

«El ámbito de la responsabilidad precontractual o culpa *in contrahendo*»

SUMARIO: I. EL SIGNIFICADO DE LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL.—II. LA BUENA FE COMO FUENTE DE DEBERES PRECONTRACTUALES.—III. LA NATURALEZA DE LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL.—IV. EL CRITERIO PARA DETERMINAR LA MEDIDA DEL RESARCIMIENTO: EL INTERÉS NEGATIVO Y EL INTERÉS POSITIVO.—V. LA IMPUTABILIDAD Y LA CARGA DE LA PRUEBA.—VI. LOS SUPUESTOS DE RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL.—VII. LA RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL CUANDO EL CONTRATO NO SE CELEBRA: 1. LA RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL POR RUPTURA INJUSTIFICADA DE LAS NEGOCIACIONES. 2. LA RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL CUANDO UNA DE LAS PARTES, HABIÉNDOSE ALCANZADO UN ACUERDO, SE NIEGA A SUSCRIBIR EL DOCUMENTO QUE SE REQUIERE PARA LA PROPIA EXISTENCIA DEL CONTRATO.—VIII. LA RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL CUANDO EL CONTRATO ES INVÁLIDO: 1. CONSIDERACIONES GENERALES. 2. LA RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL POR DOLO CAUSAL. 3. LA RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL POR ERROR IMPUTABLE A LA OTRA PARTE. 4. LA RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL EN CASO DE NULIDAD DEL CONTRATO POR RECAER SOBRE UNA PRESTACIÓN ORIGINARIAMENTE IMPOSIBLE. 5. LA RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL EN CASO DE NULIDAD DEL CONTRATO POR CONTRAVENIRSE UNA PROHIBICIÓN LEGAL. 6. LA RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL EN CASO DE REPRESENTACIÓN SIN PODER O HABIÉNDOSE TRASPASADO SUS LÍMITES.—IX. LA RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL CUANDO EL CONTRATO ES VÁLIDO: 1. CONSIDERACIONES GENERALES. 2. LA VÍCTIMA DEL ERROR IMPUTABLE A LA OTRA PARTE O DEL DOLO NO ANULA EL CONTRATO, LIMITÁNDOSE A SOLICITAR LA INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS. 3. LA RESPONSABILIDAD POR DOLO INCIDENTAL: A) La responsabilidad del vendedor que conocía los vicios o defectos y no los manifestó al comprador. B) La responsabilidad del vendedor que no hace constar en la escritura que la cosa vendida está gravada con carga o servidumbre no aparente. C) La responsabilidad del vendedor de mala fe en caso de evicción. D) La responsabilidad del cedente de mala fe en la cesión de créditos. E) La responsabilidad del comodante por no comunicar dolosamente al comodatario los vicios de la cosa prestada. F) La responsabilidad

del depositante por los perjuicios que la cosa depositada produzca al depositario.—X. LOS CASOS DUDOSOS DE RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL: 1. CONSIDERACIONES GENERALES. 2. LA RESPONSABILIDAD POR INCUMPLIMIENTO DE UN DEBER DE PROTECCIÓN. 3. LA RESPONSABILIDAD POR INCUMPLIMIENTO DE UN DEBER DE CUSTODIA. 4. LA RESPONSABILIDAD POR INCUMPLIMIENTO DE UN DEBER DE SECRETO.—XI. LA RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL Y LA PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR.—XII. CONCLUSIONES.

I. EL SIGNIFICADO DE LA RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL

Para referirse a la responsabilidad precontractual se utilizan también otras expresiones, como la que a mediados del siglo XIX le diera JHERING (1), la *culpa in contrahendo*, o la culpa o responsabilidad en la formación del contrato. Estas expresiones, y algunas otras, se pueden utilizar indistintamente, pues tienen el mismo significado, aunque, tal vez, la más adecuada sea la de responsabilidad precontractual al hacer hincapié en el momento en que se realiza el acto dañoso que da lugar a la indemnización.

En virtud de la responsabilidad precontractual se hace responsable a quien en la fase de tratos preliminares ha llevado a cabo un comportamiento lesivo y contrario a los imperativos de la buena fe. Esta peculiar responsabilidad se refiere a la infracción de las reglas de lealtad y diligencia que impone la buena fe en el período de formación del contrato.

A través de la responsabilidad precontractual se exige a las partes que en la formación del contrato deban comportarse de acuerdo con la buena fe, dándose una respuesta jurídica adecuada cuando esto no tiene lugar.

No existe en el Código Civil español (en lo sucesivo, CC) un precepto que, con carácter general, sancione las actuaciones que preceden a la celebración del contrato, a diferencia de lo que acontece en el CC italiano de 1942, cuyo artículo 1.337 impone expresamente a las partes la obligación de comportarse de acuerdo a los dictados de la buena fe en el período de formación del contrato (2), y en el CC portugués de 1966, que establece en el artículo

(1) JHERING, «Culpa in contrahendo oder Schadenersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelangten Verträgen», *Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Recht (Jhering-Jahrbücher)*, IV, 1861, p. 1 ss. Reimpresión con el estudio de STAUB {*Die positiver Vertragsverletzungen*, Berlin, 1904}, con epílogo de EIKE SCHMIDT, Bad Homburg, v.d.H., Berlin-Zürich, 1969. Las citas que hagamos coinciden con las páginas de reimpresión.

(2) Sobre este precepto: ALBERICI, // *dovere precontrattuale di buona fede*, Rass. Dir. Civ., 1982, pp. 1091 ss.; BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*, Milano, 1963, y *Culpa in contrahendo*, Contrato e impresa, 1987, p. 287 ss.; BESSONE, *Rapporto precontrattuale e doveri di correttezza*, RTDPC, 1972, I, p. 962 ss.; BIANCA, *Diritto civile*, III, // *contratto*, Milano, 1984, p. 859 ss.; CALUSI, *In tema di trattative e responsabilità precontrattuale*, RTDPC, 1956, I, p. 474 ss.; CARRESI, «Il contratto», en *Trattato di*

227 que quien negocia con otro para concluir un contrato debe proceder según las reglas de la buena fe, respondiendo por los daños que culposamente cause a la otra parte (3). Aunque fuera del BGB, la Ley alemana sobre regulación de las condiciones generales de los negocios (AGB-Gesetz), de 9 de diciembre de 1976, reconoce con carácter general la existencia de una responsabilidad surgida de la violación de deberes precontractuales, considerando ineficaz la cláusula que excluya o limite la responsabilidad derivada de los daños producidos si concurre culpa grave (§ 11.7) (4). No obstante, en nuestro CC aparecen algunos preceptos en los que está presente tal responsabilidad, como tendremos ocasión de reflejar más adelante (5).

Hay que subrayar que en el ámbito del Derecho público se contempla la responsabilidad precontractual en el Reglamento General de Contratación del Estado, aprobado por Decreto de 25 de noviembre de 1975. El artículo 47, con referencia a los actos previos al contrato, impone a la parte que haya sido culpable de la anulación el deber de indemnizar los daños y perjuicios que haya sufrido la otra.

Diritto civile e commerciale (dirigido por Cicu y MESSINEO y continuado por MENGONI), 2, Milano, 1987, p. 693 ss.; CUFFARO, *Responsabilità precontrattuale*, Enc. Dir., XXXIX, Milano, 1988, p. 1265 ss.; DELL FANTE, *Buona fede prenegoziale e principio costituzionale di solidarietà*, Rass. Dir. Civ., 1983, p. 122 ss.; GRISI, *L'obbligo precontrattuale di informazione*, Napoli, 1990, p. 39 ss.; LOY y TESSITORE, *Buona fede e responsabilità precontrattuale*, Milano, 1975; MENGONI, *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, RD Comm., 1956, II, p. 360 ss.; RASI, *La responsabilità precontrattuale*, RDC, 1974, II, p. 496 ss.; RAVAZZONI, *La formazione del contratto*, II; *Le regole di comportamento*, Milano, 1974; SACCO, «La preparazione del contratto», en *Trattato di Diritto privato* (dirigido por RESCIGNO), 10, Torino, 1984, p. 119 ss.; VIGOTTI, *La responsabilità precontrattuale*, Nuova giur. civ. e comm., Napoli, 1984.

(3) Sobre este artículo: ALMEIDA COSTA, *Responsabilidade civil pela ruptura das negociações preparatorias de um contrato*, Revista Legislação e de Jurisprudência, separata, 1984; MOTA PINTO, *A responsabilidade pre-negocial*, Bol. de Fac. de Dir., Coimbra, 1966, XIV, p. 143 ss.

(4) Sobre el párrafo 11, 7 AGB-Gesetz: HEINRICHS, AGB-Gesetz, en PALANDT, *Bürgerliches Gesetzbuch*, München, 1985, p. 2314; HENSEN, en ULMER-BRANDNER-HENSEN, *AGB-Kommentar*, 4.^a edición, Köln, 1982, p. 432 ss. (hay una 6.^a edición, Köln, 1990); KÖTZ, AGB-Gesetz, en *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 1, München, 1984, p. 1759 ss.; STEIN, AGB-Gesetz, en SOERGEL, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 3-II, Stuttgart-Berlin-Köln, 1991, p. 1790 ss.; WITZ, *Droit privé allemand*, 1, París, 1992, p. 346 ss., con exhaustiva información doctrinal y jurisprudencial.

(5) La situación legal existente en el Derecho francés es análoga a la española. Existe una regla general de responsabilidad extracontractual (art. 1.382 CC) y ninguna referencia específica en el Código Civil a los deberes de conducta en el período de formación del contrato. El estudio monográfico más completo sobre la responsabilidad precontractual en el Derecho francés es el de SCHMIDT, *Negotiation et conclusion de contrats*, París, 1982, con amplia información doctrinal y jurisprudencial. También tiene un notable interés la exposición de GHESTIN, *Traité de Droit civil. La formation du contrat*, París, 1993, p. 293 ss. y 551 ss.

II. LA BUENA FE COMO FUENTE DE DEBERES PRECONTRACTUALES

Existe un evidente entronque de la responsabilidad precontractual con el principio de la buena fe. Por el hecho de entrar en contacto y de relacionarse, las partes asumen el deber de comportarse de buena fe. En el Derecho italiano y en el Derecho portugués lo establecen, respectivamente, como hemos visto, los artículos 1.337 y 227 CC.

La operatividad de la buena fe en la fase de preparación del contrato encuentra múltiples justificaciones en nuestro Derecho. En primer lugar, la aplicación analógica del artículo 1.258 CC extendiéndolo a la etapa prenegocial (6). En segundo lugar, cabe ponderar también la aplicación directa de la cláusula general contenida en el artículo 7.1 CC, en relación con los derechos ejercitables en la etapa precontractual. Por último, se puede acudir a la eficacia de la buena fe como principio general del Derecho (art. 1.4 CC), que obliga a las partes no sólo a comportarse lealmente y con diligencia en el desenvolvimiento de las relaciones obligatorias ya constituidas, sino también a adoptar un comportamiento legal y diligente en la fase previa a la constitución de dichas relaciones.

La buena fe es una misma noción *in contrahendo* y *post contrahendo*, que reviste carácter objetivo en cuanto impone a las partes que tratan o negocian un arquetipo de conducta social. La buena fe objetiva es externa al sujeto y le impone una serie de deberes de rectitud y diligencia. Partiendo de tales deberes, el juez puede someter a examen crítico la conducta de las partes utilizando la buena fe como criterio de valoración.

La buena fe aplicable a la fase precontractual ha de entenderse como un criterio de valoración de la conducta de quienes están inmersos en la etapa preparatoria de un contrato. Como tal, resulta fuente de creación de determinados deberes de conducta.

Entre los deberes típicos de la fase preconstitucional se encuentran los deberes de información, de lealtad y de protección, que se manifiestan en los diversos supuestos que dan lugar a la responsabilidad precontractual, como vamos a mostrar al analizarlos.

El comportamiento que vulnera algunos de los deberes que la buena fe impone en el período de tratos preliminares es antijurídico, y por ello permite aplicar las normas de la responsabilidad contractual si se estima que entre las partes existe una relación obligatoria análoga a la que se deriva del contrato, o sobre la responsabilidad extracontractual por la exis-

(6) ALONSO PÉREZ, *La responsabilidad precontractual*, RCDI, 1971, pp. 889 y 916; LASARTE, *Principios de Derecho civil*, 3, Madrid, 1994, p. 66; LUNA, *Elementos de Derecho civil*, II-2, Barcelona, 1987, p. 95.

tencia de un daño que deriva de un comportamiento antijurídico y culpable (art. 1.902 CC).

III. LA NATURALEZA DE LA RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL

Uno de los problemas más debatidos que plantea la responsabilidad precontractual es el relativo a la determinación de su naturaleza. Se cuestiona si se trata de una modalidad de responsabilidad contractual o, por el contrario, de la extracontractual. Cabe incluso preguntarse si se trata de una responsabilidad *sui generis*, no encuadrable ni en la contractual ni en la extracontractual.

Es necesario decidir cuál de las regulaciones de los dos grandes tipos de responsabilidad debe ser aplicada a los casos de *culpa in contrahendo*, teniendo en cuenta que subsisten diferencias relevantes en la disciplina jurídica de la responsabilidad contractual y de la responsabilidad extracontractual (carga de la prueba de la culpa o negligencia, plazo de la prescripción de la acción indemnizatoria, extensión de la indemnización y competencia de los tribunales).

La teoría que encuentra el fundamento normativo de la responsabilidad precontractual en el artículo 1.902 CC es la dominante en nuestro Derecho, que establece el principio general *neminem laedere*.

La presencia del artículo 1.902 CC y la aludida falta de disposiciones como las contenidas en los artículos 1.337 y 1.338 CC italiano han determinado que la doctrina mayoritaria en nuestro Derecho no haya tenido que realizar un gran esfuerzo teórico para justificar la naturaleza aquiliana de la responsabilidad precontractual.

La violación de cualquiera de los deberes precontractuales, derivados del principio de la buena fe, define la antijuridicidad de la conducta, con la obligación de reparar el daño causado de acuerdo con el artículo 1.902 CC. Al imponerse un comportamiento según la buena fe y vulnerarse alguno de los deberes que de la misma derivan, el resultado lesivo es injusto, siendo plenamente aplicable el artículo 1.902 CC.

