a fundamentar el deber de información, que ya se basa en el principio de la buena fe y de otro lado, para precisar sus límites.

En consecuencia habrá situaciones en las que la reticencia informativa será lícita cuando se dispusiera de la información como consecuencia de un proceso costoso, pero de costes simétricos para las partes, o con costes que siendo asimétricos no puedan ser repercutidos en el precio del bien en cuestión.

Contrariamente, habrá que informar cuando la información no sea costosa o, cuando siéndolo, sea de las que devalúan la cosa, siempre que el coste sea asimétrico y repercutible en el precio (prima de confianza)».

Como podemos observar de las anteriores consideraciones realizadas por AGUAYO y del ejemplo que cita (vid., nuestra nota 24), este autor realiza una exposición del problema desde criterios casi exclusivamente económicos y desde el análisis de un paradigmático y «ordenado» proceso de adquisición desde la fase precontractual a la contractual, en lo que se refiere al deber de suministro de información relevante por las partes, especialmente, como no podía ser de otra forma, del vendedor.

En nuestra opinión, en el ámbito de las circunstancias propias de los contratos de adquisición de empresas resulta imprescindible obtener con el mayor grado posible un adecuado y correcto conocimiento por parte del comprador, entre otros extremos, de los estados financieros de la sociedad en cuestión, cumplimiento de las obligaciones por parte de la sociedad *target*, así como en general de los activos y pasivos de la misma, lo que cristalizará en su momento contractual correspondiente en las *Representations & Warranties* (25) que se solicitan al vendedor, con el objeto de que el comprador cuente con la información correcta para poder confirmar su interés en la contratación y determinar no solo el precio del objeto de la compraventa, sino también las garantías que se solicitan al comprador para su responsabilidad por los pasivos ocultos o contingencias latentes de la compañía adquirida que tuvieron causa en un hecho anterior a la compraventa aunque se manifestaran con posterioridad a la misma, lo que supone que entendamos que sí existe un deber de información precontractual por parte del vendedor al comprador derivado de los extremos propios que conforman el contenido de la

de la complejidad del bien objeto de negocio (la empresa societaria), de la proximidad del vendedor respecto del mismo y de los condicionantes del proceso de subasta que el vendedor ha organizado entre varios potenciales compradores, precisamente por razones de orden, de coste y de tiempo. Obsérvese además que la asimetría puede contemplarse comparando de un lado al vendedor y del otro a los potenciales compradores en su conjunto. El coste es repercutible y el vendedor pedirá un precio que incluya los gastos derivados del informe. El vendedor ha organizado la fase preliminar con varios potenciales compradores de manera que les hará entrega del informe de *vendor's due diligence*, que es lo que tiene sentido desde el punto de vista del análogo económico del Derecho».

(25) En relación con el incumplimiento de las mismas, así como respecto de las frustaciones para el comprador en contratos de adquisición de empresas, nos permitimos remitirnos a anteriores trabajos nuestros sobre este particular. Francisco REDONDO TRIGO, «La causa en los contratos de compraventa de acciones. A propósito de la sentencia del Tribunal Supremo, de 21 de diciembre de 2009», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario (RCDI)*, núm. 720, págs. 1903-1933; Francisco REDONDO TRIGO, «El incumplimiento de las declaraciones y garantías en las adquisiciones de empresas en la sentencia del Tribunal Supremo, de 20 de noviembre de 2008», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario (RCDI)*, núm. 713, págs. 1560-1589.

misma, aunque es cierto, deber de información precontractual que ha de modularse en función de las circunstancias específicas del supuesto.

Además y con carácter previo, en estos procesos de adquisición de empresas es común la firma de una carta de intenciones (*letter of intent* o *memorandum of understanding*) que normaliza la fase de negociaciones de las partes y cuya principal misión suele consistir en poder ir analizando la sociedad a los fines indicados mediante el correspondiente proceso de *Due Diligence*, aparte de originar —en nuestra opinión— verdaderos compromisos contractuales (por ejemplo, calidad, frecuencia y cantidad de la información social a suministrar en esta fase de negociaciones, obligaciones de exclusividad en las negociaciones cuyo incumplimiento pudiera sustentar una ruptura injustificada de las negociaciones...) en sí mismos, aunque no en relación con el contrato de compraventa a estipular, dando lugar a lo que se ha denominado «contractualización de la fase de negociaciones» (26), lo que supone que ya desde esta fase de generación del contrato de compraventa que se proyectará, las partes contractuales han configurado el suministro de información de la sociedad *target* como algo sustancialmente primordial para la posterior perfección de la compraventa.

Pero incluso con carácter posterior a la perfección del contrato de compraventa, las partes pueden prever en el mismo un análisis de la información social suministrada, o incluso, una nueva información a suministrar por el vendedor si esta no era considerada definitiva o bien se prevén cambios en la misma, que van a suponer incluso mecanismos de ajustes al precio convenido en el convenio de perfección negocial.

Es decir, en la práctica y desde la fase de generación, pasando por la de perfección e incluso en la de consumación —si hubiera habido condicionantes suspensivos a la operación— el suministro de información por parte de la vendedora a la compradora se configura como uno de los elementos propios de la prestación debida, por lo que la distribución de riesgos contractuales a este respecto suele

(26) DÍEZ-PICAZO, *op. cit.*, págs. 325 y 326, trata así el particular: «En la práctica moderna no ha sido infrecuente redactar documentalmente los pactos por los que deba regirse la fase de negociaciones. Ocurre ello sobre todo en la negociación de contratos de gran envergadura económica. Los contratos rectores de la fase negociadora comienzan bosquejando o delineando el contrato que las partes pretenden negociar y sus líneas centrales. Como las partes tienen la intención de celebrar el contrato, a esos pactos o acuerdos se les ha llamado en alguna ocasión “acuerdos de intenciones”, que son contratos destinados a normar la fase negociadora y a establecer los recíprocos derechos y deberes de las partes dentro de ella. Las partes no tienen obligación de celebrar el contrato y pueden, en cualquier momento, finalizar la negociación del modo que estimen más acorde con sus intereses. Sin embargo, es habitual que se obliguen a negociar de buena fe y a facilitar la información necesaria para que la otra parte contratante pueda adquirir el conocimiento preciso del objeto del contrato y de sus circunstancias. Es usual, asimismo, establecer un pacto de confidencialidad u obligación de no revelar la existencia de la negociación y un pacto de no negociar con terceras personas. Es habitual que exista algún depósito de cantidad o suma de dinero y que se establezca el alternativo destino que a tal cantidad haya de darse, según el contrato que se negocia llegue o no a celebrarse, por la vía de una cláusula penal.

