

En torno a las obligaciones precontractuales de información *

XABIER BASOZABAL ARRUE
Profesor Titular (Derecho civil)
Universidad Carlos III de Madrid

RESUMEN

La proliferación de obligaciones informativas, especialmente en el ámbito de protección del consumidor (contratación fuera de establecimiento mercantil, crédito al consumo, derecho de aprovechamiento por turno, garantías en la compraventa de bienes de consumo), la arriesgada apuesta del artículo 65 del Texto Refundido de la LGDCU a favor de la integración judicial de los contratos con defectos informativos y la creciente atención brindada a las obligaciones informativas por parte de las iniciativas de armonización del derecho europeo de contratos (PECL y DCFR), hacen ineludible un estudio detenido de estas obligaciones nacidas en torno al contrato, para las que la teoría clásica de los contratos no había reservado ningún lugar relevante. El trabajo propone una solución general al problema de las informaciones que deben transmitirse al contratar, articulando un supuesto de hecho y su consecuencia jurídica.

PALABRAS CLAVE

Obligaciones precontractuales de información, asignación del riesgo contractual por defecto informativo, integración judicial del contrato por

* Este trabajo de investigación se ha realizado en el marco del Proyecto de Investigación del MEC que lleva por título «Hacia un código del consumidor» (SEJ 2005-02912/JUR1), cuyo investigador principal es el profesor Jorge CAFFARENA LAPORTA.

Una vez más, agradezco al profesor PANTALEÓN PRIETO la generosidad de haber leído el trabajo y haber realizado sugerentes comentarios.

incumplimiento de deberes informativos, error provocado por falta de información a cargo de la otra parte, reticencia dolosa, falta de conformidad por defecto informativo.

SUMARIO: 1. *Lugares comunes.*—2. *Una perspectiva poliédrica.*—3. *Leyes especiales y propuestas de armonización del derecho europeo de contratos: nuevas soluciones:* 3.1 Contratación fuera de establecimiento mercantil. 3.2 Crédito al consumo. 3.3 Derecho de aprovechamiento por turno. 3.4 Garantías en la compraventa de bienes de consumo. 3.5 Derecho europeo: PECL y DCFR. 3.5.1 PECL. 3.5.2 DCFR. 3.6 Consideración.—4. *El supuesto de hecho.* 4.1 Propuestas doctrinales. 4.2 Factores para elaborar el supuesto de hecho. 4.2.1 El factor objetivo. 4.2.2 El factor ético. 4.2.3 El factor económico. 4.2.4 Valoración. 4.3 Propuesta de supuesto de hecho: la tesis (primera parte).—5. *La consecuencia jurídica.* 5.1 Interés protegido e intereses protegibles. 5.2 Propuesta de consecuencia jurídica: la tesis (segunda parte).

1. LUGARES COMUNES

En ocasiones una de las partes de la relación contractual descubre que al contratar carecía de cierta información valiosa que le hubiera hecho replantear su interés en el contrato, o al menos, alguno de los términos de éste. Esta circunstancia, en sí misma considerada, no debería afectar a la otra parte, que no tiene por qué hacerse cargo de la ignorancia de aquélla. Sin embargo, ¿qué ocurre si ésta conocía o debió conocer dicha información, si se dio cuenta (o pudo y debió hacerlo) de la ignorancia de su contraparte, si quiso aprovecharse de la situación? ¿Es que no puede aprovecharse de lo que ella sabe y desconoce la otra parte? ¿Por qué (o en qué casos) iba a estar obligada a informar a ésta? Como veremos, responder a esta pregunta implica desentrañar si, bien por la relación jurídica que les une, bien en virtud de otros criterios de imputación, *una de las partes tiene asignado el riesgo por falta de información de la otra*, riesgo del que se libera típicamente informando. Decidir sobre esta asignación constituye una operación compleja que obliga, en primer lugar, a comprobar cómo distribuye el propio contrato dicho riesgo; en segundo, a considerar otros factores decisivos, como la condición —profesional, consumidor— de las partes, su respectivo comportamiento durante los tratos preliminares, o el interés afecta-

do por la información omitida; finalmente, desde una perspectiva más puramente económica, a tener en cuenta si la información es igual o desigualmente asequible para ambas partes, si es o no costosa, si aprecia o deprecia aquello sobre lo que informa, o si, dada la posición de cada parte en el contrato, éste permite «compensar» típicamente el gasto realizado en obtener la información.