La noción tan extraordinariamente amplia de ilícito civil que aparece en el artículo 1.902 CC, sin tipicidad del daño, hace innecesario acudir a las reglas de la responsabilidad contractual, siendo evidente que no hay contrato en el período contractual ni una auténtica relación obligatoria semejante a la que deriva del contrato.

Es, desde luego, indudable que el solo hecho de ponerse en relación dos personas a fin de negociar la conclusión de un contrato establece entre ellas una cierta conexión y crea un estado de recíproca confianza que no debe

ser defraudado, ya que una y otra se deben un mínimo de lealtad en el trato; sin embargo, atribuir carácter contractual a esa relación parece un tanto excesivo; decir que por ese solo hecho nace una relación contractual, en cuanto ambas partes convienen entre sí, previamente a la perfección del contrato a que sus conversaciones se dirigen, otro contrato preliminar por el que recíprocamente se obligan a guardarse la fe y lealtad debidas, parece atribuir a tal relación una trascendencia que está muy lejos de ajustarse a la realidad de los hechos. Ciertamente que tal obligación existe, pero no porque así se haya convenido por las partes, cuya voluntad, en realidad, no ha querido todavía producir vínculo alguno, sino tan sólo por una norma de carácter general que en todo caso excluye la mala fe y el fraude en las relaciones humanas. Cuando culposa o dolosamente se infieren a otros perjuicios con ocasión de la frustración de un contrato proyectado o de la nulidad de uno ya perfecto, surge una responsabilidad culposa que da derecho a exigir el resarcimiento. Esta responsabilidad nunca podrá ser de tipo contractual por la sencilla razón de que ninguna vinculación de tal carácter ha podido producirse: nos encontramos, por tanto, ante un caso de culpa extracontractual o aquiliana derivada del hecho ilícito (7).

No puede considerarse decisivo, a efectos de que la *culpa in contrahendo* tenga naturaleza contractual, que exista un contacto entre dos esferas de intereses para que nazca una relación obligatoria, pues también a efectos de la responsabilidad aquiliana, ligada a la violación del genérico deber de *alterum non laedere*, es siempre necesario un contacto que someta la esfera de interés de un sujeto a la concreta posibilidad de injerencia por parte de otra persona.

El mayor inconveniente para admitir la existencia de una relación obligatoria en el período de formación del contrato es que todo el contenido de la misma está, en principio, indeterminado y a reserva de su fijación tras un juicio de buena fe. Tal imprecisión nos acerca poderosamente al campo que, por antonomasia, sanciona la causación de daño a cualquier sujeto de la colectividad, es decir, la extracontractual.

Debido al cómodo expediente que representa el artículo 1.902 CC, cabe pensar que en las instancias jurisdiccionales se ha de tender con mayor probabilidad a tomar este precepto como fundamento indemnizatorio en casos de invalidez contractual o de interrupción de negociaciones (8).

Se puede hablar de una obligación para las partes de comportarse de buena fe durante el período de formación del contrato, postulando la extensión a dicho período de la exigencia de buena fe que establece el artículo

(7) Cossío, *Instituciones de Derecho civil*, I, rev. por Cossío MARTÍNEZ y LEÓN ALONSO, Madrid, 1991, pp. 436-437.

(8) ASÚA, *La culpa «in contrahendo»*, Bilbao, 1989, pp. 258 y 360.

1.258 CC. Las violaciones de ese deber general de buena fe deberán ser reconducidas al artículo 1.902 CC a falta de una normativa legal y de unas decisiones jurisprudenciales que permitan clarificar el tema (9).

Otro importante sector doctrinal propugna, sin embargo, que los tratos preliminares dan lugar a una relación obligatoria *sui generis* que sería la relación precontractual, a la que autores alemanes también han denominado relación contractual de carácter preparatorio o relación derivada de un contacto social o negocial (10). En nuestra doctrina (11) se considera que los tratos preliminares son el elemento objetivo de una relación jurídica precontractual, el cual está constituido por el conjunto de actos, conversaciones, contactos, etcétera, que forman la etapa *in contrahendo*. Actividad o proceso que forman lo que en la técnica germánica se denomina contacto social, instaurado entre las partes a los efectos de preparar el contenido del posible negocio.

El contenido de la relación precontractual es determinado por el principio de la buena fe en sentido objetivo, que impone a las partes una serie de deberes de conducta que tienen carácter relativo en el sentido de que sólo

(9) MANZANARES, *La naturaleza de la responsabilidad contractual o culpa «in contrahendo»*, ADC, 1985, p. 1009.

(10) La teoría del contacto social (*Sozialer Kontakt*) fue formulada por DÖLLE (*Ausgesetzte Schuldlichkeiten*, Zgesstw, 103, 1943, pp. 67 ss.). El contacto social es aquel que se establece entre personas que se relacionan en el ámbito jurídico sin llegar a hacerlo mediante un contrato. Los tratos que preceden a la celebración de un contrato constituyen un supuesto de contacto social, el cual genera una situación de confianza, de la que nacen determinados deberes (*Schuldlichkeiten*), que encuentran apoyo en los parágrafos 157 y 242 BGB.

Sobre la doctrina del contacto social y su crítica, CANARIS, *Ansprüche wegen positiver Vertragsverletzung und Schutzwirkung für Dritte bei nichtigen Verträgen*, JZ, 1965, p. 479, nota 40, y KRAMER, *München Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 2, München, 1985, p. 37.

LARENZ (*Lehrbuch des Schuldrechts*, I, München, 1982, pp. 100 ss.) se refiere a la existencia de una relación obligatoria legal sin deber de prestación primario que deriva de un contacto negocial (*geschäftlichen Kontakt*). También HEINRICHS, en PALANDT, *Bürgerliches Gesetzbuch*, cit., p. 317.

En nuestra doctrina, PUIG BRUTAU (*Fundamentos de Derecho civil, II-I*, Barcelona, 1978, pp. 226-227), siguiendo a DÍEZ-PICAZO, observa que, aunque todavía entre los interesados no hay una verdadera relación jurídica antes de la perfección del contrato, es evidente que hay una relación social o un contacto social, como dicen los autores alemanes.

DÍEZ-PICAZO (*Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, I, Madrid, 1993, pp. 275-276) destaca la solidez que presenta la tesis de la existencia de la relación precontractual, nacida del contacto social. El hecho de ponerse en contacto dos personas a fin de negociar la conclusión de un contrato establece entre ellas una cierta conexión y crea un estado de recíproca confianza que no debe ser defraudado, pues una y otra se deben un mínimo de lealtad en los tratos.

(11) ALONSO PÉREZ, *La responsabilidad precontractual*, cit., p. 863.

éstas deben observarlos y exigirlos. La aplicación del principio de la buena fe presupone un especial vínculo obligatorio: nos indica que estamos ante un deudor y un acreedor.

En el marco de los tratos preliminares, las obligaciones que se presentan como expresión de la buena fe tienden a la promoción y satisfacción de las expectativas de un determinado sujeto y, por tanto, se diferencian de las originadas en el artículo 1.902 CC, que se dirigen únicamente a proteger, no a realizar el interés ajeno.

El argumento más utilizado para defender la teoría contractualista es que el deber de comportarse según la buena fe en el período formativo del contrato implica un verdadero deber *inter partes* y no un deber absoluto frente a todos, lo cual explica que los daños derivados de su incumplimiento generen responsabilidad contractual.

La responsabilidad precontractual exige reglas propias. De un lado, su base inmediata en la buena fe, de contenido idéntico a la contractual, la alejan de la responsabilidad por hecho ilícito, manifestación genérica del *alterum non laedere* (12).

La responsabilidad precontractual no se basa en la violación del deber genérico *alterum non laedere*, sino en el quebrantamiento de la lealtad y confianza que las partes se deben recíprocamente por el hecho de entrar en negociación. El apoyo exclusivo en el principio que impone la responsabilidad extracontractual (art. 1.902 CC) parece demasiado vago y tendría el inconveniente de que la acción prescribiría en el breve plazo de un año (art. 1.968.2.º CC). No parece lo más apropiado salir de la responsabilidad contractual para quedar sólo bajo el principio general que prohíbe causar daño a otro, en los términos genéricos a los que se refiere el artículo 1.902 CC. La responsabilidad precontractual ha de representar una protección más concreta a quien sufre un daño ocasionado por una conducta desleal, dolosa o gravemente culposa frente a la otra parte (13).

La teoría que justifica la responsabilidad precontractual como responsabilidad aquiliana no explica el entronque del supuesto con la idea de daño resarcible. La responsabilidad aquiliana presupone un acto antijurídico (lo que se ha llamado falta o delito civil), que no puede encontrarse en el terreno en que las partes se mueven con libertad. En otro sentido, puede decirse que el daño resarcible (*ex art. 1.902 CC*) ha de ser un daño injusto por constituir una injusta lesión de bienes o intereses que se encuentren jurídicamente protegidos. Si se aludiera al principio

(12) ALONSO PÉREZ, *La responsabilidad precontractual*, cit., p. 904.

(13) PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil*, II-I, cit., pp. 228-229; LUNA, *Elementos de Derecho civil*, II-2, cit., p. 229.

neminem laedere, habría que explicar por qué se puede hablar de lesión (14).

La doctrina contractualista es dominante, sobre todo, en Alemania (15). La existencia de deberes precontractuales que derivan de una relación obligatoria de carácter legal (*ein gesetzliches Schuldverhältnis*), cuya vulneración se sanciona según las normas contractuales, constituye un lugar común de la doctrina y la jurisprudencia alemanas, reconociéndose a este principio el carácter de costumbre jurídica.

Se configura la relación preparatoria como relación de confianza: el que se halla en situación *in contrahendo* confía en que la otra parte no violará ninguno de los deberes precontractuales que le corresponden, deberes que en cada caso concreto se determinarán según las exigencias de la buena fe.

Se advierte claramente la influencia de la doctrina de JHERING en favor de la naturaleza contractual de la responsabilidad por *culpa in contrahendo*. JHERING, basándose en las fuentes romanas, llegó a la conclusión de que en aquellos casos en los que el contrato es nulo (venta de una *res extra commercium* o de una herencia inexistente) se puede, con apoyo en el mismo contrato, exigir una reparación por los daños sufridos. La aparente contradicción entre la *actio ex contractu* y la nulidad se supera considerando que el contrato celebrado, aunque sea nulo, produce diversos efectos, entre los que destaca la indemnización de los daños sufridos por el contratante que ha confiado en la validez del contrato. La acción se interpondrá frente al que incurrió en *culpa in contrahendo* (16).

Además de la influencia de la doctrina de JHERING, dos factores han contribuido decisivamente para que se considere aplicable la normativa que disciplina la responsabilidad contractual. De una parte, el régimen de la responsabilidad extracontractual configurado por el BGB (§§ 823 y sigs.) ha sido determinante para que la *culpa in contrahendo* se haya incardinado en el ámbito contractual: fue preciso buscar un principio que permitiese encon-

(14) DIEZ-PICAZO, *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, I, cit., p. 275.

(15) Sobre esta cuestión, con exhaustiva información sobre la jurisprudencia decididamente favorable a aplicar la normativa contractual, incluso cuando surge la responsabilidad por incumplimiento de un deber de protección, BATTES, en ERMANN, *Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, I, Münster, 1981, pp. 660 ss.; BROX, *Allgemeines Schuldrecht*, München, 1991, pp. 55 ss.; EMMERICH, *Das Recht der Leistungsstörungen Gesetzbuch*, 2, München, 1985, pp. 567 ss.; ESSER y SCHMIDT, *Schuldrecht*, I, Heidelberg, 1984, p. 435 ss.; GERNHUBER, *Das Schuldverhältnis*, Tübingen, 1989, pp. 172 ss.; HEINRICHS, en PALANDT, *Bürgerliches Gesetzbuch*, cit., p. 317; LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts*, I, cit., pp. 100 ss.; LÖWISCH, *Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Recht der Schuldverhältnisse*, 2, Berlin, 1989, pp. 14 ss.; MEDICUS, *Schuldrecht*, I, München, 1993, pp. 55 ss., y «Die culpa in contrahendo zwischen Vertrag und Delikt», en *Festschrift für Max Keller zum 65 Geburtstag*, Zürich, 1989, pp. 206 ss.; WIEDEMANN, en SOERGEL, *Bürgerliches Gesetzbuch*, 2-I, Stuttgart-Berlin-Köln, 1990, pp. 598 ss.

(16) JHERING, *Culpa in contrahendo*, cit., p. 27.

trar fundamento indemnizatorio para daños que no encontraban acomodo en los parágrafos 823 y 826 BGB. Según esta normativa sólo serán **indemnizables** los perjuicios patrimoniales si se han irrogado vulnerando una ley protectora (§ 823.2.º) o mediante una actuación dolosa (§ 826), pero no aquellos en cuya producción sólo ha intervenido negligencia. Los denominados daños primariamente patrimoniales, no contemplados específicamente en el parágrafo 823.1.º, que han sido provocados de forma negligente, quedan fuera del resarcimiento por vía extracontractual. De otra parte, en el ámbito extracontractual la responsabilidad del principal por daños causados a terceros por sus auxiliares se rige según el criterio establecido por el parágrafo 831. En virtud del mismo, el responsable de una actividad o el que se sirve de otro para realizar una función, si bien está obligado, en principio, a reparar el daño causado por su auxiliar, puede exonerarse de tal obligación si demuestra que en la elección y supervisión del mismo empleó la diligencia al uso. Este criterio es distinto del previsto en el parágrafo 278 para el ámbito contractual, pues este precepto establece que el deudor no puede de ninguna manera exonerarse de la responsabilidad derivada de los daños causados por las personas de las que se ha servido para realizar la prestación. Pretendiéndose evitar la exoneración del *dominus negotii* —posible consecuencia del § 831— por actuaciones negligentes de sus auxiliares ante los daños sufridos por un eventual cliente en la fase de preparación del contrato, la doctrina y la jurisprudencia alemanas han recurrido a una responsabilidad similar a la contractual para solucionar esta problemática, secuestrándola a la disciplina extracontractual y aplicando, en definitiva, el parágrafo 278 BGB (17).