En los casos en que existan tales “acuerdos de intenciones” o contratos rectores de negociación, el fundamento de la responsabilidad precontractual tiene claramente un carácter contractual, aunque el contrato rector, como todos los contratos *ex artículo 1258 del Código Civil*, haya también de integrarse con los deberes y obligaciones dimanantes de la buena fe».

Sobre el mismo asunto, vuelve DÍEZ-PICAZO en su trabajo: «La existencia del contrato», en *Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, núm. 39, año 2009, págs. 179-194.

encontrarse perfectamente definida *ab initio*, originándose pues (en la mayoría de las ocasiones) un auténtico (*duty to disclose*) o deber de información de carácter negocial o contractual por parte del vendedor al comprador, cuya configuración sustenta o supone un genuino deber de información precontractual por parte del comprador en base a las reglas de la buena (*ex art. 7 del CC*) y por qué no también en relación con la aplicación de las reglas de integración contractual (*ex art. 1258 del CC*), en cuanto a la existencia de tal deber desde la propia fase de contractualización de las negociaciones.

Si doctrinalmente, como hemos expuesto, se admite en Derecho español la existencia de un deber de autoinformarse, en este específico sector de la contratación que ahora nos ocupa también se propugna la existencia de ese deber de autoinformarse como límite al deber de información precontractual. De esta forma, AGUAYO (27) recapitula su análisis al respecto afirmando que: «En conclusión, el deber de información en Derecho español está limitado por las cargas y obligaciones de informarse, y todo ello constituye una referencia objetiva para quien va a contratar. Es en esta tensión entre deber de información y autoinformación donde hay que entender la función informativa de las manifestaciones y garantías. El contenido y los límites al deber de información, y en particular la autoinformación, explican por qué acudir a recursos que, como las manifestaciones y garantías y el proceso de *due diligence*, facilitan la obtención ordenada de la información. Partiendo de esas informaciones se atribuirán responsabilidades entre las partes, cumpliéndose entonces con la función principal de las manifestaciones y garantías. (...) El simple hecho de pedir manifestaciones y garantías puede considerarse una de las formas diligentes de obtener información, al provocar o buscar la reacción de quien se espera haga tales manifestaciones en el contrato. Esta forma diligente de actuar se combina y se complementa a menudo con la realización de un proceso de *due diligence*».

En sede de principio, compartimos con carácter general las anteriores afirmaciones, sobre la necesaria contraposición de los intereses contractuales en juego, es decir, sobre la ponderación que ha de realizarse a la hora de exigir un deber precontractual de información al vendedor, junto con el límite existente al mismo que viene impuesto por el también deber de autoinformarse por parte del comprador, que entendemos que jurídicamente ha de tener también su ubicación en las reglas de la buena fe (art. 7 del CC). También, como no, admitimos que ha de realizarse una correcta valoración de las características del negocio jurídico en particular, así como de las que son propias de las partes contractuales y de la naturaleza de la propia información de la que se pretenda el *duty to disclose*, pero en nuestra opinión, tales afirmaciones genéricas nos pueden hacer subsanar el problema en un verdadero galimatías jurídico de difícil solución, en un campo sobre el cual se ha admitido (como hemos visto) la dificultad que existe para ofrecer soluciones generalizadas al respecto, lo que pudiera suponer el entendimiento del problema desde un (probablemente) acertado análisis teórico y práctico en determinadas ocasiones donde el arquetipo contractual configurado por las partes así lo permite, aunque en otros supuestos la labor del jurista conforme a los postulados dogmáticos antes reflejados (con el fin que entendemos que no puede ser otro, que proporcionar una consecuencia práctica al problema) en torno al deber de información contractual existente en Derecho español, pudiera suponer que dicho ejercicio pudiera ser tildado de excesivamente teórico,

(27) AGUAYO, vid., *op. cit.*, págs. 158 y 159.

por lo que corriera el riesgo —en palabras de SAVIGNY— de convertirse en un «vano ejercicio del espíritu».

Para ilustrar al lector de los riesgos que puede conllevar el análisis de un determinado supuesto de hecho desde un aspecto exclusivamente dogmático, creemos que nos puede valer el ejemplo que al respecto proponía IHERING, cuando evidentemente criticaba el distanciamiento existente entre teoría y práctica a la hora de analizar un problema jurídico.

IHERING (28) se preguntaba lo siguiente al respecto: «¿Qué cosa más simple puede haber que un préstamo ordinario o mutuo con el correspondiente documento acreditativo de la deuda? Pero el primer caso de estos que se me presentó fue para mí una experiencia vergonzosa y humillante.

Se trataba de un préstamo hecho por SCHULZE a ZWICKAUER (...). Pues bien, SCHULZE había prestado a ZWICKAUER la suma de cien táleros, en presencia de dos testigos, haciéndose extender un recibo del siguiente tenor:

«El abajo firmante reconoce, por el presente, deber al señor SCHULZE la suma de 100 táleros, al 5 por 100 de interés, pagaderos con un mes de preaviso. Schilda, 31 de septiembre de 1817. ZWICKAUER». Seguía el siguiente aditamento: «Garantizan lo que antecede A. SCHMIDT y K. MEIER».