Tratándose de un problema de distribución de cierto riesgo contractual, el de ignorar algún dato relevante, parece adecuado partir de que cada cual debe procurarse la información necesaria para velar por sus propios intereses¹. La regla general en un ordenamiento jurídico informado por el principio de autonomía de la voluntad sólo puede ser la carga de autoinformarse. Ahora bien, existen situaciones (como cuando el contrato obliga a una parte a velar por los intereses de la otra, cuando la condición de entendido de una de las partes o su comportamiento despierta en la otra parte la legítima confianza en resultar informada sobre aspectos relevantes del contrato) en las que el ignorante puede legítimamente esperar que la otra parte le informe, o con otras palabras, que sea el otro contratante quien asuma el riesgo de información.

En algunos casos será el contrato, o mejor, las partes al elegir el tipo contractual o al pactar sobre la materia, quienes asignen dicho riesgo: no es lo mismo presentar un anillo a un joyero para que lo tase, que para que lo compre; en el primer caso, queda contractualmente obligado a revelar sus conocimientos como tasador, en el segundo, no. En otros casos será la condición de entendido, frente a quien no tiene por qué ser tenido por tal, la que decida la suerte de la atribución del riesgo. Así, el vendedor de software al que un cliente solicita un producto concreto, cumple con entregárselo; pero si de la conversación que mantiene con el cliente se deduce que el producto elegido no es apto para la finalidad que éste persigue, nace para aquél la obligación de advertírsele, aunque no lo haya preguntado expresamente (nótese que no se trata de advertir sobre los peligros intrínsecos o de utilización del producto, sino sobre la idoneidad de éste para el fin perseguido, una vez que éste ha sido desvelado por el consumidor). Con todo, la obligación de advertencia resulta razonable mientras se trate de una conversación del cliente con quien aparezca revestido de la condición de entendido, sea el dueño o un empleado con conocimientos técnicos, de ninguna manera cuando la conversación se ha producido con el encargado de la caja; y que desaparece cuando, después de realiza-

¹ FLUME, *El negocio jurídico*, traducción de la 4.ª edición por J. M. MIQUEL GONZÁLEZ y E. GÓMEZ CALLE, Madrid, 1998, p. 515: «Quien celebra un negocio jurídico soporta el riesgo de que sus presuposiciones sobre las circunstancias a las cuales el negocio le ha parecido realizable sean acertadas o no.».

da la advertencia, el cliente se empecina en su elección. Tampoco se nos oculta que el vendedor que detecta el error del comprador, pero no dispone del bien que éste efectivamente necesita, puede callar y entregar el que sabe que no le servirá, sin que pueda normalmente probarse lo reprochable de su conducta. Finalmente, aunque en el ejemplo que acaba de proponerse ya resulta evidente, en otras ocasiones es el comportamiento concreto de una de las partes, sea cual fuera su condición, el que desencadena la mencionada asignación: el particular/consumidor que rechaza expresamente la información, el profesional que ofrece un servicio de asesoramiento en el marco de una relación jurídica que por sí sola no lo implica, el dependiente que se empeña en dar una aclaración que finalmente resulta perjudicial para el cliente, etc.

El problema esencialmente jurídico sobre la imputación de un riesgo contractual no puede ignorar el contexto económico que rodea a toda información: Existe un interés innegable en que la información sea difundida de la forma más rápida y extensa posible, pues facilitar aspectos de la realidad que hacen posible un mejor ejercicio de la autonomía es sin duda algo deseable. Sin embargo, cuando la obtención de información es costosa, la obligación de difundirla sin obtener nada a cambio terminaría con el interés en obtenerla. Por ello, dado el indudable valor –no sólo económico– de la información, especialmente de la costosa, parece necesario promover e incentivar su obtención, y la forma más sencilla y eficaz de hacerlo es permitir que sea explotada, lo que excluye toda obligación de revelarla. Esta tensión entre la obligación de difundir y el derecho a reservar y aprovechar la información obtenida protagoniza el llamado «dilema informativo», verdadero telón de fondo del estudio de las obligaciones de informar².

La obtención de información puede ser, dependiendo de los casos, igual o desigualmente (simétrica o asimétricamente) costosa para las partes. Además, dependiendo de la relación de cada parte con el objeto del contrato y de su posición jurídica dentro de éste, una de ellas (típicamente, el vendedor) suele poder repercutir lo que le ha costado obtener la información (incluyéndolo en el precio), en tanto la otra (típicamente, el comprador) debe conformarse con no contratar cuando descubre, gracias a la información obtenida, que no está interesada en el contrato. Un dato relevante es, por tanto, si se tiene o no acceso directo a la información, por tratarse del poseedor del bien sobre el que se informa³; y junto a esta cir-

² REHM, *Aufklärungspflichten im Vertragsrecht*, München: Beck, 2003, pp. 61 ss.