Estos dos argumentos no son decisivos, sin embargo, en nuestro Derecho, ya que el Ordenamiento español cuenta con una noción general del ilícito civil, sin tipicidad del daño, suficientemente amplia como para albergar las diferentes violaciones del deber *alterum non laedere* (art. 1.902 CC). Con ello desaparece la principal razón que ha llevado a los autores y tribunales alemanes a entender la *culpa in contrahendo* como una forma de responsabilidad contractual.

También es preciso destacar que tanto nuestra jurisprudencia como nuestra doctrina han objetivado en buena medida la responsabilidad extracontractual del empresario por los daños causados por sus dependientes, entendiendo además en sentido muy amplio la noción de dependencia (art. 1.903.4.º CC). Es evidente la progresiva relajación sufrida por el concepto de dependencia y el rigor exigido en la prueba exculpatória del empresario,

(17) Sobre estos motivos, MEDICUS, *Die culpa in contrahendo zwischen Vertrag und Delikt*, cit., pp. 206-209, y *Verschulden bei Vertragsverhandlungen*, en *Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts*, I, Köln, 1981, pp. 409 ss.

de tal manera que el Tribunal Supremo ha hecho prácticamente inviable esta excepción al pedir tan rigurosas pruebas de diligencia que ésta casi nunca juega como circunstancia exculpatoria, con lo que la responsabilidad (ex art. 1.903.4.º) se constituye realmente como un supuesto de responsabilidad objetiva (18), que es la existente en materia contractual (19).

No faltan autores que afirman que la *culpa in contrahendo* constituye un *tertium genus* de responsabilidad, teniendo en cuenta, para configurar su régimen, tanto normas que son propias de la responsabilidad contractual como otras que lo son de la extracontractual (20).

A nuestro juicio, la heterogeneidad de los supuestos que se sitúan en el marco de la responsabilidad contractual explica que la obligación resarcitoria que nos ocupa no admita un único e indiscutible encasillamiento; permite, sin duda, la ubicación extracontractual, pero en no pocas ocasiones tal vez encuentre encaje en el marco contractual. Una reflexión de esta naturaleza exige el análisis de las diferentes situaciones en las que puede aislarse un supuesto de *culpa in contrahendo* a fin de delimitar sus características estructurales y el régimen jurídico que se presenta adecuado al sistema (21).

La consideración de un *tertium genus* de responsabilidad para caracterizar a la *culpa in contrahendo* puede ser admisible a nivel dialéctico o como una expectativa de *lege ferenda*, pero mientras ese *tertium genus* no tenga unas normas que lo disciplinen sólo podrá considerarse la *culpa in contrahendo* como contractual o extracontractual.

Por todo lo dicho, es necesario decidir cuál de* las regulaciones de los dos grandes tipos de responsabilidad debe ser aplicada a los casos de *culpa in contrahendo*, teniendo en cuenta que subsisten diferencias relevantes en la disciplina jurídica de la responsabilidad contractual y de la responsabilidad extracontractual, como dijimos anteriormente. Una respuesta unívoca no puede ser ofrecida realizando una calificación apriorística de la responsabilidad precontractual. Los hechos susceptibles de ser recogidos bajo esa

(18) DE ANGEL, *Tratado de responsabilidad civil*, Madrid, 1993, p. 351 ss.

(19) JORDANO FRAGA, *La responsabilidad del deudor por los auxiliares que utiliza en el cumplimiento*, Madrid, 1994, p. 345 ss.

(20) Aparecen voces en la doctrina alemana a favor de una responsabilidad por confianza (*Vertrauenshaftung*) con caracteres propios (CANARIS, *Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht*, München, 1971). Uno de los exponentes más característicos de esta responsabilidad es la *culpa in contrahendo*.

CANARIS (*Schutzgesetze-Verkehrspflichten-Schutzpflichten*, en *Festschrift für Karl Larenz zum 80 Geburtstag*, München, 1983, p. 102 ss.), destaca la autonomía de la responsabilidad por incumplimiento de un deber de protección que se produce en el período precontractual, y su inclusión en el *Vertrauenshaftung*.

(21) GARCÍA RUBIO, *La responsabilidad precontractual en el Derecho español*, Madrid, 1991, pp. 22-23.

unitaria denominación presentan unos perfiles profundamente heterogéneos que difícilmente hacen posible un tratamiento uniforme. Por ello la mejor manera de solventar la cuestión planteada es decidir, en cada hipótesis concreta de *culpa in contrahendo*, cuál es la modalidad que mejor se le adapta.

IV. EL CRITERIO PARA DETERMINAR LA MEDIDA DEL RESARCIMIENTO: EL INTERÉS NEGATIVO Y EL INTERÉS POSITIVO

JHERING, en el estudio anteriormente citado, al referirse al *quantum* de la indemnización existiendo *culpa in contrahendo*, propuso el criterio del interés negativo.

Para JHERING, el interés positivo implica ser colocado patrimonialmente, como si el contrato hubiera desplegado su efecto principal: el cumplimiento. Cuando el interés es negativo debido a la nulidad del contrato, la reclamación habrá de dirigirse a restablecer la situación patrimonial que existiría si no se hubiera contratado. En el interés negativo se incluyen tanto las pérdidas efectivamente sufridas —gastos de celebración del contrato— como las ganancias dejadas de obtener en relación a los contratos que se descharon por preferir el que finalmente resultó inválido (22).

Partiendo de la aportación de JHERING, es preciso profundizar en la delimitación de ambos tipos de intereses.

En caso de interés negativo, el responsable no tiene que indemnizar en la medida en que habría de hacerse por incumplimiento del contrato, sino en la medida correspondiente a la disminución patrimonial que se sufre y que se hubiera evitado si no se hubiese celebrado el contrato o no se hubiesen iniciado los tratos preliminares. Es decir, el otro tratante no tiene derecho a reclamar todas las ventajas que tendría si el contrato hubiera llegado a feliz término.

La limitación de la responsabilidad precontractual al interés negativo se basa en que el comportamiento lesivo en el período contractual ha determinado que, de una u otra forma, se está ante una situación en la que no existe contrato, por lo que la indemnización no podrá tender nunca a obtener las ventajas económicas que habrían derivado caso de que la contratación no se hubiese frustrado, sino que, partiendo de la no virtualidad de ningún contrato, se habrán de reparar los perjuicios que se han seguido de haber iniciado las conversaciones; en otras palabras, se tendrá que colocar al

(22) JHERING, *Culpa in contrahendo*, cit., p. 17 ss.

perjudicado como si no hubiese emprendido los contactos negociales. Las dos posibilidades planteadas responden, respectivamente, a la idea del interés positivo y negativo y, por lo tanto, en nuestro campo, la indemnización siempre se habrá de fijar de acuerdo a este último parámetro (23).

Frente a esta tesis hay que afirmar que ante la heterogeneidad de los casos de *culpa in contrahendo* no es oportuno sentar una regla general que no admita excepciones, de acuerdo con la cual la indemnización de los daños no puede sobrepasar en ningún caso el límite del interés negativo. La obligación resarcitoria que nos ocupa no admite un único e indiscutible encasillamiento. No es una exigencia institucional del sistema jurídico español que en las ocasiones en las que se produce responsabilidad precontractual el daño indemnizable coincida con el interés negativo, sino que en nuestro Derecho existen supuestos de *culpa in contrahendo* que llevan aparejada la indemnización del interés positivo o de cumplimiento (24). La vinculación entre *culpa in contrahendo* e interés negativo puede ser correcta en el Derecho alemán para algunos tipos previstos en el BGB, pero no está resuelto que lo sea para todos ni que sea institucionalmente necesario (25).

El empleo de la categoría encierra el peligro de que se pierda de vista que las aportaciones dogmáticas más significativas en torno a la responsabilidad precontractual han surgido pensando en otros ordenamientos diferentes (fundamentalmente el alemán y el italiano), adaptadas a las peculiaridades de los mismos. Por ejemplo, considerar que pueda ser una exigencia de la responsabilidad por *culpa in contrahendo* la limitación al interés negativo (26). Al construir la responsabilidad proveniente del *dolo in contrahendo* existe un peligro: trasladar al Derecho español planteamientos del problema y soluciones que no son adecuados a él, sino propios del Derecho alemán, en el que se ha formado la figura de la *culpa in contrahendo*. La importación de la categoría dogmática puede arrastrar la importación de soluciones propias del ordenamiento alemán. El problema se acentúa si se tiene en cuenta que aun dentro del Derecho alemán se ha producido cierta evolución en el tratamiento de la *culpa in contrahendo*.

Una de las manifestaciones del problema es la referente al interés que debe ser objeto de indemnización; a si el interés indemnizable ha de ser sólo el negativo o, por el contrario, alcanza el positivo. En este punto conviene hacer dos precisiones:

(23) ASÚA, *La culpa «in contrahendo»*, cit., p. 288.

(24) GARCÍA RUBIO, *La responsabilidad precontractual en el Derecho español*, cit., pp. 22 y 25.

(25) CARRASCO, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, dirigidos por ALBALADEJO, XV-1, Madrid, 1989, p. 429.

(26) MORALES, *El dolo como criterio de imputación de responsabilidad al vendedor por los defectos de la cosa*, ADC, 1982, p. 629, nota 123.

a) No existe razón suficiente en nuestro Ordenamiento que imponga unificar el tratamiento indemnizatorio de todos los supuestos de responsabilidad que puedan tener encaje en la responsabilidad por *culpa in contrahendo*. La *culpa in contrahendo* genera responsabilidad, pero en nuestro CC no se establece una regla sobre un régimen uniforme y, menos, que la indemnización por *culpa in contrahendo* deba siempre referirse al interés negativo.

b) Nuestro CC no utiliza los conceptos de interés positivo y negativo como criterio legal de delimitación del daño resarcible, tal como ocurre en otros Ordenamientos. Lo que prevalece en la construcción de la responsabilidad y delimitación del daño es la relación de causalidad. En el Ordenamiento suizo se ha mantenido que el daño a reparar en las hipótesis de responsabilidad contractual es todo aquel que se encuentre en relación de causa a efecto con el comportamiento dañoso, sin más límites que los derivados de la relación de causalidad, la cual es el único criterio de distinción válido para decidir qué daño es o no resarcible. El daño indemnizable es el daño causado, delimitado según los criterios que ofrece el Código (cfr. arts. 1.101, 1.902 y 1.107 CC). No obstante, la distinción entre el interés positivo y negativo puede ser útil, aun dentro de nuestro Ordenamiento, para referirnos al efecto, al daño que deba ser indemnizable en cada caso. Pero el daño indemnizable no resulta de una exigencia legal de indemnizar un determinado interés (27).

Este criterio lo tendremos en cuenta, como es lógico, al examinar cada uno de los casos de responsabilidad precontractual.

V. LA IMPUTABILIDAD Y LA CARGA DE LA PRUEBA

Se ha estimado que la responsabilidad precontractual surge por una conducta dolosa o cuasidolosa. No por la mera negligencia, sin cualificar por una actuación intencionada. Así lo exigen las necesidades del tráfico y la autonomía de la voluntad como eje central de la etapa preparatoria del negocio (28). Sin embargo, el afirmar que sólo las conductas dolosas pueden dar lugar a esta responsabilidad supondría, en la práctica, que no se exigiera responsabilidad por numerosas actuaciones precontractuales, porque en la mayor parte de las ocasiones podrán juzgarse como negligentes pero no dolosas (29).

(27) MORALES, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, dirigidos por ALBALADEJO y DÍAZ ALABART, XVII-1 B, Madrid, 1993, pp. 411-412.

(28) ALONSO PÉREZ, *La responsabilidad precontractual*, cit., p. 909.

(29) ASÚA, *La culpa «in contrahendo»*, cit., p. 286.

Se impone como obligación la *diligencia in contrahendo*. No sólo las relaciones contractuales existentes, sino las que están en formación, deben quedar bajo la protección de las reglas sobre la culpa, pues en caso contrario cada contratante correría el peligro de ser sacrificado por la negligencia ajena (30).

La violación del deber precontractual genera la obligación de resarcir el daño causado, por lo que la carga de la prueba que recae sobre el perjudicado se circunscribe, en rigor, a la demostración de la relación de causalidad entre el daño y la inobservancia del deber precontractual. Acreditada la violación del deber, difícilmente podrá exculparse el que lo ha incumplido y ocasionado el daño.

VI. LOS SUPUESTOS DE RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL

Como ya hemos apuntado, las hipótesis agrupadas bajo la idea de responsabilidad precontractual no son absolutamente homogéneas y merecen de algún modo un tratamiento diferente (31).

Desde luego, no es admisible limitar el problema de la responsabilidad precontractual al de la ruptura injustificada de las conversaciones preliminares.

Las hipótesis en las que opera la responsabilidad precontractual tienen un elemento aglutinador, que es el de haberse producido daños como consecuencia de actuaciones en la fase de preparación del contrato que están en contra de la buena fe *in contrahendo*. Una formulación tan amplia permite acoger supuestos de muy distintas características.

Atendiendo a los grupos de casos, hay que tener en cuenta los siguientes: el de la responsabilidad precontractual cuando el contrato no se celebra; el de la responsabilidad precontractual cuando el contrato es inválido; el de la responsabilidad precontractual cuando el contrato es válido. Hay una serie de casos de dudosa incardinación en la responsabilidad precontractual: los que se refieren al incumplimiento de un deber de protección, de custodia o de secreto. Finalmente, una problemática especial surge cuando uno de los sujetos que intervienen en los tratos preliminares es un consumidor, tal como lo define la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (LCU) de 19 de julio de 1984.

(30) Cossío, *Instituciones de Derecho civil*, I, cit., p. 436.

(31) Díez-Picazo, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, I, cit., p. 278; GARCÍA RUBIO, *La responsabilidad precontractual en el Derecho español*, cit., p. 22; MORALES, *El dolo como criterio de imputación*, cit., p. 629.