SCHULZE había entablado una demanda sosteniendo que había dado a ZWICKAUER esos 100 táleros en préstamo contra la entrega de dicho documento, que acompañaba, y que había solicitado el reintegro hacia un mes, sin que ZWICKAUER le devolviera el dinero. Este no compareció a prestar declaración, lo que, según la práctica de nuestro país, importaba una presunción de *litiscontestatio* negativa. El juez a cargo de mi juzgado me preguntó cómo resolvería yo esa cuestión y como no supe darle de inmediato una respuesta terminante, le pedí que me diera tiempo para pensarla. En mi casa sometí la relación al más minucioso análisis, echando mano de PUCHTA, de VANGEROW y hasta del *Corpus Iuris*, y llegué a la siguiente conclusión. La acción promovida por el demandante era la *conductio ex mutuo*; pero en el derecho romano el concepto de mutuo o préstamo implica la transmisión de la propiedad (nótese que nuestro art. 1753 del CC español prescribe que: «El que recibe en préstamo dinero u otra cosa fungible, adquiere su propiedad, y está obligado a devolver al acreedor otro tanto de la misma especie y calidad», es decir, que el prestatario también se hace con la propiedad del dinero) seguida de un eventual consumo de las piezas de dinero prestadas (PUCHTA, *Pandekten*, 304, L. 2, 1, 4 de reb. cred. 12, 1). Ahora bien, como el demandante no había invocado en su escrito ni que él fuera propietario de ese dinero, presupuesto necesario para transmitir su propiedad, ni tampoco que el demandado la hubiera consumido, la demanda era inconcluyente y, por tanto, correspondía rechazarla «con las naturales consecuencias». La risa del viejo magistrado vino a interrumpir mi exposición. Puede ser que él ni conociera esa disposición del derecho romano; lo cierto es que casi se exasperó cuando yo, muy seguro de mi teoría, invoqué al derecho romano y a PUCHTA. Cortó toda ulterior discusión declarando categóricamente que, aunque todos los códigos del mundo contuvieran una norma tan absurda, él nunca la aplicaría, por que la misma haría imposible cualquier operación de préstamo. Ni siquiera llegamos a hablar de mi eventual

(28) R. Von IHERING, *Bromas y veras en la ciencia jurídica. Ridendo dicere rerum*. Editorial Civitas, 1987, págs. 69 y 70.

propuesta de que el actor debiera probar alternativamente o la propiedad o el consumo de la cosa».

Así, en el supuesto de hecho analizado por esta sentencia del Tribunal Supremo no nos consta la configuración contractual o precontractual del deber de informar, lo que supone que la anterior conclusión haya de analizarse desde las consideraciones realizadas para los deberes precontractuales atípicos. Puede ocurrir en la práctica que nos encontremos con procesos de adquisición que se alejan del arquetipo contractual que hemos expuesto, es decir, donde no ha habido una configuración tan detallada por las partes acerca de la información a suministrar, bien por no haber existido esa llamada «contractualización de las negociaciones», bien por no haberse llevado el *due diligence*, o bien, por la carencia de manifestaciones y garantías en el contrato, cuya finalidad, por otro lado es principalmente la de «hacer hablar» al vendedor a los efectos no solo de limitar su responsabilidad derivada de la falta de adecuación del objeto ideal de la compraventa, es decir, los componentes patrimoniales de la misma en su sentido más amplio (en contraposición, con el objeto real de la misma, que estaría formado por las acciones o participaciones sociales en cuestión), sino la de permitir no solo la correcta formación de la voluntad del comprador, e incluso la de configurar el régimen de satisfacción o propósito negocial que este tiene al perfeccionar la compraventa en cuestión, cuya contravención entendemos presupuesto de incumplimiento de la prestación debida.

En estos casos atípicos en cuanto a su regulación y en cuanto a su existencia (aunque no infrecuentes) es donde consideramos que un análisis desde los postulados jurídicos y económicos expuestos puede dificultar el entendimiento del problema y llevarnos a soluciones inadecuadas. A nadie escapa que en el supuesto analizado por la sentencia del Tribunal Supremo, de 15 de junio de 2010, a la postre —como no podía ser de otra forma— resultó de vital importancia para el desarrollo de las relaciones contractuales el desconocimiento por parte del vendedor de la insolvencia del franquiciante de la empresa franquiciada cuyas participaciones sociales se adquirieron, así como del ocultamiento de la verdadera situación contable-financiera de la empresa cuyas participaciones sociales conformaron el objeto real de la compraventa.

Ante esta situación particular, ¿debe venir la solución que ofrecemos al caso, tras un depurado análisis y aplicación, uno por uno, de los requisitos postulados doctrinalmente para la existencia del deber de información precontractual?; ¿escrupulosamente, han de verificarse la concurrencia de presupuestos económicos tales, como asimetría de información o costes de adquisición de la información?; ¿ha de llevarse a cabo un proceso intelectual consistente en observar hasta dónde podía haber llegado la obligación de autoinformarse por parte del comprador, en una situación donde se le había inducido a contratar en función de una información contable distorsionada?; ¿cómo podía, de otro modo, haberse autoinformado el comprador de las irregularidades contables existentes y de la situación de insolvencia de la franquiciadora? El hecho de no haberse podido constatar lo anterior ¿supondría una inexistencia de informar, por parte del vendedor, acerca de dichas irregularidades contables y financieras, pese a no haberse realizado una revisión contable y financiera de la sociedad por parte del adquirente, o bien, porque no se hubiere recogido una previsión contractual específica de responsabilidad del vendedor ante dicha situación o sobre la solvencia de la franquiciadora? En nuestra opinión, la respuesta a dichos interrogantes no puede ser otra que la negativa. Es decir, la propia esencia del propósito negocial para el comprador residiría en una adquisición regular y un cumplimiento del

objeto real e ideal de la compraventa a los fines por él pretendidos, a saber, el normal desarrollo de la actividad social mediante la empresa adquirida.