³ BARROS, *Tratado de responsabilidad extracontractual*, Santiago de Chile, 2006, pp. 1019 y 1020: «La información valiosa que una parte simplemente posee porque está bajo su esfera de control, sin que haya agregado valor para obtenerla, suele estar sujeta a

cunstancia, que la posición contractual de la parte obligada a informar permita «recuperar» lo que se ha gastado en obtener la información.

Desde esta perspectiva, el motivo por el que nuestro Código civil asigna al vendedor el riesgo de información *sobre vicios ocultos en el objeto de la compraventa* no puede ser otro que la accesibilidad a la información por parte de éste, al que podría sumarse la posibilidad de «repercutir» lo que le cueste obtenerla incluyéndolo en el precio. Como consecuencia de esta misma *ratio*, el comprador no estará obligado a deshacer el error del vendedor sobre el objeto de la venta, pues este error cae dentro del ámbito de riesgo de éste: se trata de un error inexcusable, porque ha podido subsanarse («conoce tu mercancía»). La simplicidad de estos enunciados nos enfrenta, sin embargo, a supuestos de difícil solución:

Un especialista en impresionismo descubre, entre los múltiples objetos que una anciana ha puesto a la venta junto a la casona en la que siempre estuvieron, un cuadro que presume auténtico de Monet. Le ofrece el doble de lo que pide la señora y se queda con él⁴. ¿Debería el derecho privado reaccionar ante esta venta? Es indudable que nuestro especialista *se arriesga* a que el cuadro no sea de Monet, pero ¿es que debería cambiar la solución jurídica dependiendo del grado de certeza sobre la autenticidad del cuadro? También está claro que el proceso formativo que hace posible que el especialista valore y reconozca el cuadro es sumamente costoso; entonces, ¿por qué no debería poder aprovechar tal información, aunque sea a costa de la parte ignorante? ¿Cómo podría cobrarse su información si le obligamos a darla? ¿Es que la anciana estaría obligada a pagarle por haberle hecho saber que se trata de un Monet, por un «enriquecimiento (informativo) impuesto»? ¿Estaría obligada a vendérselo por un precio «adecuado» a su autenticidad?

Los conflictos como el mencionado han solido resolverse entre nosotros a través de la categoría del error. Algunos ordenamientos jurídicos focalizan el problema del error en la persona que lo padece. Si el error tiene un cierto peso (esencialidad) y no es imputable a quien lo invoca (excusabilidad), se protege a quien yerra (se le

requerimientos de divulgación»; (...) «desde un punto de vista económico, el deber de información se justifica porque quienes la poseen son las fuentes menos costosas y a la mano para proveerla». GÓMEZ CALLE, *Los deberes precontractuales de información*, Madrid, 1994, p. 22: «lo más coherente desde el punto de vista económico es atribuir el deber de información a la parte que está en condiciones de adquirirla a un coste más bajo».

⁴ El supuesto está tomado del caso «Celimene v. Damián», propuesto en *Mistake, fraud und duties to inform in European Contract Law*, ed. de Ruth SEFTON-GREEN, Cambridge, 2004, pp. 131 ss.

habilita para impugnar el contrato) con independencia del comportamiento de la otra parte. Desde esta perspectiva no es difícil aceptar que quien no ha causado el error, pero lo reconoce (o debe reconocer) en la otra parte, está obligado a deshacerlo (salvo que sea inexcusable). Por el contrario, un sistema que considera relevante el error cuando ha sido provocado o inducido por la otra parte, permite, como regla, que ésta permanezca en silencio aunque reconozca el error de la otra parte, sin consecuencias para la validez del contrato ⁵.

Los ordenamientos continentales concederían a la vendedora del Monet un buen número de remedios: anulación por error (Austria, Bélgica, Alemania, Italia, Holanda, España), por dolo (Bélgica, Francia), por *laesio enormis* (Austria, Bélgica), e indemnización por incumplimiento del deber de informar (Francia). Sin embargo, para un tribunal inglés sería difícil proteger a la vendedora, pues nuestro comprador no tenía obligación de informar: él no ha causado la falsa representación de la vendedora acerca del valor del bien. Si la situación de la vendedora le pareciera especialmente digna de protección, recurriría a una falsa representación tácitamente inducida (*implied misrepresentation*), o a un negocio usurario, alegables exclusivamente frente al comprador, no frente a terceros. Junto a la posición inglesa cabría alinear algunos de los comentarios vertidos al caso desde los sistemas jurídicos continentales. El comentarista francés apunta que tampoco sería justo que un experto no pudiera aprovecharse del trabajo y esfuerzo con el que ha obtenido su cualificación profesional, obligándole a revelar información valiosa sin obtener nada a cambio; su comportamiento omisivo no debería considerarse engañoso por querer aprovechar sus conocimientos. Por su parte, el comentarista alemán señala que, aunque parezca contradictorio, protegiendo a la anciana vendedora se pierde la riqueza descubierta en el cuadro, pues si el experto no pudiera aprovechar su descubrimiento, no revelaría nada. Así, desde la perspectiva de un mejor aprovechamiento de la riqueza, propio del análisis económico del Derecho, el comprador debería poder aprovecharse de su información (pues descubre y aprovecha una riqueza hasta entonces oculta, que seguiría oculta si no pudiese sacarle partido). Se pregunta también si en un caso así la vendedora ha asumido el riesgo de errar sobre las características de la pintura, y responde que no, al contrario de lo que ocurriría si se tratara de una venta en un mercadillo de ocasión, en el que la disparidad entre el valor del objeto y su precio es algo típico y usu-