Esta idea es también destacada por la doctrina alemana. EMMERICH (*Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 2, cit., p. 567) señala que desde el punto de vista de la culpa en las negociaciones contractuales son agrupados casos diversos.

VII. LA RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL CUANDO EL CONTRATO NO SE CELEBRA

1. LA RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL POR RUPTURA INJUSTIFICADA DE LAS NEGOCIACIONES

Si durante los tratos preliminares una de las partes hace surgir en la otra razonable confianza de que el contrato que se negocia será concluido y, posteriormente, interrumpe dichas negociaciones sin que exista un justo motivo, está obligada a resarcir los daños que la otra parte sufra como consecuencia de dicha ruptura.

El elemento fundamental del caso que examinamos radica en la creación de una razonable confianza en la conclusión del contrato.

La piedra de toque para aclarar el tema del justo o injusto motivo de ruptura de las conversaciones preliminares es la protección de la confianza.

Mientras no haya confianza no se podrá hablar de motivo injustificado de la ruptura. Con lo cual la determinación de si existe o no justo motivo para romper las negociaciones viene determinada por averiguar si existe o no una razonable confianza en la conclusión del contrato.

Cuando en las conversaciones preliminares una de las partes haya suscitado con su actuación la confianza de la otra parte en la conclusión del contrato, el mero arbitrio en la ruptura determinará responsabilidad, pues en este caso la protección de la confianza aparece como más protegible que la mera arbitrariedad.

La confianza es suscitada por unos hechos concluyentes de una de las partes en las negociaciones, pues es provocada por actos o actitudes que se consideran vinculantes para la persona que los lleva a cabo.

En las conversaciones preliminares es perfectamente posible que una de las partes, con su actitud, haya creado en la otra parte la confianza en la conclusión del futuro contrato.

En el supuesto de ruptura injustificada de las conversaciones preliminares, confiando una de las partes en la conclusión del contrato, el conflicto de intereses se centra en el interés de la parte que pretende ejercitar su libertad de contratar, aunque sea de forma negativa (no contratando y rompiendo los tratos), y el interés de la parte que por haber confiado en la celebración del contrato experimenta un daño por causa de la ruptura. Se debe proteger este último interés porque ha sido la parte que pretende romper las negociaciones la que con su conducta a través de todos los tratos ha motivado la confianza de la otra parte en la conclusión del contrato. Esta apariencia puede incluso ser engañosa, en cuyo caso está más justificado lo que afirmamos.

Y con más razón aún cuando la confianza no se habría llegado a pro-

ducir de haber informado la parte que pretende romper de las circunstancias que rodeaban la contratación y que la otra parte habría estado interesada en conocer (incumplimiento del deber de información).

La buena fe, que informa de la relación precontractual, implica la tutela de la confianza que una parte depositó en las negociaciones, proyectos y comunicación de planes que le hizo la contraparte: protección por haber confiado **según** los usos del tráfico en la lealtad y honradez exigidas a quienes pretenden instaurar una vinculación jurídica.

En el ámbito del Derecho alemán, la idea de protección de la confianza en el período de formación del contrato está muy extendida, hasta el punto de que la doctrina alemana establece casi unánimemente la ecuación «relación precontractual-relación de confianza» (32).

En las conversaciones preliminares se confía en la conclusión del contrato porque la actitud de una de las partes ha provocado esa apariencia. De alguna forma, confianza y apariencia se muestran aquí como términos interdependientes (33). Y esa apariencia-confianza debe ser en este caso una noción objetiva: es decir, en las conversaciones preliminares una de las partes en tratos puede llegar a confiar en la conclusión del contrato, no porque interiormente se haya formado la convicción de que la otra parte objetivamente considerada inducía a pensar efectivamente en tal conclusión. Cualquier persona media en situación y circunstancias similares habría confiado igual porque la conducta de la otra parte era suficiente para generar la confianza.

La confianza, para ser susceptible de tutela, debe traer causa de elementos objetivos y unívocos que sean, en cuanto tales, idóneos y suficientes para configurar la confianza como objetiva y razonablemente motivada.

Un dato básico para proteger la confianza en las negociaciones es el del estado en que se encuentran estas últimas. Parece evidente que cuando las conversaciones están en sus comienzos nadie puede confiar en que éstas desemboquen en el contrato deseado.

Una vez que se ha engendrado la confianza, para que la ruptura no dé lugar a responsabilidad es necesario que la ruptura sea justificada, entendiendo que existirá justificación cuando concurra un interés jurídicamente más tutelable que el de la confianza. Así, constituye causa justa de ruptura de las negociaciones, aunque una de las partes tenga una fundada confianza en la conclusión del contrato, el hecho de que reciba una oferta más favorable de un tercero, debiendo notificar dicha oferta a la contraparte en las

(32) ALONSO PÉREZ, *La responsabilidad precontractual*, cit., p. 869. Así lo destacan la mayor parte de los autores alemanes que citamos en nota 12.

(33) MANZANARES, «La responsabilidad precontractual en la hipótesis de ruptura injustificada de las negociaciones preliminares», *ADC*, 1984, p. 707.

negociaciones para que **decida** si puede o no ajustar sus propuestas a la nueva situación, pues se debe entender como interés jurídicamente **prevalente** el de la realización de negocios jurídicos ventajosos. También debe ser justa causa de ruptura una alteración sobrevenida de las condiciones que sirvieron de base a las negociaciones, pues lo contrario sería afirmar que hay que realizar contratos gravosos.

Una vez creada la confianza de libertad de las partes para romper en cualquier momento las negociaciones queda subordinada al requisito de que exista una justa causa, pues de otra forma se produciría un daño a la contraparte que hay que calificar como injusto.

Existe una peligrosa indeterminación de la justa causa de la ruptura, que debe ser puesta en relación con los deberes de buena fe y de lealtad y con lo que razonablemente pueda esperarse de personas colocadas en una situación semejante (34).

El daño resarcible ha de guardar una estrecha relación con la situación de confianza. Es decir, debe existir una relación de causalidad entre este daño y la confianza suscitada. Por ello, no son resarcibles los gastos que se han llamado especulativos o que constituyen un riesgo implícito en todo negocio. Así, por ejemplo, los gastos de publicidad o de propaganda que se efectúan en provecho exclusivo de quien los hace (35).

Tanto en el supuesto en que las negociaciones fueran iniciadas de mala fe, sin propósito legal de concluir el contrato en ningún momento, como en el caso de la ruptura injustificada de las negociaciones que fueron iniciadas y proseguidas de buena fe, el deber de indemnizar por *culpa in contrahendo* encuentra su fundamento en el artículo 1.902 CC (36). La Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de mayo de 1988 (37), en un caso aparente de ruptura injustificada de las negociaciones preliminares, afirma que la *culpa in contrahendo*, al faltar relación contractual, se nos ofrece como aquiliana, puesto que no puede negarse que exista una violación del principio *neminem laedere*, siendo aplicable el artículo 1.902 CC. Hay que observar que atendiendo a los hechos de la sentencia resulta invocada incorrectamente la *culpa in contrahendo*. La misma hace referencia a una conducta ilícita en la prepa-

(34) DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, I, cit., p. 279.

(35) MANZANARES, *La responsabilidad precontractual*, cit., pp. 741-743.

(36) ALBALADEJO, *Derecho civil*, II-1, Barcelona, 1989, p. 403; CARRASCO, *Comentarios*, XV-1, cit., p. 429; Cossío, *Instituciones de Derecho civil*, I, cit., pp. 264-265; DE LOS MOZOS, *El principio de la buena fe*, Barcelona, 1965, p. 223; DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, II, Madrid, 1993, p. 81; MANZANARES, *La naturaleza de la responsabilidad precontractual o culpa «in contrahendo»*, cit., p. 1009; MORENO QUE-SADA, *La oferta de contrato*, Barcelona, 1963, pp. 42 ss.

(37) Comentada por ASÚA, *CCJC*, 1988, núm. 17, pp. 513 ss., y GARCÍA RUBIO, *La Ley*, 1989-4, pp. 1112 ss.

ración del contrato y éste es el presupuesto ausente en el caso, ya que no estamos ante la preparación o formación de un contrato (en este caso de trabajo), sino ante su ejecución. ¿Por qué, entonces, se ha referido el Tribunal Supremo a la *culpa in contrahendo*? Pues sin duda porque a primera vista las circunstancias se aproximan bastante a las de una ilícita interrupción de las negociaciones: se ha hecho confiar en que se produciría un traslado y el mismo no se ha verificado, derivándose de todo ello daños (38).

Si la ruptura injustificada de las negociaciones preliminares no puede recibir en nuestro Derecho otro régimen que el propio de la responsabilidad extracontractual, con esto queda igualmente dicho que la cifra de responsabilidad no puede ser nunca un eventual interés de cumplimiento en el contrato que se frustra. El resarcimiento se circunscribe, como afirma la doctrina de manera prácticamente unánime, al interés negativo (39).

Se ha considerado que los daños resarcibles a causa de la esterilidad de una negociación no deben comprender la pérdida de ofertas más favorables. La existencia de una ocasión más provechosa o ventajosa es un motivo justo de retirada, y si la parte no la aprovechó sólo a ella le es imputable. Hay que tener en cuenta, además, las dificultades de prueba que tendría la demostración de esas eventuales oportunidades negociales (40). Sin embargo, nuestro CC declara expresamente que las partidas integrantes del daño indemnizables son las pérdidas efectivamente sufridas y las ganancias dejadas de obtener; la dificultad de acreditación que tienen estas últimas quizá explique la restrictiva postura de nuestros tribunales a la hora de decretar indemnizaciones por razón de lucros frustrados, pero en manera alguna justifica que tales lucros deban ser excluidos como partida a resarcir. Resulta, pues, incuestionable que el interés de confianza abarca, cuando menos potencialmente, tanto las pérdidas efectivamente sufridas como los beneficios dejados de obtener; debe, por tanto, considerarse errónea la tesis según la cual han de excluirse los lucros cesantes como partidas computables del citado interés (41).

(38) ASÚA, *CCJC*, 1988, núm. 17, p. 526.

(39) Ver autores citados en nota 36.

(40) Con amplitud, MANZANARES, *La responsabilidad precontractual*, cit., pp. 747-748.

(41) GARCÍA RUBIO, *La responsabilidad precontractual en el Derecho español*, cit., pp. 242-242.

2. LA RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL CUANDO UNA DE LAS PARTES, HABIÉNDOSE ALCANZADO UN ACUERDO, SE NIEGA A SUSCRIBIR EL DOCUMENTO QUE SE REQUIERE PARA LA PROPIA EXISTENCIA DEL CONTRATO

Es evidente que deben ser resarcidos aquellos daños que puedan haber sido originados sobre la base de la confianza suscitada por el acuerdo logrado cuando la parte que se niega a suscribir el documento carece de una justa causa para hacerlo. Implica una conducta contraria a la buena fe *in contrahendo* oponerse a la documentación del acuerdo a fin de que nazca el contrato en la medida en que esta conducta defrauda la confianza legítima de la otra parte. Este caso se reconduce al supuesto general de ruptura injustificada de las negociaciones (42). La antijuridicidad de la conducta radica en hacer confiar en la realización del contrato y luego negarse sin motivo fundado al otorgamiento de la forma correspondiente. La indemnización se extiende al interés negativo por las mismas consideraciones que lo justifican en caso de ruptura injustificada de las negociaciones.

VIII. LA RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL CUANDO EL CONTRATO ES INVALIDO

1. CONSIDERACIONES GENERALES

Los casos de responsabilidad interviniendo la invalidez contractual constituyen un grupo específico y bien diferenciado dentro de la *culpa in contrahendo*. Como dijimos anteriormente, la invalidez contractual está ligada a la responsabilidad precontractual desde que JHERING formulara su famosa teoría sobre la *culpa in contrahendo*, tratando de configurar la responsabilidad de una de las partes en la realización de un contrato inválido. Se trata de encontrar un fundamento indemnizatorio para la reparación de los daños experimentados por haber confiado en la validez de un contrato nulo, y tal preocupación tuvo reflejo en el BGB (§§ 122, 179, 307 y 309) (43). Igual fundamento está presente en el artículo 1.338 CC italiano, a cuyo tenor la parte que conociendo o debiendo conocer la existencia de una causa de invalidez del contrato no lo ha comunicado a la otra parte está obligada a reparar el daño que ésta ha sufrido por haber confiado, sin su culpa, en la validez del contrato (44).

(42) Díez-PICAZO, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, I, p. 276.

(43) Cfr. EMMERICH, *Das Recht der Leistungsstörungen*, cit., p. 34, y MEDICUS, *Schuldrecht*, I, cit., p. 56.

(44) Sobre este precepto, amplia referencia doctrinal en nota 2.

Se comprenden los supuestos de ineficacia contractual cuyas causas conocidas o debiendo serlo por una parte no se pusieron en conocimiento de la otra. La parte que incumple el deber precontractual de información queda obligada a reparar el daño que la otra pueda haber sufrido por confiar sin su culpa en la validez del contrato.

El supuesto se da también en aquellos casos en que el hecho determinante de la falta de validez, aunque no fuera realmente conocido por la parte, hubiera debido serlo si hubiese obrado con la diligencia que le correspondía.

La ineficacia contractual puede, por tanto, producir otros efectos aparte de la nulidad, anulabilidad o rescisión del contrato. Nos referimos con ello a la posibilidad de que el contratante perjudicado obtenga una reparación de daños y perjuicios.

Cuando el contrato es nulo absolutamente, el contratante de buena fe, es decir, quien desconocía o podía razonablemente desconocer la causa de nulidad, debe ser indemnizado de los perjuicios que le ha producido la celebración de un contrato en tales circunstancias si no eran, o no debían serlo, desconocidas de la otra parte. Incurre ésta en *culpa in contrahendo* al no advertir a aquélla (conducta contraria a la buena fe).

El que contrata con un vicio en su voluntad producido por la contraparte puede pedir indemnización de daños y perjuicios, además de la anulación. Esta conclusión es lógica, pues no se ve razón para que ambas acciones no sean compatibles. En el artículo 1.124 CC se concede una acción de resolución junto con una acción de indemnización. Además, no es válido el argumento de que anulado el contrato quedan a salvo todos los perjuicios, porque esto no es cierto en muchas ocasiones (45).