De esta forma y para los contratos de adquisición de empresas, bien mediante compraventa de participaciones o acciones sociales (como ocurren en el caso analizado), bien mediante la compra de activos y pasivos, o incluso a través de operaciones de reestructuración societaria (por ejemplo, ampliaciones de capital) como desarrollo de un acuerdo de inversión, entendemos que también existe un deber genérico de informar por parte del vendedor al comprador, ponderable no obstante según las circunstancias, en virtud de:

- i) la particularidad de los intereses en juego en el contrato de adquisición de empresas, donde el vendedor ha de suministrar datos correctos, concretos, veraces, exactos e íntegros en relación con la sociedad objeto de adquisición, sin los cuales ni siquiera sería posible determinar el interés del comprador en la adquisición, siendo componentes que por otro lado influyen de manera muy sensible en el precio y garantías de la compraventa, lo que permitiría por tanto establecer un régimen de responsabilidades contractuales con un grado mínimo de eficiencia distributiva.
- ii) el conocimiento de la empresa por parte del vendedor, donde si bien es cierto que no siempre este lo tendrá con un grado de detalle exhaustivo debido a las propias realidades contables y financieras de la empresa, no es menos cierto que dicha información social se encuentra en manos del vendedor, sin que el recurso a una pormenorizada exigencia autoinformativa para el comprador pueda suponer la exoneración del referido deber de información precontractual al vendedor.
- iii) la propia configuración negocial de la adquisición donde el hecho de no revelar una información sensible a los fines apuntados, puede suponer en función de las características de la información obviada la existencia de una auténtica reticencia dolosa.

Sin embargo, la conexión entre la inexistencia de manifestaciones y garantías y la responsabilidad por dolo ha sido tratada de forma estricta en nuestra doctrina. Así, CARRASCO (29) opina lo siguiente: «La inexistencia de manifestaciones expresas sobre cualidades de los bienes transferidos solo podría dar lugar a nulidad por dolo si el silencio pudiera interpretarse como reticencia dolosa; es decir, cuando existe un deber de hablar y comunicar circunstancias importantes para la otra parte, y el vendedor las silencia. Sin embargo, de no existir tales manifestaciones, sería dudoso si el vendedor de acciones de una sociedad tiene el deber de comunicar extremos relativos a contingencias como las que habitualmente se encuentran en las Bases de Compra de estos contratos, toda vez que en inmensa mayoría tales extremos solo tienen una conexión indirecta con el valor de las acciones.

Además, aunque así fuera, el dolo por omisión quedaría muy relativizado en su alcance cuando el comprador ha podido conocer el estado financiero de la sociedad a través del proceso de *due diligence*. Es decir, nos encontraríamos ante la doble circunstancia de que el coste de conocer la información relevante puede ser simétrico para cada una de las partes o, al menos, con la extrema dificultad de poder imputar al vendedor las consecuencias de un silencio universal, pues la

(29) CARRASCO PERERA, «Representaciones y garantías», en *Régimen Jurídico de las Adquisiciones de Empresas*, Editorial Aranzadi, 2001, pág. 218.

imputabilidad del silencio solo empieza a ser explicable cuando el vendedor sabe qué es lo que tiene que comunicar del conjunto innumerable de circunstancias que rodean a la empresa adquirida, y nada de esto puede determinarse mientras que —precisamente por medio de las Manifestaciones y Garantías— el comprador no ha seleccionado los extremos cuyo conocimiento es esencial para él. O al menos, normalmente el vendedor no podrá determinar por su propia cuenta cuánto de esencial es un extremo determinado en la presuposición contractual del comprador».

De acuerdo con el análisis y consideraciones expuestas y retomando los hechos principales de la sentencia del Tribunal Supremo, de 15 de junio de 2010, en cuanto a este punto, el vendedor de las participaciones sociales no solo ocultó información contable (pérdidas) de la sociedad, así como la noticia relativa a la insolvencia de su franquiciador de forma consciente y deliberada sino que opinamos que indujo a contratar sobre la base de una contabilidad que no era la más real y actualizada de la empresa. En este caso, la inexistencia de manifestaciones y garantías al respecto (como así creemos), no puede llevarnos a afirmar que no concurriría un deber de información precontractual del vendedor sobre dichos extremos, que imposibilitarían —como de hecho así sucedió— el desarrollo de la actividad social por parte de la sociedad cuyas participaciones sociales fueron objeto de adquisición.

En este sentido y como hemos apuntado existió una actitud no solo negativa, sino positiva en cuanto a la información que debería haberse suministrado y aquella que se suministró, susceptible de responsabilidad por parte del vendedor.

III. UN SUPUESTO DE INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL

La comentada conducta del vendedor nos inclinaría en un primer momento a incardinar esta infracción del deber de información contractual dentro del dolo o del error, según los artículos 1269 y 1270 del Código Civil, como de hecho se ha venido también produciendo en determinadas sentencias del Tribunal Supremo que han tenido la ocasión de versar sobre supuestos de adquisiciones de empresas.

Así, por ejemplo, la sentencia del Tribunal Supremo, de 26 de octubre de 1981 (*RJ* 1981/4001), que aprecia la nulidad de un contrato de compraventa de acciones por dolo causante debido a que no se había informado al comprador de la inexistencia de un terreno en el patrimonio de la sociedad, en base a lo que se conoce como «reticencia dolosa» del vendedor. Esta sentencia en relación con el deber de informar exigible por la buena fe (arts. 7 y 1258 del CC) apoya su conclusión: *«b) porque la apreciación de los hechos corresponde a esa descripción del dolo reticente, no otra que la de la ambigüedad de la vendedora, que no obstante decir que no es dueña luego lo contradice mostrando una escritura pública de propiedad y después oculta una Orden Ministerial que, de haber sido notificada (es del año 1971 y el contrato de 1973) y conocida por las compradoras otro hubiera sido el convenio»*.

Por otro lado, la sentencia del Tribunal Supremo, de 4 de enero de 1982 (*RJ* 1982/179), consideró excusable el error, consistente en la ignorancia, por parte de la entidad compradora de una empresa dedicada a la explotación de un manantial de aguas minero-medicinales, de que las aguas en cuestión no eran aptas para el consumo humano (30).