⁵ AA. VV., *Mistake...*, cit., pp. 9 y 67. BEATSON J., *Anson's Law of contracts*, 27.ª ed., Oxford, 1998, pp. 294 ss.

mido por las partes: cada parte contractual asume el riesgo de adquirir cosas valiosas a bajo precio o cosas sin valor a relativo alto precio. En cuanto al dolo, no puede apreciarse, porque no hay una relación de confianza entre ellos que hubiese justificado la obligación de revelar el dato conocido. Por último, se cuestiona si no cabría apreciar una cierta analogía del supuesto enjuiciado con el de descubrimiento de tesoro, de forma que correspondiese distribuir el plusvalor por mitades, concluyendo que en este caso no sería posible la analogía⁶.

Rehm propone una reflexión a raíz de un supuesto similar, y argumenta en una dirección que, como veremos, le lleva bien lejos de la lógica subjetiva de los vicios del consentimiento: Un geólogo compra una finca a precio de tierra de labor sin informar al vendedor que presume la existencia de un filón de oro en aquélla. ¿Debió informar?

El autor comienza por considerar que ambas partes, geólogo y propietario del terreno, se encuentran en una relación contractual de intereses contrapuestos. El geólogo actúa frente al propietario como comprador, no como tasador del terreno. Esta circunstancia es esencial, pues los intereses del geólogo entrarían en conflicto si tuviera que actuar, primero como tasador, y a continuación como comprador. Por parte del propietario, parece claro que nada impide que conozca el valor de lo que vende, por ello, «el valor de su mercancía» es algo que cae siempre dentro de su ámbito de riesgo. Una obligación de informar a cargo del geólogo por una prestación

⁶ En efecto, no se trata de una analogía descabellada, si tenemos en cuenta que la explicación más razonable para la atribución de la mitad del tesoro al descubridor *in alieno* es que se trata del «premio» por haber encontrado cierta riqueza para quien tiene título para beneficiarse de ella (el propietario del terreno, que adquiere la otra mitad). Como explica PANTALEÓN, siguiendo en este punto a Ramponi, «[d]e no ser por el descubridor, en efecto, el tesoro hubiera continuado escondido en las entrañas de la tierra (...) Razonable es, por tanto, que el legislador le asigne una recompensa a cargo del *dominus loci*» (*Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, VIII-1.º, Madrid, Edersa, 1987, comentario del art. 610, p. 58). Desde esta perspectiva, ¿no sería una solución bastante razonable la de que el mayor valor procedente de la información por «descubrir» el Monet se repartiera entre la anciana y el comprador? En el generoso magisterio del profesor Pantaleón, del que me sigo beneficiando, éste opina que sólo esa extraña malquerencia del Derecho hacia las soluciones salomónicas es la causa de que no se haya visto, en las reglas sobre atribución de la propiedad del tesoro oculto, un mayor potencial de aplicación analógica a supuestos como los que son objeto de este trabajo. La idea de que la anciana del Monet, si quisiera anular la compraventa por error, debería estar dispuesta a reconocer al comprador un crédito por la mitad del mayor valor «descubierto», merecería, a su juicio, una mayor consideración. Si siempre ha parecido razonable que la anulación de un contrato por error tuviera como consecuencia que la parte que lo anulaba tuviera que indemnizar a la otra los daños y perjuicios causados por la anulación, no parecería absurdo añadir que, en determinados casos, la anulación habría de conllevar la carga de reconocer al otro contratante un «premio» por haber descubierto cierta información generadora de un mayor valor desconocido de la cosa, que justificaría la facultad de anulación del vendedor; según las circunstancias del caso, el «premio» podría graduarse entre el previsto para el hallador de la cosa perdida (10%-5%) y el descubridor del tesoro (50%).