Planteadas en estos términos la problemática de la responsabilidad precontractual cuando el contrato es inválido, parece oportuno profundizar en los supuestos de indemnización de daños y perjuicios por dolo causal, por error imputable a la parte que no lo ha padecido, por recaer sobre una prestación originariamente imposible, por contravenirse una prohibición legal y por haberse traspasado los límites del poder o haberse actuado sin él.

2. LA RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL POR DOLO CAUSAL

Ningún precepto del CC excluye la aplicación de la acción de resarcimiento en los casos de dolo causal, incluyendo la reticencia dolosa, que implica la violación intencional de una obligación precontractual de **informa-**

(45) Cossío, *El dolo en el Derecho civil*, Madrid, 1955, pp. 366-369; Díez-Picazo Y GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, II, cit., p. 123.

ción. Si la maniobra dolosa provocó el consentimiento, procederá la acción de anulabilidad, mas también la de resarcimiento por los daños que las maquinaciones previas al consentimiento originaron a la contraparte (46).

Sería incoherente exigir la indemnización en los casos de dolo causal y ofrecerla, en cambio, en los de dolo incidental y dolo de tercero, ya que la anulación no repara todos los daños que puedan ser indemnizados (47).

Si se dan maniobras dolosas, estaremos siempre ante los presupuestos necesarios para la intervención de la responsabilidad precontractual: relación de conversaciones (inequívocamente preparatoria de un contrato), vulneración de un deber precontractual (así se ha de calificar la inducción a error) y un daño patrimonial que no ha resultado reparado por la anulación.

Es indudable que se trata de dos acciones distintas, cuya causa última es la misma (el acto o conducta dolosos), pero cuyos supuestos de actuación son diferentes: la acción de anulación procede siempre que exista dolo causante de la contraparte; la acción de resarcimiento, sólo cuando, además de existir ese dolo, se hayan causado daños y perjuicios indemnizables. Independientes, además, en sus efectos en cuanto tienden, la una, a la nulidad del acto, y la otra, al resarcimiento; independientes en cuanto al plazo de su ejercicio, en cuanto la acción de nulidad tiene un plazo de vigencia de cuatro años, y la de resarcimiento, mantenida la vigencia del contrato, el plazo de prescripción ordinario de las acciones contractuales (48).

Nos hallamos ante un caso en que pueden ser oportunas dos acciones distintas, de efectos diferentes: la acción de anulación y la acción de responsabilidad. En principio, ambas son compatibles.

Cabe incluso que, con independencia de la anulación del contrato, la víctima del dolo pueda demandar indemnización de daños y perjuicios. La Sentencia del Tribunal de Casación francés de 4 de febrero de 1975 autoriza a la víctima del dolo a reclamar indemnización de daños y perjuicios a pesar de que hubiese prescrito la acción de nulidad. La Sentencia del Tribunal de Casación de 22 de mayo de 1989, en línea con las de 14 de noviembre de 1979 y 4 de octubre de 1988, considera que el derecho a demandar la nulidad de un contrato no excluye el ejercicio de una acción de responsabilidad delictual por la víctima de las maniobras dolosas cometidas durante

(46) ALONSO PÉREZ, *La responsabilidad precontractual*, cit., p. 916; Cossío, *El dolo en el Derecho civil*, cit., pp. 365-366; DELGADO, *Elementos de Derecho civil*, II-2, Barcelona, 1987, p. 388; GARCÍA RUBIO, *La responsabilidad precontractual en el Derecho español*, cit., pp. 166-167; MORALES, *Comentarios...*, XVII-1 B, cit., p. 432; ROJO AJURÍA, *El dolo en los contratos*, Madrid, 1994, pp. 118 ss.

(47) Cossío, *El dolo en el Derecho civil*, cit., p. 368; MORALES, *Comentarios...*, XVII-1 B, cit., p. 432.

(48) Cossío, *El dolo en el Derecho civil*, cit., pp. 366-367.

los tratos preparatorios a la conclusión del contrato para obtener de su autor la reparación del perjuicio que ha sufrido (49).

En el caso del *dolo in contrahendo*, la acción de responsabilidad es de naturaleza contractual. El CC no contiene un régimen especial para la responsabilidad *in contrahendo* y hemos de aplicar uno de los existentes (contractual, extracontractual). El adecuado es el régimen de responsabilidad contractual. Así resulta de nuestro Derecho histórico, que de acuerdo con el Derecho romano (en los contratos de buena fe) ofrece la acción del contrato para exigir la indemnización debida a *dolo in contrahendo* (50). Además, no sería razonable tratar de modo diferente al contratante que incumple su obligación, que al que maliciosamente hace creer que puede cumplir en términos en los que no será posible hacerlo (51).

Efectivamente ha existido una conducta contractual —aunque inválida— y, además, puede argumentarse por analogía, más o menos próxima, a partir de los artículos 1.486.2.º, 1.487, 1.483 y 1.270.2.º CC y Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de octubre de 1981 (52).

No obstante, aun cuando creemos que la acción indemnizatoria presenta naturaleza contractual, esto no significa que el comportamiento malicioso que determina una voluntad de contratar viciada deje de ser una hipótesis susceptible de encuadrarse en los artículos 1.902 y concordantes (53).

La anulación del contrato por dolo causal, ¿impone limitar la indemnización de los daños a los comprendidos en el denominado interés negativo? La respuesta positiva podría justificarse diciendo que anulado el contrato a petición del contratante, éste no puede pretender obtener, al mismo tiempo, en vía indemnizatoria, las ventajas que el propio contrato le debía proporcionar (54). Sin embargo, tal razonamiento no parece que sea adecuado en caso de dolo, porque la indemnización se justifica prioritariamente en la decepción de la confianza provocada con el dolo, de acuerdo con las exigencias de la buena fe (art. 1.258 CC). Si el dolo implica un engaño, la indemnización por dolo debe referirse al daño provocado por el engaño.

(49) GHESTIN, *Traité de Droit civil. La formation du contrat*, París, 1993, pp. 552 ss.

(50) MORALES, «El alcance protector de las acciones edilicias», *ADC*, 1980, pp. 612 ss.

(51) MORALES, *Comentarios...*, XVII-1 B, cit., p. 432.

(52) DELGADO, *Elementos de Derecho civil*, II-2, cit., p. 388.

(53) GARCÍA RUBIO, *La responsabilidad precontractual en el Derecho español*, cit., p. 170.

La doctrina y la jurisprudencia francesas estiman aplicable, en tal caso, el artículo 1.382 del Código Civil, análogo al artículo 1.902 de nuestro Código Civil (GHESTIN, *Traité de Droit civil. La formation du contrat*, cit., pp. 552 ss.).

(54) ASÚA, *La culpa «in contrahendo»*, cit., p. 288; CARRASCO, *Comentarios...*, XV-1, cit., p. 430; DELGADO, *Elementos de Derecho civil*, II-2, cit., p. 388; Díez-Piçazo Y GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, II, cit., p. 123.

La existencia del contrato (o, simplemente, de una apariencia de contrato) explica que haya podido surgir la confianza y permite delimitar, por referencia a él, el interés protegible, así como el cauce jurídico para su reparación (acción contractual); pero la indemnización no deriva directamente de la existencia del contrato. Por ello, la subsistencia no es presupuesto necesario para la indemnización del interés. La declaración de nulidad del contrato, basada en el dolo, no debe excluir la indemnización del interés positivo.

En la determinación de la indemnización se tienen en cuenta las ganancias en que justificadamente se confía, infundidas por la mala fe del contratante doloso.

Se debe indemnizar la frustración de la confianza que se ha generado con la conducta dolosa; no es tanto la confianza en la validez del contrato cuanto la de poder obtener, a través del mismo, la satisfacción de un determinado interés. El dolo ha impedido que el contrato, en su normal desarrollo, pueda ser el cauce adecuado para satisfacer el interés basado en la confianza. La frustración de esa expectativa, en cuanto sea debido al dolo, es imputable al contratante doloso y genera un deber de reparar en la medida de ese interés. Entendido así, ese interés comprende al interés positivo (55).

El dolo como causa generadora de responsabilidad precontractual tiene relevancia, de acuerdo con lo dicho, incluso cuando ha sido originado por la conducta de un menor que ha contratado con un tercero haciéndose pasar por mayor de edad.

Nuestro CC ha suprimido el antiguo principio *romano malina supplet aetatem*. Es preciso rechazar la conveniencia de mantener la mencionada regla por cuanto destruye o disminuye gravemente la protección del menor, ocasionando el peligro de que se conviertan en cláusulas de estilo las declaraciones de mayoría de edad; y por ello y por haberse sustituido el sistema de la *restitutio* por el de la anulación, el CC no permite oponer a la impugnación del contrato celebrado con un menor la excepción de su dolo o malicia, lo cual se desprende del artículo 1.314, demostrativo de que el dolo del menor no borra la condición de anulable del contrato. Esto no significa, sin embargo, que el dolo del menor al ocultar su incapacidad quede sin consecuencia, ya que si del mismo se han derivado daños para la contraparte, éstos han de ser indemnizados (56). Existiendo intención dolosa por parte del incapacitado y buena fe en la parte capaz, ningún obstáculo se opone a la existencia de una responsabilidad que ha de traducirse en una obligación de resarcimiento (57).

(55) MORALES, *Comentarios...*, XVII-1 B, cit., p. 434.

(56) DE CASTRO, *Derecho civil de España*, II-1, Madrid, 1952, pp. 192-193.

(57) Cossío, *El dolo en el Derecho civil*, cit., p. 381.

3. LA RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL POR ERROR IMPUTABLE
A LA OTRA PARTE

El error será imputable a la contraparte si ésta lo ha provocado suscitando en la otra una justificada confianza o si en el momento oportuno no colaboró con el otro contratante para evitar el error en que espontáneamente pudiera incidir, como exige la buena fe durante los tratos (58). La parte a quien el error es imputable debe indemnizar al que lo ha padecido por los daños y perjuicios causados por la anulación del contrato, porque ha existido una actuación incorrecta durante el período **formativo** del contrato que es fuente de responsabilidad (59), por razones análogas a las expuestas a propósito del *dolo in contrahendo*.

4. LA RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL EN CASO DE NULIDAD DEL CONTRATO
POR RECAER SOBRE UNA PRESTACIÓN ORIGINARIAMENTE IMPOSIBLE

Cuando se concluye un contrato sabiendo o debiendo saber que la prestación es imposible, se debe indemnizar a la otra parte el daño que se le ha causado. Este supuesto, contemplado por JHERING (venta de una cosa *extra commercium* o de una herencia inexistente) (60), es previsto por el

(58) MORALES, *El error en los contratos*, Madrid, 1988, p. 229.

(59) GARCÍA RUBIO {*La responsabilidad precontractual en el Derecho español*, cit., p. 164} considera que se reúnen todos los requisitos exigidos por el artículo 1.902 del Código Civil para que nazca la obligación de indemnizar. A este respecto ha de tenerse en cuenta que existe culpa siempre que conscientemente una de las partes deje de colaborar con la otra para deshacer el error de esta última y que aquel para quien el error de su contraparte era cognoscible, y no hizo nada por evitar que incurriera en él, incurre también en culpa.

En parecido término se pronuncia GHESTIN (*Traité de Droit civil. La formation du contrat*, cit., pp. 481-482) al referirse a la deslealtad de la otra parte y a que la víctima del error puede obtener indemnización de daños y perjuicios en virtud de la aplicación del artículo 1.382 del Código Civil francés (análogo al art. 1.902 de nuestro CC). La condena se fundamenta en la responsabilidad precontractual y se justifica por la simple aplicación del artículo 1.382. Además, es suficiente una simple culpa, incluso no intencional, que pueda ser reprochada al demandado.

El demandante puede obtener la indemnización de daños y perjuicios cuando la anulación del contrato no es suficiente para reparar íntegramente el perjuicio que le ha causado la deslealtad de la otra parte.

Para GHESTIN (*L'obligation précontractuelle de renseignements en Droit français*, en *Le contrat aujourd'hui: comparaisons franco-anglaises*, bajo la dirección de TALLON y HARRIS, París, 1987, p. 175) la indemnización de daños y perjuicios fundada en el artículo 1.382 implica, en tal caso, la violación de una obligación de información, culpa precontractual, sancionada en el terreno de la responsabilidad delictual.

(60) Ver notas 1 y 19.

parágrafo 307 BGB, que establece que quien al concluir un contrato que tiene por objeto una prestación imposible conocía o debía conocer la imposibilidad de la prestación, queda obligado a la indemnización del daño que la otra parte haya sufrido por haber confiado en la validez del contrato, sin que, no obstante, la reparación pueda superar el importe del interés que la otra parte tenga en la validez del contrato. No hay obligación de indemnizar si la otra parte conocía o debía conocer la imposibilidad.

El parágrafo 307 BGB impone el interés negativo como criterio para fijar el importe de la indemnización. Esta debe dirigirse a borrar los efectos de la contratación frustrada.

La nulidad de pleno derecho del contrato que tiene por objeto una prestación originariamente imposible impele a restringir la responsabilidad por daños a la medida del interés contractual negativo (61). Tratándose de imposibilidad absoluta, el contrato será radicalmente nulo (arts. 1.261 y 1.272 CC) y, por consiguiente, si uno de los contratantes conocía o debía conocer dicha imposibilidad estará obligado a indemnizar el interés negativo, si bien en nuestro Derecho su alcance no está institucionalmente limitado por el interés positivo (62).

Aquí lo que se reprochará será el conocer o el deber conocer la causa determinante de la nulidad y no haber informado a la otra parte, respecto a la que también habrá de hacerse un juicio de diligencia que podría conducir a una disminución de la responsabilidad o incluso a su exclusión.

5. LA RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL EN CASO DE NULIDAD DEL CONTRATO POR CONTRAVENIRSE UNA PROHIBICIÓN LEGAL

De acuerdo con el parágrafo 307 BGB, al que se remite el 309, cuando el contrato contraviene una prohibición legal surge una obligación indemnizatoria a cargo de la parte que conocía o debía conocer la contravención de la prohibición legal frente a quien no conociendo ni debiendo conocer tal circunstancia se ve perjudicado por la nulidad del contrato.