(30) Vid., sobre esta sentencia, Federico DE CASTRO Y BRAVO, «De nuevo sobre el error en el consentimiento», en *Estudios jurídicos del profesor Federico de Castro*. Tomo II. Centro

Asimismo, la sentencia del Tribunal Supremo, de 30 de junio de 2000 (*RJ* 2000/6747) (31), quizá la sentencia del Tribunal Supremo que con mayor detenimiento había tratado con anterioridad esta problemática. La conducta del Estado, a la sazón vendedor, fue calificada como dolosa al decirse que: «*La conducta censurable del Estado no se agota en que obró sin la necesaria buena fe, ya que la sentencia sienta que concurrió dolo, que apoya en el factum demostrado para decretar que la transgresión se produjo voluntariamente y con plena conciencia de la antijuridicidad del acto, al ocultar deliberadamente la denegación de la referida licencia de apertura, y ofrecer a la parte compradora unas garantías y seguridades que, al ser inexistentes, maliciosamente resultaron sustraídas y autorizan a contemplar "dolo incidental", que obliga a indemnizar los daños y perjuicios causados, conforme al artículo 1270 del Código Civil, en relación con el 1104 (...) Habiéndose sentando actuación incumplidora contractual contraria a la buena fe y dolosa en la vendedora, el resarcimiento indemnizatorio, partiendo del principio general reparador que proclama el artículo 1101 del Código Civil, hace aplicable el artículo 1107 en relación al apartado final del 1270. Se ha de responder de todos los daños y perjuicios, es decir, se trata de un resarcimiento pleno de los que resulten conocidos y provengan de la falta de cumplimiento de las obligaciones contraídas*» (32).

Recientemente, la sentencia del Tribunal Supremo, de 10 de junio de 2010 (*RJ* 2010/2675) declara la nulidad por error de una compraventa de acciones en la que se garantizaba por los vendedores un estado contable y patrimonial de la empresa del que se desprendía su viabilidad cuando realmente estaba en quiebra de hecho.

No obstante, si ante contratos de adquisiciones de empresas con *Representations and Warranties*, ya tuvimos la ocasión de considerar que la calidad y fin de las manifestaciones y garantías, en cuanto al propósito negocial, debe suponer (en nuestra opinión) la cualificación de las mismas como verdadero motivo causal de la celebración del contrato de adquisición y no un mero deseo del comprador en cuanto al objeto de la adquisición instrumentada mediante el correspondiente contrato de compraventa, por lo que su incumplimiento puede ser digno de tutela mediante la correspondiente resolución contractual (cosa distinta, es que

de Estudios Registrales, 1997; José Ramón VERDA Y BEAMONTE, *La reticencia en la formación del contrato*, Aranzadi Civil, III. Parte Estudio, 1998.

(31) Comentada por VERDA Y BEAMONTE, *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil*, octubre-diciembre de 2000, págs. 1353-1358.

(32) CARRASCO (vid., *op. cit.*, Derecho de Contratos), págs. 1268, 1269 y 1270, expone su juicio crítico y restrictivo a la aplicación del dolo *in contrahendo* en los supuestos de adquisiciones de empresas, del siguiente modo: «(...) Es evidente que no cualquier dolo (esto es, conocimiento de estado de cosas por la parte deudora) puede ser decisivo para eliminar las limitaciones de responsabilidad establecidas en los contratos de esta clase (...). Me explico. El vendedor —que no es seguramente el contable de la compañía, por más que forme parte del consejo de administración— probablemente no conoce que el balance auditado por un profesional es falso o declara falsedades. Pero un balance se funda en un estado de cosas (por ejemplo, que un crédito contra tercero tiene que considerarse enteramente fallido), y este estado de cosas en otro estado de cosas (que el deudor de dicho crédito está pasando dificultades de liquidez) y este en otro (que el deudor en cuestión se dedica a un negocio que está en declive), y así sucesivamente. ¿Qué nivel de conocimiento es suficiente en el vendedor para que su conducta sea dolo? Porque es evidente que en una regresión indefinida siempre se llegaría a un estado de cosas que el vendedor —salvo que se trate de un incapacitado total— conoce; un estado de cosas que de una manera u otra tendrá repercusión en el balance de la compañía (...).».

el comprador opte por la misma, debido a las consecuencias perjudiciales que en su caso pudieran derivarse de la correspondiente restitución de prestaciones), o bien, dignas del amparo de la responsabilidad contractual del vendedor por entrega defectuosa, también en los casos de inexistencia de las mismas —como es el supuesto de autos y según las características del mismo— consideramos que el remedio del comprador defraudado ante el incumplimiento del deber de información contractual ha de ser el propio de la responsabilidad contractual.

MORALES MORENO (33) define el problema como un supuesto de incumplimiento, de la siguiente forma: «El incumplimiento de los deberes precontractuales de información ha tenido y continúa teniendo tratamiento jurídico precontractual, canalizado a través del dolo (causal e incidental), el error o la culpa *in contrahendo*, con efectos también diversos. Pero este tratamiento no es el más adecuado, cuando la información precontractual se proyecta sobre el objeto o contenido del contrato y genera problemas de incumplimiento. Lo más razonable en estos casos es atraer a la responsabilidad contractual tanto la lesión del interés en el cumplimiento como la del interés de integridad. Por ejemplo, si el vendedor de un cuadro engaña al comprador sobre la autenticidad del mismo, no solo comete dolo *in contrahendo* sino que incumple el deber de prestación: entregar el cuadro presupuesto en el contrato (tenido como auténtico). O el vendedor que, dolosamente, oculta al comprador la enfermedad del animal vendido no solo incumple su deber de prestación, entregar un animal sano, sino que pone en riesgo el interés de integridad del comprador conectado a la correcta ejecución del contrato. Por eso responde, en la vía contractual, de la muerte, por contagio, de los demás animales del comprador. Y se le aplica el artículo 1107.II».