(tasar) que no tiene posibilidad de cobrar (una vez tasado, el vendedor podría negarse a vender, o a vendérselo al geólogo) carece de fundamento, pues constituye una atribución de riesgo sin posible contraprestación. La asignación contractual del riesgo por información sobre el valor del bien corresponde al vendedor. Sin embargo, el autor reconoce que el § 119 Abs. 2 BGB permitiría impugnar el contrato por error cuando el geólogo «se aprovechara» de la ventaja que el error sobre el valor del terreno haya supuesto en el contrato para él; es un precepto ajeno al problema de que *la información contractual debe (poder) retribuirse a aquel a quien se ha atribuido el riesgo de información*, lo que enturbia la compatibilidad de su tesis con el sistema del BGB ⁷.

El dilema está servido: ¿Cómo evitar el reproche de «haberse aprovechado» de la ignorancia ajena e impedir así la impugnación por error? Pero, de otra parte, ¿cómo obligar a una parte contractual a velar por el interés de la contraparte en el marco de un contrato de intereses contrapuestos?

Para Gómez Calle la obligación de informar a cargo del comprador, cuando éste descubre que el vendedor yerra sobre el precio ofertado por desconocer el verdadero valor del objeto de la compraventa, depende de la condición más o menos protegible del vendedor. A un particular no se le puede exigir la diligencia de *tener que conocer* lo que vende, que sin embargo sí se puede pedir a un comerciante. El comprador estaría obligado a informar a aquél, mas no a éste ⁸.

Sin duda, es una solución plausible, pero ¿es realmente el dato sobre la condición del vendedor tan decisivo que deba preferirse a todos los demás datos?, pues hay preguntas que siguen sin responder: Por mucho que el entendido compre a un particular, él mismo es también un particular y, al fin y al cabo, ¿no ha podido el vendedor conocer el verdadero valor del bien? ¿No se arriesga el comprador a que el cuadro no sea de Monet, o a que el terreno no contenga un filón precioso? ¿No es completamente onerosa la

⁷ REHM, *Aufklärungspflichten...*, cit., p. 284.

⁸ GÓMEZ CALLE, *Los deberes precontractuales de información*, Madrid: La Ley, 1994, pp. 22 a 24: «En cambio, si el propietario que ignora el verdadero valor del bien es un particular a quien el profesional se dirige para que se lo venda, parece que de la buena fe pueden derivarse ciertos criterios que se impondrían a las consideraciones puramente económicas (...); la solución basada en consideraciones exclusivamente económicas debe limitarse con base en la buena fe y, así, en atención a la *profesionalidad* de una de las partes frente a la inexperiencia e ignorancia de la otra en lo relativo al objeto contractual, lo que normalmente generará una especial *confianza* de ésta en aquélla: así, por ejemplo, porque el interesado en comprar dé a conocer al otro su cualidad de experto, infundiéndole así la creencia de que le ofrece un precio justo (...). No reconocer estos límites conforme a la buena fe supondría excluir unos mínimos éticos y de justicia, que han de estar presentes en un enfoque jurídico del tema, y aun a costa de restar algún terreno a una consideración exclusivamente económica del problema.»

adquisición de la formación necesaria para apreciar el valor de un cuadro o de un terreno? ¿Cómo podría el obligado a informar cobrarse la «prestación» de haber informado? ¿Cómo tener preferencia en la compra después de haber informado? ¿No es el contrato el que asigna el riesgo de información sobre el objeto de la compraventa al vendedor? ¿O la regla cambia cuando el vendedor sea un particular y el comprador un experto o profesional? Y si se trata de una empresa que envía expertos para descubrir obras de arte, ¿habría que negarle el provecho de su iniciativa? ¿Por qué sería reprochable enriquecerse «a costa» de los propietarios, si es dicha empresa la que descubre la riqueza?

Pero además hay que tener en cuenta que ciertos riesgos de valoración de la cosa no dependen de que ésta sea defectuosa, o de que se ignore su origen, sino del modo con el que resulta valorada en el mercado: ¿Qué ocurre con el comprador de viviendas en el sur de Madrid que sabe que está aprobado el proyecto de soterrar la M-30, y que contrata con personas que no lo saben, obteniendo así en su reventa tres años después un precio netamente superior al que obtienen ahora los vendedores? ¿Debería el derecho privado hacer vulnerables tales contratos, pudiéndose anular, resolver, o haciendo restituir la ventaja obtenida gracias a la información ignorada? ¿Y si la información no era todavía pública y el comprador se aprovechó de cierta información privilegiada? ¿Y si los vendedores hubiesen estado en todo caso interesados en vender a menor precio y no esperar? ¿Cambia algo el que sea un particular el que compra o lo sea una empresa que realiza una serie sistemática de compras? ¿Y si el mercado inmobiliario se desploma y lo que se prometía como una buena inversión acaba siendo un auténtico fracaso? No es el momento de responder a todas estas preguntas, pero puede apuntarse, con Barros, que «[l]a tendencia del derecho comparado es que una información estratégica, que tiene que ver con las condiciones del mercado y que no ha sido adquirida en ejercicio de una función o cargo que le impida usarla para su propio beneficio, puede ser legítimamente aprovechada en su favor por el comerciante»⁹.