Evidentemente, el parágrafo 307 BGB contempla un caso de responsabilidad por *culpa in contrahendo*, y como tal ha de enjuiciarse también en nuestro Derecho, dando lugar a las consecuencias apuntadas en el caso anteriormente descrito, es decir, las señaladas a propósito de la nulidad del contrato por recaer sobre una prestación originariamente im-

(61) PANTALEÓN, «Las nuevas bases de la responsabilidad contractual», *ADC*, 1993, pp. 1721-1722.

(62) GARCÍA RUBIO, *La responsabilidad precontractual en el Derecho español*, cit., p. 191.

sible, conociendo o debiendo conocer esta circunstancia una de las partes (63).

6. LA RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL EN CASO DE REPRESENTACIÓN SIN PODER O HABIÉNDOSE TRASPASADO SUS LÍMITES

El supuesto es específicamente previsto por el artículo 1.398 CC italiano, que establece que aquel que ha contratado como representante sin tener poder o excediendo los límites de las facultades conferidas es responsable del daño que el tercero contratante haya sufrido por haber confiado sin su culpa en la validez del contrato.

El artículo 1.725 CC español dispone que el mandatario que obre en concepto de tal no es responsable personalmente a la parte con quien contrata sino cuando se obliga a ello expresamente o traspasa los límites del mandato sin darle conocimiento suficiente de sus poderes.

A pesar de la dicción legal, no hay obstáculo para considerarlo aplicable por analogía al caso de falta total de poder (64).

Es preciso que exista culpa en el falso representante (*falsus procurator*) y buena fe en el tercero con quien contrató, la cual se concreta en el desconocimiento no culpable por el tercero de la ausencia o insuficiencia del poder.

La responsabilidad personal del *falsus procurator* constituye la sanción impuesta en el Ordenamiento jurídico a la actitud dolosa o negligente de éste, generadora de daños y perjuicios para el tercero de buena fe que contrató confiando en la eficacia del poder de representación. Por ello, la función de la aludida responsabilidad deberá conseguir que quede indemne el patrimonio del tercero mediante la reparación de los daños ocasionados. El resarcimiento deberá ser integral y puede alcanzar, o incluso superar, el equivalente al cumplimiento contractual (65).

La responsabilidad por el interés de cumplimiento supone censurar es-

(63) Cossío (*El dolo en el Derecho civil*, cit., pp. 372-373) concibe esta hipótesis como de dolo en contrato nulo. Dada la frecuencia y abundancia con que hoy en día se dictan leyes de carácter prohibitivo, es frecuente que uno de los contratantes sea ajeno a la ilegalidad del acto, e impulsado a él por el otro contratante de mala fe, dolosamente. De este dolo pueden derivar daños y perjuicios considerables que sería injusto hacer gravitar sobre la víctima del engaño, máxime en los casos en que el autor del dolo ha obtenido del contrato alguna ventaja.

(64) RIVERO, «Naturaleza y situación del contrato del *falsus procurator*», ADC, 1976, p. 1136.

(65) GARCÍA RUBIO, *La responsabilidad precontractual en el Derecho español*, cit., p. 204.

pecialmente la conducta del *falsus procurator* (66) y brindar la máxima protección a los intereses de quien contrata con él.

IX. LA RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL CUANDO EL CONTRATO ES VALIDO

1. CONSIDERACIONES GENERALES

Existe un grupo de situaciones constitutivas de responsabilidad precontractual que hace referencia a la celebración de un contrato válido y eficaz en el curso de cuyas negociaciones una de las partes ocasiona a otra daños que debe indemnizar.

La doctrina y la jurisprudencia alemanas, ya desde principios de siglo (67), han ampliado constantemente el ámbito de aplicación de la responsabilidad precontractual, admitiendo la culpa en la conclusión de un contrato en los casos que éste es válido si en la celebración del mismo una de las partes ha incumplido especiales deberes de conducta, que son fundamentalmente deberes de información.

En el régimen del CC las faltas cometidas durante la formación del contrato se trasladan en numerosas ocasiones después de su perfección a éste, dando lugar a acciones típicamente contractuales si han repercutido en esta última fase (68).

A la responsabilidad por *culpa in contrahendo* se recurre en los casos en que se ha celebrado un contrato válido y una de las partes ve lesionados sus intereses por el contenido del mismo, debiéndose a un comportamiento reprochable, en el período precontractual, de la otra.

No podemos, por todo lo dicho, compartir la opinión de los que creen que en nuestro Derecho, en contraste con el criterio adoptado en el alemán, la responsabilidad precontractualmente procede sólo en los casos de no contratación y de invalidez (69).

(66) Como señala CARRASCO {*Comentarios...*, XV-1, cit., p. 431}, un caso similar al del dolo causal es el de la responsabilidad en que incurre quien contrata con un tercero a nombre de otro, sin ostentar su representación, circunstancia ésta que ni sabe ni pudo saber el tercero contratante.

(67) LEONHARD, *Verchulden beim Vertragsschlusse*, Berlín, 1910, y SIBER, *Plank's Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, II-1, 4.^a edición, Berlín, 1914, pp. 192 ss.

(68) Díez-PICAZO Y GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, II, cit., p. 81.

(69) ASÚA, *La culpa «in contrahendo»*, cit., pp. 247-250.

2. LA VÍCTIMA DEL ERROR IMPUTABLE A LA OTRA PARTE O DEL DOLO NO ANULA EL CONTRATO LIMITÁNDOSE A SOLICITAR LA INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS

La víctima del error imputable a la otra parte o del dolo puede optar, en lugar de la anulación, por mantener el contrato y reclamar una indemnización de daños y perjuicios basándose en el principio de la responsabilidad precontractual.

Esta facultad tiene especial interés cuando haya caducado la acción de anulación al transcurrir el plazo de cuatro años de celebrado el contrato (art. 1.301 CC). En este caso la única vía de reparación es el resarcimiento.

La acción indemnizatoria se podrá ejercitar en el plazo propio de la responsabilidad contractual (art. 1.964 CC), en consonancia con lo dicho anteriormente al aludir a la responsabilidad por dolo que da lugar a la anulación del contrato, máxime cuando se mantiene la validez del mismo.

El que sufrió el dolo o el error por la conducta imputable a la otra parte puede exigir el interés positivo o interés en el cumplimiento.

3. LA RESPONSABILIDAD POR DOLO INCIDENTAL

Según el artículo 1.270.2.º CC, el dolo incidental sólo obliga al que lo empleó a indemnizar daños y perjuicios (70).

El dolo, como maquinación fraudulenta que puede causar un daño a la otra parte contratante en la etapa preparatoria, engendra la obligación de resarcir, al amparo del artículo 1.270.2.º CC.

En el caso de dolo incidental hay que afirmar la naturaleza contractual

(70) El Código Civil alude en los artículos 1.269 y 1.270 a la distinción entre dolo causal e incidental. Se trata de una distinción escolástica elaborada en el Derecho común y recogida en las Partidas (P.5.5.57). Según ella, el dolo es causal cuando determina la celebración del contrato (*dolus causam dans*), e incidental cuando existiendo voluntad de contratar hay engaño en el modo en que se celebra el contrato (*eum quis sponte contrahit sed modo contrahendi, velut in pretio, aut aliter decipitur*) (MORALES, *El alcance protector de las acciones edilicias*, cit., p. 612, nota 67).

El dolo incidental no determina el consentimiento, pero incide en el contenido del contrato.

Al dolo incidental se refiere el artículo 1.440 del *Codice Civile* italiano, que lo configura de la siguiente manera: Si los engaños no han determinado el consentimiento, el contrato será válido, aunque sin ellos se hubiera concluido en condiciones diversas; pero el contratante de mala fe responde de los daños.

Sobre los criterios de distinción entre el dolo causal y el dolo incidental, un amplio análisis por ROJO AJURIA, *El dolo en los contratos*, cit., pp. 153 ss., y MORALES, *Comentarios...*, XVII-1 B, cit., pp. 406 ss.

de la responsabilidad, que implica la indemnización de daños y perjuicios, y la no exclusión del interés positivo porque la frustración de la expectativa, o de la confianza, es imputable al contratante doloso (71).

No debe colocarse en peor situación al contratante que no puede satisfacer su interés por engaño del otro que al que soporta un incumplimiento culposo. En la indemnización han de aplicarse los criterios del artículo 1.107 CC (72).

Además de en el artículo 1.270.2.º CC, regla general, el supuesto de responsabilidad por *dolo in contrahendo* aparece en otros preceptos del CC contenidos en la regulación especial de algunos contratos.

A) *La responsabilidad del vendedor que conocía los vicios o defectos y no los manifestó al comprador*

Los artículos 1.486.2.º y 1.487 CC reconocen una acción de responsabilidad por actuación dolosa o culposamente grave en la etapa preparatoria del contrato de compraventa. Además de la opción entre la acción redhibitoria y estimatoria, la actuación del vendedor con mala fe *in contrahendo* otorga al comprador la acción para reclamar daños y perjuicios si optare por la rescisión (art. 1.486.2.º CC). Si la cosa vendida se perdiere por efecto de los vicios ocultos, conociéndolos el vendedor, sufrirá éste la pérdida y deberá restituir el precio y abonar los gastos del contrato, con los daños y perjuicios (art. 1.487 CC).

Ambos preceptos configuran una responsabilidad del vendedor que tiene su origen en la mala fe *in contrahendo*. La obligación de indemnizar nace por un comportamiento desleal —incumplimiento del deber de informar— en la etapa preparatoria del contrato.

El artículo 1.486.2.º CC regula una acción de responsabilidad fundada en la *culpa in contrahendo* del vendedor. Esta acción no es propiamente una medida de saneamiento, aunque se contenga dentro de la regulación del mismo. Es una acción general (*dolo in contrahendo*, art. 1.270.2.º CC) que tradicionalmente se ha considerado aquí porque es frecuente el dolor del vendedor en este campo. Tiene un régimen distinto del de las acciones edilicias (supuesto, efectos, plazo de prescripción) (73).

(71) CARRASCO, *Comentarios...*, XV-1, cit., pp. 432-433; MORALES, *Comentarios...*, XVII-1 B, cit., pp. 432-434; ROJO AJURIA, *El dolo en los contratos*, cit., p. 146.

(72) MORALES, *Comentario del Código Civil. Ministerio de Justicia*, II, Madrid, 1991, p. 472.

(73) MORALES, *Comentario del Código Civil. Ministerio de Justicia*, II, cit., p. 961. Además de MORALES, la doctrina dominante conecta esta acción a la de responsabilidad precontractual: ALONSO PÉREZ, *La responsabilidad precontractual*, cit., p. 917; LUNA,

El CC sólo prevé esta acción de responsabilidad en el ejercicio de la acción redhibitoria, no si el comprador ejercita la acción estimatoria.

No contempla el CC, en la regulación del saneamiento, el régimen jurídico de la acción de responsabilidad. En realidad no es necesario, ya que se trata de una acción general basada en la *culpa in contrahendo*. El régimen de esta acción, en los supuestos que prevé el artículo 1.486.2.º CC, debe ser el propio de la responsabilidad contractual. Como consecuencia de esto son indemnizables los daños que resulten, a tenor de los artículos 1.106 y 1.107 CC; la indemnización no se limitará al interés negativo (74).

La regla de la responsabilidad de la compraventa puede extenderse a la permuta por la remisión general a las reglas de la compraventa (art. 1.541 CC), y al arrendamiento de cosas por la remisión a las reglas del saneamiento (art. 1.553 CC).

B) *La responsabilidad del vendedor que no hace constar en la escritura que la cosa vendida está gravada con carga o servidumbre no aparente*

El comprador puede ejercitar la acción rescisoria o solicitar la indemnización correspondiente durante un año, a contar desde el otorgamiento de la escritura. Transcurrido el año, sólo podrá reclamar la indemnización dentro de un período igual, a contar desde el día en que haya descubierto la carga o servidumbre (art. 1.483 CC).

Se trata de un supuesto en el que nace una obligación de indemnizar por comportamiento desleal —incumplimiento del deber de **informar**— en la etapa preparatoria del contrato (75).

C) *La responsabilidad del vendedor de mala fe en caso de evicción*

Cuando el vendedor conoce las causas de evicción y no las manifiesta al comprador, surge la responsabilidad precontractual (76). Según el artículo 1.478.5.º CC, si la evicción se ha realizado tendrá el comprador derecho a exigir del vendedor daños e intereses, y los gastos voluntarios o de puro

Elementos de Derecho civil, II-2, cit., p. 96; GARCÍA RUBIO, *La responsabilidad precontractual en el Derecho español*, cit., p. 169; CARRASCO, *Comentarios...*, XV-1, cit., p. 432; PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil*, II-I, cit., p. 229.

(74) MORALES, *Comentario del Código Civil. Ministerio de Justicia*, II, cit., p. 962.

(75) ALONSO PÉREZ, *La responsabilidad precontractual*, cit., p. 917; LASARTE, *Principios de Derecho civil*, 3, cit., p. 66; LUNA, *Elementos de Derecho civil*, II-2, cit., p. 96; PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil*, II-I, cit., p. 229.

(76) Díez-PICAZO Y GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, II, cit., p. 81.

recreo u ornato si se vendió de mala fe. Este precepto es, en la evicción, el equivalente al artículo 1.468.2.º (1.487 y 1.488.2.º) en los vicios (77).

D) *La responsabilidad del cedente de mala fe en la cesión de créditos*

En la regulación de la cesión de créditos aparece en el CC el *dolo in contrahendo* del cedente como supuesto de indemnización: El vendedor (cedente) de mala fe responderá siempre del pago de todos los gastos y de los daños y perjuicios (art. 1.529.3.º).

La mala fe del cedente se plasma en ocultar al cesionario aquellos extremos referentes, bien a la no existencia o falta de legitimidad del crédito (*ventas nominis*), bien a la insolvencia del deudor (*bonitas nominis*) que constan al cedente y de los que la buena fe le impone informar (comp. art. 1.486.2.º CC).