Por otro lado, FENOY PICÓN (34) opina lo siguiente sobre la concurrencia de remedios propios del error, del dolo y del incumplimiento, admitiendo la facultad de elección para el legitimado de los remedios precontractuales (dolo y error) y los remedios contractuales por incumplimiento: «[63] Como he indicado, la *Propuesta civil* no ofrece una respuesta expresa para los casos en que, por el supuesto de hecho, puede haber concurrencia entre los remedios del error, del dolo y los del incumplimiento lo cual sorprende, si se tiene en cuenta que los Principios UNIDROIT (art. 3.7) y los PECL (art. 4:119) ofrecen una regla expresa y se recuerda la influencia que tales Principios, sobre todo los últimos, han tenido sobre la *Propuesta civil*. Dejando al margen el hecho de que cada uno de los citados Principios acoja una solución distinta (la de la prevalencia de unos remedios sobre otros, la de libre elección), también sorprende el silencio de la *Propuesta civil* si se tiene presente que el problema de la colisión entre el error y el incumplimiento ha sido tratado por nuestros autores a propósito del contrato de compraventa. Por todo ello, parece oportuno pensar que la *Propuesta civil* ha dejado a los intérpretes la decisión oportuna y su argumentación. y hoy, lo cierto es que en el Ordenamiento español (Código Civil y TRLGDCU) parece predominar la solución adoptada por los PECL: el legitimado puede optar entre los remedios que podríamos denominar precontractuales (anulación, *culpa in contrahendo*) y los remedios contractuales por incumplimiento. No parece, por ello, que la *Pro-*

(33) Antonio Manuel MORALES MORENO, *Incumplimiento del contrato y lucro cesante*. Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, 2010. Discurso leído el día 8 de febrero de 2010 en el acto de su recepción pública como Académico de Número, pág. 90.

(34) Nieves FENOY PICÓN, «La modernización del régimen del incumplimiento del contrato. Propuestas de la Comisión General de Codificación. Parte primera: aspectos generales. El incumplimiento», en *Anuario de Derecho Civil*, núm. LXIII-1, enero de 2010.

puesta civil vaya a ser entendida conforme a los Principios UNIDROIT, en donde prevalece la aplicación de los remedios del incumplimiento frente a los del error».

Así, somos de la opinión que en este supuesto resuelto por la sentencia del Tribunal Supremo, de 15 de junio de 2010, puede argumentarse la infracción de un deber de información precontractual que al referirse sobre las cualidades y satisfacciones que el objeto del contrato habían de proporcionar al comprador el régimen y remedios propios del incumplimiento de la prestación contractual debida.

Sin embargo, no ha sido este el tratamiento dado por Rodrigo BERCOVITZ (35) al comentar la sentencia del Tribunal Supremo, de 15 de junio de 2010. Este autor afirma lo siguiente al respecto:

«Puede llamar la atención que la doctrina establecida en esta sentencia se refiera a la interpretación del artículo 1107 del Código Civil, esto es, a la indemnización de daños por incumplimiento de obligaciones, cuando el conflicto no deriva de un supuesto semejante, sino de un supuesto de dolo. Así resulta de los hechos alegados por el demandante y probados. Los demandados le vendieron una empresa mediante engaño, ocultándole que se trataba de una empresa inviable, habida cuenta de los datos que ya conocían entonces, derivados fundamentalmente de la mala marcha de la empresa cuya franquicia explotaban. Es un caso del artículo 1269 del Código Civil, cuya sanción en principio es la anulación del contrato a instancia de la parte que sufrió el vicio de consentimiento (arts. 1265, 1300 y 1301 CC).

¿Cómo se pasa de los mencionados artículos relacionados con el dolo contractual al artículo 1107.II, relacionado con el dolo en el cumplimiento de las obligaciones, de las obligaciones contractuales en este caso, esto es, con el incumplimiento de contrato? Hay que tener en cuenta que el comprador engañado no ejerció la acción de anulación, sino que ejerció una acción de indemnización de daños y perjuicios, basada en los artículos 1101, 1102 y 1124 del Código Civil. Hay que tener en cuenta también que en el momento de interponer la demanda la empresa ya había sido liquidada».

Al hilo de lo anterior, en lo que sí coincidimos tanto con el autor como con la sentencia del Tribunal Supremo (otra cuestión será que no coincidimos con el fallo de esta sentencia, ya que no entendemos indemnizable el daño moral alegado en este caso, *ex art. 1107.2 del CC*) es la ubicación del problema en sede de incumplimiento contractual, más que dentro del marco del dolo vicio del consentimiento, por las razones ya apuntadas. Además y pese a nuestra propuesta, no compartimos la idea que se apunta al respecto, consistente en la inaplicación del artículo 1107.2 del Código Civil al presente caso, al pretenderse su tratamiento dentro del dolo *in contrahendo*. Aún en este supuesto, coincidimos igualmente con MORALES MORENO (36) en su análisis del artículo 1107.2 del Código Civil, cuando razona lo siguiente:

«a) El acto doloso es, al mismo tiempo, “una falta de cumplimiento de la obligación” (art. 1107.II). Esto explica que la responsabilidad derivada del dolo se incluya en el marco de la responsabilidad contractual. Y

(35) Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, «El dolo y la indemnización del daño moral», en *Aranzadi Civil*, núm. 9/2011. Editorial Aranzadi, Pamplona, 2011.

(36) Vid., *op. cit. Incumplimiento del contrato...*, pág. 176.

también justifica la existencia de una regla especial de imputación del daño, fundada en la conducta dolosa.