Sirva ahora de reflexión que el riesgo típicamente asumido por un comprador no es que le engañen, o que yerre de forma excusable sobre aspectos esenciales del contrato (sin entrar por ahora a considerar cómo entender la excusabilidad y la esencialidad), pues este riesgo queda cubierto por la posibilidad de anular; ni lo es la existencia de vicios ocultos, pues es el vendedor quien corre con el riesgo de que éstos existan; y tampoco la recepción de una presta-

⁹ BARROS, *Tratado de responsabilidad...*, cit., p. 1017.

ción que no sea conforme a lo pactado. El riesgo típico del comprador consiste en que aquello que es conforme a lo pactado tenga, una vez recibido, un valor inferior (o superior) al que para él representa el precio pactado, o bien que el valor de mercado se haya distanciado en el momento de la entrega (o poco después) respecto del precio pactado.

2. UNA PERSPECTIVA POLIÉDRICA

Sigamos con otro ejemplo: Cayo compra una vivienda a Sempronio sin conocer el proyecto de carretera que unirá el barrio residencial en el que aquélla se encuentra con el centro urbano. El trazado de la carretera pasa lo suficientemente cerca de la vivienda como para poner en peligro la tranquilidad de ésta. Pongamos que Cayo no la hubiese comprado de haber conocido este dato, pues el barrio le atrajo precisamente por su tranquilidad. Y pongamos también que Sempronio conocía la carretera proyectada, aunque no llegó a informar sobre ella porque en ningún momento durante las conversaciones preliminares se trató de modo expreso acerca de la comunicación entre el barrio y el centro. Por otra parte, el dato ignorado, aunque relevante para hacer que Cayo pierda interés en la vivienda, es un dato que revaloriza el precio de ésta. Asimismo, es un dato que cualquiera pudo obtener tras consultar el plan urbanístico municipal de la zona sin gasto considerable alguno. ¿A quién imputar la ignorancia?

Si Cayo da una importancia decisiva a la tranquilidad de la vivienda, parece lógico que sea él quien se asegure de que ésta es y seguirá siendo tranquila, luego su ignorancia (pensar que las cosas seguirán siendo tal y como eran el día que conoció la vivienda) no debería afectar al contrato. Que las autoridades locales decidan introducir algún cambio urbanístico es parte de lo que podríamos llamar «riesgo ordinario de la vida» de quienes se ven afectados por dicha medida, sean compradores, vendedores o simples afectados. Ahora bien, si Cayo dejó claro al contratar –durante los trámites preliminares– que la tranquilidad del lugar era condición y cualidad necesaria para interesarse en la compra, y el vendedor, que conocía el proyecto de carretera, no dice nada, parece claro que aquél podría anular por error sobre una cualidad que había devenido esencial en dicho contrato, o por dolo omisivo. La omisión deliberada de un dato que se sabe decisivo para la formación del consentimiento contractual de la contraparte debe considerarse constitutivo de dolo omisivo, o al menos, cuando no alcancemos a probar el componente subjetivo del dolo, de error (relevante, por-

que la otra parte lo conoció, pudo y debió evitarlo). Hay que tener en cuenta que un aspecto decisivo en materia de obligaciones de información (como ocurre con el error) es la esencialidad de la información para el contrato, que sea esencial para el tipo contractual elegido, o que haya devenido esencial en el curso de los tratos preliminares, pues parece lógico que la omisión de información no decisiva no afecte al contrato, aunque pueda desencadenar consecuencias de otra índole. En el caso propuesto, la tranquilidad deseada por el comprador no parece por sí sola esencial (salvo que el nivel de ruido afecte a la habitabilidad de la misma), mas puede haber devenido tal en las negociaciones. Finalmente, la acción de anulación podría acompañarse de una pretensión indemnizatoria por culpa *in contrahendo*.

También cabría plantear si no se trata de un supuesto de incumplimiento o cumplimiento defectuoso, siempre que las partes hubieran sustituido la obligación de «entregar la cosa vendida en el estado en que se hallaba al perfeccionarse el contrato» (art. 1468.I CC) por la obligación de entregar una *vivienda tranquila*.