E) *La responsabilidad del comodante por no comunicar dolosamente al comodatario los vicios de la cosa prestada*

El comodante responderá de los daños que por tal causa hubiese sufrido el comodatario (art. 1.752 CC).

La consecuencia que establece el artículo 1.752 CC, que debe extenderse a la culpa lata (pudo conocer los vicios de la cosa prestada si hubiera tomado una pequeña molestia), deriva de una falta a la buena fe en la perfección del contrato que se ha puesto de manifiesto durante su vida y configura un caso de responsabilidad precontractual (*dolo in contrahendo*) (78).

¿Qué interés cubre esta responsabilidad? De acuerdo con los antecedentes históricos del artículo 1.752, la responsabilidad del comodante doloso está orientado a cubrir el interés de integridad patrimonial del comodatario. Los ejemplos de las Partidas (P. 5.2.6.) y del Digesto (D. 13.6.18.3) se refieren a daños que provoca el objeto dado en comodato sobre otros bienes del comodatario (79).

(77) MORALES, *Comentarios...*, XVII-1 B, cit., p. 421.

(78) ALONSO PÉREZ, *La responsabilidad precontractual*, cit., p. 917; DIEZ-PICAZO Y GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, II, cit., p. 458; LUNA, *Elementos de Derecho civil*, II-2, cit., p. 96; MORALES, *Comentarios...*, XVII-1 B, cit., pp. 419-420; PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil*, II-I, cit., p. 229.

(79) MORALES, *Comentarios...*, XVII-1 B, cit., pp. 419-420.

F) *La responsabilidad del depositante por los perjuicios que la cosa depositada produzca al depositario*

Según el artículo 1.779 CC, el depositante está obligado a indemnizar al depositario de todos los perjuicios que se le hayan seguido del depósito. Dentro de este precepto puede encontrar causa la indemnización por *dolo in contrahendo*. Debido al carácter gratuito del contrato, la responsabilidad por dolo del depositante se relaciona con los daños que la cosa produzca al depositario y las responsabilidades que para él genere su tenencia. Así, de los antecedentes: P. 5.3.3.10 (esclavo ladrón que «furtasse alguna cosa a su gardador») (80).

X. LOS CASOS DUDOSOS DE RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL

1. CONSIDERACIONES GENERALES

Si no hay duda en afirmar que los supuestos anteriormente examinados se enmarcan dentro de la responsabilidad precontractual o *culpa in contrahendo*, es más problemático configurar la responsabilidad por incumplimiento de un deber de protección, de un deber de custodia o de un deber de secreto como precontractual.

Es preciso por ello examinar cada uno de estos casos para determinar si realmente pueden enmarcarse dentro de la responsabilidad precontractual.

2. LA RESPONSABILIDAD POR INCUMPLIMIENTO DE UN DEBER DE PROTECCIÓN

En virtud del comienzo de las conversaciones contractuales se asumen deberes de protección en orden a la preservación de los daños en la integridad física o los bienes del otro contratante.

En el caso del linóleo (*Linoleumteppichfall*), el Tribunal del Imperio alemán (el *Reichtsgericht*), en Sentencia de 7 de diciembre de 1911 (81), hizo responsable a un empresario por las lesiones causadas por un depen-

(80) MORALES, *Comentarios...*, XVII-1 B, cit., p. 420. También ALONSO PÉREZ, *La responsabilidad precontractual*, cit., p. 917; LUNA, *Elementos de Derecho civil*, II-2, cit., p. 96; PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil*, II-I, cit., p. 229.

(81) RZG, 78, 239. Sobre el caso del linóleo, LARENZ, *Culpa in contrahendo, Verkehrssicherungspflicht und «sozialer Kontakt»*, MDR, 1954, p. 516.

diente suyo a un cliente y su hijo en el curso de las conversaciones contractuales.

En síntesis, los hechos de esta sentencia son los siguientes: la demandante entró en un almacén, donde realizó algunas compras; posteriormente comunicó a un dependiente su intención de comprar una alfombra de linóleo, el cual al sacar el rollo señalado colocó otros dos aparte que cayeron sobre aquella y su hijo produciéndoles heridas; la compra, finalmente, no se llegó a realizar. En las dos primeras instancias se consideró probada la culpa del dependiente y se responsabilizó al dueño del almacén en virtud de la aplicación del parágrafo 278 BGB (responsabilidad contractual del deudor por los daños causados por su auxiliar en la actividad de cumplimiento), lo cual fue confirmado por el *Reichtsgericht*, argumentando que existía una relación preparatoria (*voerbereitende Rechtsverhältnis*) de la compra similar a la contractual, creadora de un deber de cuidado respecto a la salud y a la propiedad de la otra parte. Esta relación jurídica preparatoria tenía su origen en la solicitud de que se procediera a la muestra de las mercancías.

El caso del linóleo es esencial para que empiece a considerarse en el Derecho alemán la posibilidad de que los deberes precontractuales no sólo sean de información y lealtad, sino también de protección de la integridad física o los bienes de la otra parte (82).

Un importante sector de nuestra doctrina (83), así como de la italia-

(82) Se va a imponer en la doctrina alemana, fundamentalmente a partir de los estudios de HEINRICH STOLL (*Haftung für das Verhalten während der Vertragsverhandlungen*, LZ, 1923, p. 532 ss., esp. 535; *Abschied von der Lehre von der positiven Vertragsverletzungen*, AcP, 1932, p. 257 ss., esp. 289 y 298; *Die Lehre von der Leistungsstörungen*, Tübingen, 1936, p. 26 ss.), el reconocimiento de los deberes precontractuales de protección (*Schutzpflichten*) de la integridad física y la propiedad de la otra parte. La Sentencia del Tribunal del Imperio alemán de 2 de junio de 1928 (RG Warn. 1928, p. 206 ss.) cita al *Linoleumteppichfall* como un caso de *culpa in contrahendo*.

Sobre la evolución posterior y la plena implantación, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia alemanas, de los citados deberes de protección: CANARIS, *Schuldgesetze-Verkehrspflichten-Schutzpflichten*, cit., pp. 89 y 102 ss., y *Ansprüche wegen positiver Vertragsverletzung und Schutzwirkung für Dritte bei nichtigen Verträgen*, cit., p. 475 ss.; FROST, *Vorvertragliche und vertragliche Schutzpflichten*, Berlín, 1981; MOTZER, *Schutzpflichtverletzung und Leistungsunmöglichkeit*, JZ, 1983, p. 884 ss.; KREUZER, *Comentario a la Sentencia del BGB de 28-I-1976*, JZ, 1976, p. 779 ss.; THIELE, *Leistungsstörung und Schutzpflichtverletzung*, JZ, 1967, p. 649 ss.

CANARIS analiza los casos de almacenes (*Warenhausfälle*) según los principios de la responsabilidad por la confianza (*Vertrauenshaftung*), a la que anteriormente nos hemos referido (CANARIS, *Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht*, cit., p. 540).

(83) ALONSO PÉREZ, *La responsabilidad precontractual*, cit., p. 910; CARRASCO, *Comentarios...*, XV-1, cit., p. 433; Díez-PICAZO, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, I, cit., p. 277; GARCÍA RUBIO, *La responsabilidad precontractual en el Derecho español*, cit., p. 58; MANZANARES, *La responsabilidad precontractual*, cit., p. 745.

na (84), no considera que el caso descrito dé lugar a responsabilidad precontractual (*culpa in contrahendo*), argumentando que el mismo y cualesquiera otros semejantes pertenecen al terreno de la pura responsabilidad extracontractual.

Se dice que el Derecho español (también el italiano) conoce una cláusula general de responsabilidad civil que hace innecesario el recurso a la relación jurídica de protección y aleja supuestos como el del linóleo del marco de la *culpa in contrahendo*. En la etapa preparatoria de un contrato, como en cualquier otra situación, toda persona debe evitar causar un daño injusto al eventual cocontratante, pero ello no supone más que la actualización del deber universal de no dañar a otro que a todos compete, y encuentra su expresión y apoyo positivo en el artículo 1.902 CC (85).

En el caso del linóleo es evidente que las lesiones sufridas por la eventual adquirente nada tienen que ver con los intereses de las negociaciones preliminares o de la posible conclusión de un contrato. El supuesto se produjo por culpa o negligencia. Entra de lleno en la responsabilidad por hecho ilícito; en nuestro Derecho aplicaríamos, sin duda, el artículo 1.902 CC. ¿Dónde está aquí la violación de la *bona fides in contrahendo*, la conducta dolosa, fraudulenta o desleal de la que únicamente puede brotar la obligación precontractual de indemnizar? (86).

El problema real no estriba tanto en determinar si el incumplimiento de un deber de protección genera responsabilidad precontractual como en precisar si se aplica el régimen de la responsabilidad contractual o el de la *aquiliana*, que es, en rigor, el problema que actualmente preocupa a la doctrina alemana (87); y sobre esta cuestión es poco dudosa la aplicación del artículo 1.902 CC. Pero como ya hemos tenido ocasión de señalar, la aplicación del artículo 1.902 no constituye un argumento en contra de la inclusión de un caso en el marco de la responsabilidad precontractual (tén-

(84) BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*, cit., p. 79 ss.; BIANCA, // *contratto*, cit., p. 168; SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in genere* (arts. 1.321-1.352), en *Commentario del Codice Civile* (dirigido por SCIALOJA y BRANCA), Bologna-Roma, 1970, p. 207, y *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, Nov. Dig. Ital., XV, Torino, 1980, p. 675.

(85) GARCÍA RUBIO, *La responsabilidad precontractual en el Derecho español*, cit., p. 58.

(86) ALONSO PÉREZ, *La responsabilidad precontractual*, cit., p. 910.

(87) KRAMER, *München Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 2, München, 1985, p. 42 ss., con exhaustiva información doctrinal (especialmente en nota 60); MEDICUS, *Verschulden bei Vertragsverhandlungen*, cit., p. 486 ss., y *Schuldrecht*, I, cit., p. 57; WIEDEMANN, en SOERGEL, *Bürgerliches Gesetzbuch*, 2-I, cit., p. 713. Concretamente puntualiza MEDICUS (*Verschulden bei Bertragsverhandlungen*, cit., p. 487) que el problema de este grupo de casos de culpa en las negociaciones contractuales radica en la pregunta de si tales deberes (de protección de bienes ajenos: especialmente la vida, el cuerpo y la propiedad) aparecen junto a los deberes delictuales del tráfico.

gase en cuenta lo que dijimos sobre la responsabilidad por ruptura injustificada de las negociaciones) porque ésta no es incompatible con la aplicación del citado precepto.

Hecha esta puntualización, debemos subrayar que no faltan autores en nuestro Derecho que con argumentos convincentes consideran factible la inclusión en la esfera precontractual de los llamados deberes de protección.

Se dice que los deberes de protección o de seguridad pueden darse en la fase precontractual cuando no habiendo todavía contrato, que puede también no llegar a celebrarse, la ley mediatamente y la buena fe inmediatamente imponen a los sujetos que intervienen en los tratos, de forma recíproca y específica, deberes de cuidado, atención y cautela para preservar sus respectivas esferas, personal y patrimonial, de todo daño que pueda derivar de la proximidad o relación entre las mismas, que entrañan necesariamente dichos tratos preliminares (88).

Ciertamente, plantea dudas en cuanto a su inclusión en la esfera precontractual los llamados deberes de protección de la integridad física y de la propiedad con ocasión del contrato. Si circunscribimos la responsabilidad precontractual a los conflictos derivados de lo que podríamos denominar *configuración estructural* del futuro contrato (es decir, circunstancias que afectan al hecho de la contratación —*interrupción* de las negociaciones—, a su validez —*nulidad* o *anulación*—) quedarían excluidos tales deberes de protección del campo precontractual. Pero con semejante criterio se alejarían también los deberes de custodia y de secreto. Caso de que concibiéramos el contenido de la buena fe precontractual con un carácter más amplio que el que afecte a lo que se ha dado en llamar configuración estructural, no habría argumento para no admitir tales deberes. Por otra parte, esta delimitación sólo tendría trascendencia si se admitiera la naturaleza obligacional (contractual) de la reclamación de responsabilidad precontractual, porque de otro modo siempre se trataría de una responsabilidad *aquiliana* (89).

De acuerdo con el principio de la buena fe, las partes de la relación precontractual que deriva del contacto social han de actuar con lealtad y diligencia en el desarrollo de los tratos preliminares, y por ello asumen el deber precontractual de evitar cualquier daño a la integridad física o a los bienes de la otra parte. La aplicación del artículo 1.902 CC no constituye un argumento convincente en contra de la inclusión de este caso en el marco de la responsabilidad precontractual por las razones señaladas anteriormente al abordar el problema de su naturaleza.

(88) JORDANO FRAGA, *La responsabilidad del deudor por los auxiliares que utiliza en el cumplimiento*, cit., p. 236.

(89) ASÚA, *La culpa «in contrahendo»*, cit., pp. 261-262.

Para que pueda plantearse rigurosamente la responsabilidad precontractual por infracción de un deber de protección es preciso que el daño en la integridad física o en los bienes de una de las partes se produzca en el curso de las conversaciones contractuales (90).

3. LA RESPONSABILIDAD POR INCUMPLIMIENTO DE UN DEBER DE CUSTODIA

El deber de custodia se conecta a los objetos relacionados con el futuro contrato (91), surgiendo cuando una de las partes ha expresado el deseo de

(90) Sin embargo, frente al criterio propuesto, se ha cuestionado en la doctrina alemana si puede irse todavía más lejos, adoptándose un criterio más amplio que el del estricto comienzo de las conversaciones contractuales. MEDICUS (*Die culpa in contrahendo zwischen Vertrag und Delikt*, cit., pp. 208-209) se refiere al problema de la determinación del origen del contacto, y se cuestiona si es suficiente para que surja esta especial responsabilidad la entrada en un almacén sin un concreto propósito de comprar o incluso con la intención de no comprar nada —quizás porque no se lleva dinero—, sino sólo para calentarse o protegerse de la lluvia.