El dolo puede aparecer en cualquiera de las manifestaciones del incumplimiento, susceptibles de generar responsabilidad contractual. Así: en el incumplimiento (doloso) de deberes precontractuales de información, en el de deberes de prestación, en el de deberes de cuidado. Pondré algunos ejemplos:

1. En el ejemplo que utiliza POTHIER (*pecus morbosus*), el dolo implica el incumplimiento de un deber precontractual de información, sobre una circunstancia que provoca que el bien vendido puede causar daños a otros bienes del comprador (cfr. art. 1486.II).
2. El dolo del deudor puede manifestarse en el incumplimiento (o cumplimiento defectuoso) de un deber de prestación. Por ejemplo: en una venta genérica, el vendedor conoce que el objeto entregado puede causar daños al comprador. O, existiendo un compromiso de prestar dinero en un determinado momento, el prestamista incumple su obligación con la intención de privar al comprador del beneficio de la inversión que sabe va a realizar. En este caso, aunque ese daño no esté comprendido en el fin de protección del contrato, es indemnizable por haber sido causado intencionadamente (...).

Tampoco coincidimos con la posibilidad apuntada por Rodrigo BERCOVITZ, acerca de que quizás hubiera sido más adecuado que el actor hubiera basado sus pedimentos en base a una acción de responsabilidad extracontractual. Este autor se refiere al respecto diciendo que: «Llegados a este punto, si se trata de una indemnización por culpa *in contrahendo*, procede preguntarse si no sería más adecuado aplicar el artículo 1902 del Código Civil, en el que tampoco existiría inconveniente en aceptar, incluso con mayor facilidad que en el artículo 1107 del Código Civil (así ha resultado de nuestra jurisprudencia hasta el momento), la indemnización del daño moral. Certo que si se quería admitir la demanda, y esta se basaba en el artículo 1124 del Código Civil, no había más remedio que acceder a la indemnización de daños y perjuicios de acuerdo con el artículo 1107 del Código Civil».

Así, pese a que seamos de la opinión que la imputación objetiva derivada del artículo 1107 del Código Civil sea análoga a la predictable respecto de la responsabilidad extracontractual (37), no por ello consideramos que puede afirmarse la viabilidad de una acción de responsabilidad extracontractual en vez de una acción de responsabilidad contractual.

(37) MORALES MORENO opina lo siguiente (vid., *op. cit.*, *El incumplimiento...*, pág. 178): «a) La regla de imputación objetiva del artículo 1107.II no es diferente de la aplicable a la responsabilidad extracontractual. Sin embargo, no todos los autores comparten la idea de que la regla del artículo 1107.II es coincidente con la de la responsabilidad extracontractual».

Previamente y con la misma conclusión, vid. Pantaleón PRIETO, «El sistema de responsabilidad contractual (Materiales para un debate)», en *Anuario de Derecho Civil*. Tomo XLIV, fascículo 3.º, 1991, pág. 1036, quien había afirmado que: «En materia de imputación objetiva del daño, el contratante que incumple dolosamente no debe ser tratado de distinta manera que un extraño que, sin relación contractual previa con el dañado, ocasione intencionalmente un evento dañoso análogo. O dicho de otra forma: en la hipótesis del dolo del responsable, las soluciones a los problemas de imputación objetiva del daño han de ser las mismas en materia de responsabilidad contractual y extracontractual».

En este sentido, coincidimos con DÍEZ PICAZO (38) cuando analiza la llamada «unidad de culpa civil» y «las tendencias hacia la redefinición de la responsabilidad contractual» cuando afirma lo siguiente: «(...) La misma tesis ha sido después repetida a través del tópico o de la fórmula que habla de la “órbita estricta de lo pactado”. Esta forma de pensar puede entenderse partiendo de que solo es contrato “lo expresamente pactado”, que sería la órbita estricta. El artículo 1258 del Código Civil deja claro que los deberes accesorios derivados de la buena fe o de los usos de los negocios, como pueden ser los deberes de información o deberes de protección, son también deberes contractuales cuya violación genera una responsabilidad que es estrictamente contractual, lo que denota sin más, la falta de solidez del punto de vista comentado.

La consecuencia de todo ello es que cualquier intento de fundar la distinción de los dos tipos de responsabilidad, sobre la naturaleza de las obligaciones incumplidas, colocando a un lado las obligaciones dimanantes de lo estrictamente pactado, que sería una responsabilidad contractual, y al otro, la extracontractual formada por la infracción de los deberes de conducta que, sin pacto expreso de las partes y como deberes accesorios, se integran en el contrato como consecuencia de la buena fe o de los usos, es un intento baldío. Por eso, hay que entender que cualquier incumplimiento de estos deberes accesorios integrados en la relación contractual genera también una responsabilidad contractual. Entre estos deberes accesorios de conducta, integrados en la relación contractual se encuentran, muy especialmente, los llamados deberes de información y los deberes de protección. Los deberes de información afectan al contratante que posee la información necesaria o a aquel a quien es más accesible, tanto para definitiva utilidad de la prestación (instrucciones de manejo de una máquina compleja, etc.), como para la puesta en conocimiento de la otra parte contratante de los riesgos o de los peligros que, en la ejecución de la prestación o en el ulterior disfrute de la misma puede suceder (...).».

Es decir, si consideramos la existencia de una infracción de un deber de información contractual en el presente caso, según lo apuntado, debemos estimar que la acción viable para el resarcimiento de la posición del vendedor, ha de ser la de responsabilidad contractual.

IV. BIBLIOGRAFÍA

AGUAYO, Juan: *Las manifestaciones y garantías en el Derecho de Contratos español*, Thomson-Civitas, 2011.

BASOZÁBAL ARRUE: «En torno a las obligaciones precontractuales de información», en *Anuario de Derecho Civil*, Tomo LXIII, 2009, fasc. II.

BEALE: *Chitty on Contracts*. Chap. 6 - Misrepresentations. Vol. I, General Principles. 6-014 [511] - [512], 2008. Thomson Reuters.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo: «El dolo y la indemnización del daño moral», en *Aranzadi Civil*, núm. 9/2011. Editorial Aranzadi, Pamplona, 2011.

BOLETÍN DE INFORMACIÓN DEL MINISTERIO DE JUSTICIA, año LXIII, enero de 2009.

CARRASCO PERERA: *Derecho de Contratos*. Thomson-Reuters. Aranzadi, 2010.

(38) DÍEZ PICAZO, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, V. *La responsabilidad civil extracontractual*, Civitas, 2011, págs. 228 y 229.