Podría incluso mantenerse que, una vez probado que el vendedor se obligaba a entregar una vivienda tranquila, la carretera representa un vicio redhibitorio que excluye la satisfacción del interés del comprador y que ofrece a éste la posibilidad de estimar (modificar) o redhibir el contrato, tanto si el vendedor conoce la carretera como si no (art. 1486 CC). Esta solución reviste especial interés, pues, sin entrar a valorar el comportamiento de las partes (como ocurre en los supuestos de «error invalidante», «dolo causante» o «incumplimiento resolutorio»), aquí es el propio contrato el que asigna de forma objetiva el riesgo por defecto de información sobre los vicios ocultos de la cosa. Si la carretera constituye un «vicio oculto», dados los términos del contrato respecto de la funcionalidad del bien («[e]l vendedor estará obligado al saneamiento por los defectos ocultos que tuviere la cosa vendida, *si la hacen impropia para el uso a que se la destina, ...*» art. 1484 CC), el comprador podría acudir a los remedios propios del saneamiento por vicios ocultos (art. 1486 CC)¹⁰.

Quizá lleguemos a la conclusión de que de los tratos preliminares no puede deducirse que el comprador dejara clara esta «incorporación» de la tranquilidad de la vivienda a la prestación debida, ni lleguemos a acreditar lo excusable del error, o la intención de engañar del dolo, o la condición de vicio de la carretera; sin embar-

¹⁰ Si en nuestro caso puede no estar claro hasta qué punto la falta de tranquilidad hace impropio el objeto del contrato para la finalidad para la que ha sido adquirido, piénsese en la venta de una vivienda en la que se hubiese ocultado la existencia de una discoteca en el piso de abajo, a la que se accede desde otra calle.

go, puede que fueran las reiteradas referencias de Sempronio a la tranquilidad del lugar las que hicieron que Cayo esperara esta cualidad como nota esencial de la vivienda. Podría tratarse entonces de una falsa representación provocada por las declaraciones de la otra parte contractual, lo que en la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo ha sido suficiente para justificar la anulación por error¹¹. Hemos vuelto así al punto de partida (invalidéz por error), después de un breve recorrido a través de otras posibles soluciones, como la responsabilidad por incumplimiento o la atribución *ex lege* del riesgo contractual representado por los vicios ocultos.

A medida que vamos acumulando posibles soluciones resulta inevitable preguntarse por cuál de ellas protege mejor al contratante «ignorante»: anular con eventual reparación del interés negativo¹²; resolver con eventual reparación del interés positivo; mantener el contrato, estimando un nuevo valor para la prestación; y sobre todo, decidir si son remedios compatibles y resulta razonable la posibilidad de elegir entre ellos.

La posibilidad de anular el contrato por error dependerá de que concurran los requisitos del error invalidante. Habrá por tanto que probar que se trata de un error esencial y excusable sobre un «motivo» incorporado al contrato (la tranquilidad), o mejor aún, sobre

¹¹ MORALES MORENO, *El error en los contratos*, Madrid, 1988, pp. 221 ss.

¹² Sobre la limitación al interés negativo de la indemnización por causa de nulidad/anulabilidad, se pronuncian a favor, con carácter general: DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, II, Madrid, Tecnos, 6.ª ed., 1989, p. 123. GARCÍA RUBIO, *La responsabilidad precontractual en el derecho español*, Madrid: Tecnos, 1991, pág. 191. GÓMEZ CALLE, *Los deberes...*, cit., p. 73. DELGADO ECHEVERRÍA, *Elementos de Derecho civil*, II-3.º, *Derecho de obligaciones*, Barcelona, Bosch, 3.ª ed., 1994, p. 599. Con todo, este último autor entiende que «[p]ara estos casos, en que, efectivamente, ha habido una conducta contractual –aunque inválida–, es más fácil admitir la aplicación de las reglas de la responsabilidad contractual (...)»; puede argumentarse por analogía, más o menos próxima según los casos, a partir de artículos como 1486.II, 1487, 1483 y 1270.II». PANTALEÓN PRIETO afirma que «[e]n modo alguno es seguro que, en todos los casos de nulidad y anulabilidad del contrato imputable a una de las partes, la pretensión indemnizatoria de la otra haya de limitarse siempre al interés contractual negativo» («Resolución por incumplimiento e indemnización», en *Anuario de Derecho civil*, 1989, pág. 1166). A favor de que la nulidad por imposibilidad originaria de la prestación sea compatible con la indemnización de todo el interés de cumplimiento, CARRASCO PERERA, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, XV-1.º, Edersa, Madrid, 1989, p. 432. Como explica Pantaleón, «una justa tutela del contratante acreedor de la prestación imposible, que no la sabía tal, exige no excluir absolutamente que pueda mantener el contrato (no resolverlo, si continúa interesándole desprenderse del bien objeto de su prestación) y, lo mantenga o no, reclamar a la otra parte una indemnización (menor o mayor según se resuelva o no el contrato, pero) en la medida del interés en el cumplimiento o interés contractual positivo, cuando la otra parte haya conocido la imposibilidad de la prestación que prometía, o quepa imputarle haberla prometido ignorando su imposibilidad». Por ello, la nulidad no es la mejor solución para estos casos, ni «exigencia ineludible de la razón jurídica» (en «Las nuevas bases de la responsabilidad contractual», *Anuario de Derecho civil*, 1993-IV, pp. 1721 y 1722). Reconociendo lo ineludible de extender la indemnización al interés positivo en caso de dolo, MORALES MORENO, *Comentario del Código civil*, Ministerio de Justicia, 2.ª ed., Madrid, 1993, art. 1270, p. 472.