Este problema se plantea agudamente porque con la evidente finalidad de ampliar el ámbito de la *culpa in contrahendo* y, por tanto, la aplicación de la normativa sobre la responsabilidad contractual, se ha sostenido que basta la entrada en un ámbito negocial (*Geschäftsraum*) como posible cliente. No es, por tanto, preciso que se hayan iniciado en sentido estricto las conversaciones contractuales (como aconteció en el caso del linóleo), pues basta que se haya producido un contacto negocial que implique la posibilidad de celebrar un negocio. Sólo quedarían excluidas de la relación precontractual aquellas personas que penetren en un ámbito negocial con una intención que no pueda ser calificada como tal (casos como los señalados por MEDICUS: para calentarse o protegerse de la lluvia); pero recaerá sobre el titular del negocio la carga de la prueba de la ausencia del propósito negocial (LARENZ, *Culpa in contrahendo, Verkehrssicherungspflicht und «sozialer Kontakt»*, cit., pp. 515 ss.).

El Tribunal Supremo Federal alemán (BGH), en Sentencia de 26 de septiembre de 1961 (NJW, 1962, pp. 31 ss.), al enfrentarse por vez primera con este problema, consideró que el comienzo de la protección se sitúa en el momento de la entrada en el establecimiento del vendedor con un fin contractual.

La Sentencia del BGH de 28 de enero de 1976 (KREUZER, JZ, 1976, pp. 778 ss.) recuerda la doctrina de la sentencia que acabamos de citar y la teoría de LARENZ, en el sentido de que la responsabilidad por incumplimiento de un deber de protección o de custodia (*Schutz- und Obhutspflichten*) encuentra su justificación, en casos como los contemplados, en que el perjudicado ha entrado en el ámbito de influencia de la otra parte con una finalidad negocial y por ello puede confiar en la diligencia (*Serfall*) de la otra parte negociadora. Tras ello el BGH estima que puede generarse una responsabilidad respecto a terceros distinta de la extracontractual por el daño sufrido por la hija del cliente cuando esperaba con las cosas elegidas en la caja, mediante la adaptación al campo precontractual de la teoría de los efectos protectores del contrato respecto a terceros (*Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter*) (sobre esta figura, de amplio arraigo en el Derecho alemán, un riguroso análisis de la jurisprudencia por HIRTH, *Die Entwicklung der Rechtsprechung zum Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter in ihrer Bedeutung für den Ausgleich von Drittschäden im Zahlungsverkehr*, Berlín, 1991).

(91) ALONSO PÉREZ, *La responsabilidad precontractual*, cit., p. 909; BENATTI, *Culpa in contrahendo*, cit., p. 297, con referencia a la Sentencia del Tribunal de Milán de 17 de septiembre de 1973, y *La responsabilità precontrattuale*, cit., p. 39.

examinar las mercancías u objetos antes de decidirse o no a adquirirlos, aunque se estima que hay que extenderlo a todas las situaciones en las que, como consecuencia de los tratos, determinados bienes de los negociadores resultan expuestos a riesgos y peligros de otro modo inexistentes (92), con lo cual guarda cierta semejanza con el de protección.

Se trata de un deber precontractual impuesto por la buena fe cuyo incumplimiento da lugar a *culpa in contrahendo* (93), aplicándose, de igual manera que cuando se causan daños por incumplimiento de un deber de protección, el artículo 1.902 CC.

4. LA RESPONSABILIDAD POR INCUMPLIMIENTO DE UN DEBER DE SECRETO

Si en el curso de los tratos preliminares una de las partes llega a conocer datos o noticias que de ser divulgados perjudicarían a la otra parte, está obligada a guardar la debida reserva; si no lo hace y causa con ello un daño al otro sujeto implicado en la negociación, debe resarcirlo. Para que la buena fe *in contrahendo* imponga este deber de secreto es preciso que las noticias hayan sido recibidas «a causa de los tratos», es decir, que la parte que las descubre lo haga precisamente por haber entrado en tratos (94).

Los deberes de secreto afectan, sobre todo, al ámbito de los usos mercantiles, de la contratación bancaria y de las relaciones laborales. Se recuerda, a modo de ejemplo, la situación del trabajador que durante la etapa de negociaciones preliminares con la empresa obtiene noticias referentes a los métodos de producción y los divulga (95).

La responsabilidad por violación del deber de secreto se mantiene tanto si los tratos concluyen felizmente como si éstos se rompen sin que el contrato se llegue a celebrar (96).

La circunstancia de que la transgresión del deber de secreto se produzca precisamente en la etapa preparatoria del contrato y que implique una conducta desleal, contraria a la buena *in contrahendo*, determina que surja

(92) GARCÍA RUBIO, *La responsabilidad precontractual en el Derecho español*, cit., p. 55, siguiendo a PANZA, *Buon costume e buona fede*, Napoli, 1973, p. 238, y DELL FANTE, *Buona fede prenegoziale e principio costituzionale di solidarietà*, cit., pp. 169-170.

(93) ALONSO PÉREZ {*La responsabilidad precontractual*, cit., p. 909} considera, sin embargo, que sólo surgiría responsabilidad precontractual si la pérdida o deterioro, el defecto de guarda o custodia, se debe a una actuación dolosa o cuasidolosa, a una conducta que defrauda el principio de la confianza.

(94) ALONSO PÉREZ, *La responsabilidad precontractual*, cit., p. 909.

(95) ALONSO PÉREZ, *La responsabilidad precontractual*, cit., p. 909; BENATTI, *La responsabilità precontrattuale* cit., p. 40.

(96) BENATTI, *Culpa in contrahendo*, cit., p. 297; CARRESI, // *contratto*, cit., p. 712.

una auténtica responsabilidad precontractual (97). La indemnización por los daños sufridos se articulará a través del artículo 1.902 CC.

XI. LA RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL Y LA PROTECCION DEL CONSUMIDOR

En las negociaciones dirigidas a la celebración de un contrato en las que se hallen implicados consumidores o usuarios, que son destinatarios finales de los productos o servicios en los términos del artículos 1, 2 y 3 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (LCU), de 19 de julio de 1984, existe una auténtica obligación legal, a cargo de los empresarios o profesionales que pretendan contratar con ellos, de informar de modo cierto, eficaz, objetivo y suficiente sobre las características esenciales de los bienes, productos o servicios [arts. 2.1.d) y 13.1 LCU]. La información correcta sobre los diferentes productos y servicios constituye un derecho del consumidor o usuario y, lógicamente, una obligación legal del empresario o profesional, que, sin duda, opera fundamentalmente en la fase previa a la celebración del contrato.

Del artículo 13.1 LCU se desprende una obligación precontractual del empresario o profesional de información. Este precepto, aunque contiene extremos informativos contractuales, se refiere básicamente a las informaciones previas a la celebración del contrato (98).

Las informaciones de carácter precontractual que está obligado a facilitar el empresario o profesional al consumidor o usuario, a tenor del artículo 13.1 LCU, se pueden clasificar en dos grupos: las que se refieren al objeto del contrato y las relativas a las condiciones jurídicas de adquisición del bien o de la contratación del servicio (99).

(97) ALONSO PÉREZ, *La responsabilidad precontractual*, cit., p. 909; BENATTI, *Culpa in contrahendo* cit., p. 297, y *La responsabilità precontrattuale*, cit., p. 39 ss.

GARCÍA RUBIO (*La responsabilidad precontractual en el Derecho español*, cit, p. 54) considera, en cambio, que al igual que ocurre con el llamado deber de protección, resulta muy dudoso que la violación de este deber de reserva origine una verdadera responsabilidad por culpa in contrahendo.

(98) ORTÍ VALLEJO, *Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, coordinados por R. BERCOVITZ y SALAS, Madrid, 1992, p. 405. En otro sentido, PÉREZ GARCÍA (*La información en la contratación privada*, Madrid, 1990, pp. 179 ss. y 248 ss.) estima que la información precontractual no aparece regulada en el artículo 13, sino en los artículos 7 a 9 LCU. El artículo 13 regula la información en la ejecución del contrato.

(99) Sobre el objeto de la obligación precontractual de información, FABRE-MAIGNAN, *De l'obligation d'information dans les contrats. Essai d'une théorie*, París, 1992, pp. 122 ss.

El derecho a la información del consumidor o usuario supone que surja, en la fase de **formación** del contrato, una obligación precontractual del empresario o profesional de conocer las características del bien, producto o servicio que constituye el objeto del contrato. Surge la obligación de informarse para informar (100).

Esta obligación se fundamenta en la desigualdad de información de las partes. Esta **desigualdad** confiere a una de ellas una ventaja tal que el equilibrio del contrato es falso. El consentimiento de las partes no es entonces el instrumento válido de la justicia conmutativa (101).

El desequilibrio en las relaciones entre profesionales y consumidores se explica en buena medida por la desigualdad de información: los profesionales conocen los bienes y servicios puestos en el mercado, mientras que los consumidores, en su mayoría, son incapaces de juzgar por adelantado, de comparar entre ellos. El derecho a la información se ha convertido en uno de los temas fundamentales de toda política de defensa de los consumidores. Mejor informados, los consumidores podrán elegir mejor (102).

La única manera de equilibrar las posiciones del empresario o profesional y del consumidor es obligando al empresario o profesional a que previamente a la conclusión del contrato informe convenientemente al consumidor sobre las características del bien o servicio.

En relación con la compraventa y el arrendamiento de viviendas, el Real Decreto de 21 de abril de 1989 disciplina ampliamente la obligación legal de los vendedores o arrendadores de viviendas que actúen en el marco de una actividad empresarial o profesional de informar a los consumidores, debiendo tener a disposición del público, y en su caso de las autoridades competentes, una completa información sobre la vivienda que se pretende vender o arrendar (103).

Cuando exista un defecto de información precontractual, en la medida en que ésta persigue la protección del consentimiento del consumidor o usuario (104), la consecuencia a aplicar ha de ser la de permitirle anular el contrato celebrado, puesto que el consentimiento se ha prestado sobre la base de una realidad distinta a la que la información reflejaba. No obstan-

(100) GHESTIN, *Traité de Droit civil. La formation du contrat*, cit., pp. 616 ss.; FABRE-MAIGNAN, *De l'obligation d'information dans les contrats*, cit., pp. 190 ss.

(101) GHESTIN, *Traité de Droit civil. La formation du contrat*, cit., p. 615, y *L'obligation précontractuelle de renseignements en Droit français*, cit., p. 176.

(102) CALAIS-AULOY, *Droit de la consommation* París, 1992, p. 33.

(103) Sobre este Real Decreto, CABANILLAS, *La información al consumidor en la compraventa y el arrendamiento de vivienda y el control de las condiciones generales* (en prensa).

(104) GHESTIN, *Traité de Droit civil. La formation du contrat*, cit., pp. 614 y 647 ss., y *L'obligation précontractuelle de renseignements en Droit français*, cit., pp. 175-176; FABRE-MAIGNAN, *De l'obligation d'information dans les contrats*, cit., pp. 288 ss.

te, el consumidor o usuario sólo podrá anular el contrato si el defecto de información ha determinado su consentimiento, existiendo error (art. 1.266 CC) o dolo (arts. 1.269 y 1.270 CC).

También hay que subrayar que el artículo 13.1 LCU impone una obligación legal de información al empresario o profesional, por lo que si la información facilitada sobre las características esenciales del bien, producto o servicio es insuficiente o inexacta, el consumidor o usuario podrá invocar el incumplimiento del empresario o profesional, que originará la responsabilidad del mismo, con la obligación de indemnizar todos los daños y perjuicios que el defecto de información haya producido al consumidor o usuario, de acuerdo con los artículos 1.101 y siguientes del CC (105).

XII. CONCLUSIONES

1.^a A través de la responsabilidad precontractual se ha generalizado la exigencia de que las partes, en el desenvolvimiento de los tratos y en la formación del contrato, deben comportarse de acuerdo con la buena fe. La responsabilidad precontractual es la respuesta que el Ordenamiento jurídico da a la infracción de los deberes de información, lealtad y diligencia que impone la buena fe en el período de formación del contrato.

2.^a La heterogeneidad de casos que se enmarcan dentro de la responsabilidad precontractual determina que sea preciso analizar cada uno de ellos para configurar su régimen jurídico y, en consecuencia, precisar su fundamento normativo. Por ello la obligación resarcitoria no admite un único e indiscutible encaillamiento; permite, sin duda, la ubicación extracontractual, pero en no pocas ocasiones encuentra encaje en el marco contractual.

3.^a Ante la heterogeneidad de los casos de responsabilidad precontractual, no es oportuno sentar una regla general que no admite excepciones, de acuerdo con la cual la indemnización de los daños no puede sobrepasar en ningún caso el límite del interés negativo.

4.^a La responsabilidad precontractual no procede sólo cuando el contrato no se ha celebrado, es decir, cuando ha tenido lugar una ruptura injustificada de las negociaciones, sino también cuando el contrato es inválido e incluso cuando éste es válido si en su celebración una de las partes ha incumplido especiales deberes de conducta derivados de la buena fe *in contrahendo*, que son fundamentalmente deberes de información, ocasio-

(105) Sobre la indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento de una obligación precontractual de información, un amplio análisis por FABRE-MAIGNAN, *De l'obligation d'information dans les contrats*, cit., pp. 473 ss.

nándose de esta manera un daño a la otra parte. Es dudoso que surja la responsabilidad precontractual por incumplimiento de deberes de protección, de custodia o de secreto, militando en favor del enjuiciamiento de estos casos desde la perspectiva de la responsabilidad precontractual que la misma no ha de circunscribirse necesariamente a los conflictos derivados de lo que podríamos denominar configuración estructural del futuro contrato.

5.^a El derecho a la información del consumidor o usuario supone que aparezca, por imperativo de la LCU, en la fase de formación del contrato una obligación precontractual del empresario o profesional de conocer las características del bien, producto o servicio que constituye el objeto del contrato, de tal manera que surge el deber de indemnizar todos los daños y perjuicios que el defecto de información haya producido al consumidor o usuario.

ANTONIO CABANILLAS SÁNCHEZ
Catedrático de Derecho Civil
de la Universidad de Alicante