CARRASCO PERERA: *Representaciones y Garantías. Régimen Jurídico de las Adquisiciones de Empresas*. Editorial Aranzadi, 2001.

CICERÓN: *De Oficiis*. Libro III. Capítulo XII.

D'ORS, A.; HERNÁNDEZ TEJERO, F.; FUENTESECA, P.; GARCÍA-GARRIDO, M., y BURILLO, J.: *El Digesto de Justiniano*. Tomo I. Constituciones Preliminares y Libros 1-19. Versión castellana por A. D'ors, F. Hernández Tejero, P. Fuenteseca, M. García-Garrido y J. Burillo. Editorial Aranzadi, Pamplona, 1968.

DE CASTRO Y BRAVO, Federico: «De nuevo sobre el error en el consentimiento», en *Estudios jurídicos del profesor Federico de Castro*. Tomo II. Centro de Estudios Registrales, 1997.

DE LA MAZA GAZMURI: *Los límites del deber precontractual de información*. Civitas, 2010.

DIÉZ-PICAZO: «La existencia del contrato», en *Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, núm. 39, año 2009.

— *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, V. *La responsabilidad civil extracontractual*. Civitas, 2011.

— *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*. Vol. I. *Introducción. Teoría del Contrato*, 6.^a ed., Thomson-Civitas, 2007.

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 *Anuario de Derecho Civil*, núm. LXIII-1, enero de 2010.

GÓMEZ CALLE: *Los deberes precontractuales de información*. La Ley, Madrid, 1994.

KEETON, W. Page: *Fraud-Concealment and Non-Disclosure*, 15 Tex. L. Rev. 1, 21 (1936).

KRAWIEC, Kimberly D. and ZEILER, Kathryn: «Common-Law disclosure duties and the sin of omission: Testing the meta-theories». *Virginia Law Review*. Volume 91. December 2005. Number 8.

KRONMAN, Anthony T.: «Mistake, Disclosure, Information, and the Law of Contracts». 7 *J. Legal Stud.* 1,6 (1978).

LANDO, Ole, y BEALE, Hugh: *Principios de Derecho Contractual europeo*. Partes I y II (*Los trabajos de la «Comisión de Derecho Contractual europeo»*). Colegios Notariales de España, 2003. Edición española.

MORALES MORENO, Antonio Manuel: *Incumplimiento del contrato y lucro cesante*. Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, 2010.

PAZ-ARES: «Principio de eficiencia y Derecho Privado», en *Estudios en homenaje a M. Broseta Pont*, T. III, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995.

POTHIER: *Tratado del contrato de compra y venta*. Barcelona, imprenta y litografía de J. Roger, 1841.

PRIETO, Pantaleón: «El sistema de responsabilidad contractual (Materiales para un debate)», en *Anuario de Derecho Civil*. Tomo XLIV, fascículo 3.^º, 1991.

REDONDO TRIGO, Francisco: «El incumplimiento de las declaraciones y garantías en las adquisiciones de empresas en la sentencia del Tribunal Supremo, de 20 de noviembre de 2008», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario (RCDI)*, núm. 713.

— «La causa en los contratos de compraventa de acciones. A propósito de la sentencia del Tribunal Supremo, de 21 de diciembre de 2009», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario (RCDI)*, núm. 720.

SCHEPPELE, Kim Lane: *Legal Secrets: Equality and Efficiency in Common Law* (1988) at 120.

STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE/RESEARCH GROUP ON EC PRIVATE LAW (ACQUIS GROUP): *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DFCR)*. Outline Edition. Sellier. European law publishers, München, 2009.

VALPUESTA GASTAMINZA, Eduardo: *Unificación del Derecho Patrimonial europeo. Marco Común de Referencia y Derecho Español*. Editorial Bosch, 2011.

VERDA Y BEAMONTE, José Ramón: «La reticencia en la formación del contrato», en *Aranzadi Civil*, III. Parte Estudio. 1998.

— *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, octubre-diciembre de 2000.

VERPLANCK, Guilian C.: *An Essay on the Doctrine of Contracts: Being an Inquiry How Contracts Are Affected in Law and Morals by Concealment, Error, or Inadequate Price* (Arno Press 1972).

VON IHERING, R.: *Bromas y veras en la ciencia jurídica. Ridendo dicere rerum*. Editorial Civitas, 1987.

V. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

Sentencia del Tribunal Supremo, de 15 de junio de 2010 (RJ 2010/5151).

Sentencia del Tribunal Supremo, de 10 de junio de 2010 (RJ 2010/2675).

Sentencia del Tribunal Supremo, de 30 de junio de 2000 (RJ 2000/6747).

Sentencia del Tribunal Supremo, de 4 de enero de 1982 (RJ 1982/179).

Sentencia del Tribunal Supremo, de 26 de octubre de 1981 (RJ 1981/4001).

RESUMEN

*CONTRATOS DE ADQUISICIÓN
DE EMPRESAS
DEBERES PRECONTRACTUALES
DE INFORMACIÓN*

El caso enjuiciado por la sentencia del Tribunal Supremo, de 15 de junio de 2010, nos ofrece un ejemplo de cómo la actitud del vendedor de las participaciones sociales de una sociedad de responsabilidad limitada, consistente en no informar acerca de irregularidades contables de la misma y de la insolvencia de su franquiciadora, puede originar una responsabilidad contractual para el mismo, la cual puede analizarse desde los deberes precontractuales de información, conforme al principio general de la buena fe.

ABSTRACT

*CORPORATE ACQUISITION
AGREEMENTS
PRECONTRACTUAL
INFORMATION DUTIES*

The case settled by the Supreme Court's ruling of 15 June 2010 offers an example of how a seller can, by taking a certain attitude, create contractual liability for him- or herself. In the case at issue, the seller of an interest in a private limited company failed to inform the buyer of the company's accounting irregularities and the insolvency of the company's franchisor. This liability can be analyzed from the standpoint of pre-contractual information duties under the general rule of good faith.