una cualidad esencial esperada conforme al contrato (vivienda tranquila). Cuando prospere, se procederá a liquidar el contrato en los términos previstos por los artículos 1300 ss. CC. En plano distinto al de la validez, se considerará la posible indemnización de los daños que la contratación fallida haya causado al contratante que impugna. Esta responsabilidad por daño exigirá la prueba de la culpa *in contrahendo*, además de la prueba del daño y de que la causa de éste fuera el contrato, o mejor, haber contratado con error. Desde esta perspectiva, el interés cubierto por la pretensión indemnizatoria es *el interés en no haber contratado de no haber padecido el error*. Este interés, conocido como interés negativo o de confianza, incluiría tanto el daño emergente (gastos de la contratación) como el lucro cesante (pérdida segura de alguna oportunidad que se dejó escapar por haberse comprometido ya en el contrato que se anula) ¹³.

Si el vendedor ocultó deliberadamente el dato (callando ante una pregunta explícita del comprador, o con afirmaciones confusas o verdades parciales que ocultan el proyecto de carretera), consciente de omitir una información que podría alterar el sentido de la negociación por parte del comprador, éste podría anular el contrato por dolo causante de la contraparte, y además pretender el resarcimiento de los daños causados por el contrato anulado en la medida del interés positivo (arts. 1270.II, 1486.II, 1487, 1488 CC). Morales Moreno defiende para el caso de dolo que una forma de reparar el daño pueda consistir en desligarse del contrato con efectos resolutorios *inter partes*, como ha hecho el BGH en algunos supuestos de culpa *in contrahendo* ¹⁴, y como hace nuestro Tribunal Supremo cuando aplica el artículo 1124 CC a problemas que no pueden considerarse, técnicamente, de incumplimiento ¹⁵.

Si en virtud del contrato de compraventa entre Cayo y Sempronio la carretera proyectada constituye un «vicio oculto» de la vivienda, el vendedor respondería, o mejor, *correría con el riesgo* de existencia de aquélla, tanto si conociese el proyecto como si no, lo que permite al comprador desligarse del contrato y cobrarse los gastos que éste le haya causado, sin necesidad de imputar respon-

¹³ ASÚA GONZÁLEZ, *La culpa in contrahendo*, San Sebastián, 1989, págs. 67 y ss. GARCÍA RUBIO, M.ª Paz, *La responsabilidad precontractual...*, cit., pp. 239 ss.

¹⁴ Es sumamente interesante el paralelismo que encontramos entre la propuesta de Morales y la jurisprudencia alemana sobre culpa *in contrahendo* por la que se concede, como modalidad indemnizatoria que consigue «devolver» al damnificado a la situación anterior a la producción del daño, la liberación del contrato con devolución de lo pagado más los intereses, aunque el contrato no pudiera declararse inválido. Sobre esta jurisprudencia y su crítica a cargo de la doctrina alemana, véase Asúa GONZÁLEZ, *La culpa...*, cit., pp. 186 ss.

¹⁵ MORALES MORENO, *Comentario del Código civil*, Ministerio de Justicia, Madrid, 2.ª ed., 1993, art. 1270, p. 472.

sabilidad contractual al vendedor; en caso de dolo, podría pretender que se le indemnizase el interés positivo (art. 1486.II CC). Más difícil resultará la pretensión de revisar (estimar) el equilibrio de las prestaciones mediante la acción estimatoria, pues ésta modifica el contrato conforme a parámetros de mercado, y en este caso la carretera no resta valor a la vivienda, más bien al contrario, por lo que no habría ningún «menor valor» para el bien estimado.

Resulta significativo que el Código contemple, por una parte, la asignación objetiva del riesgo por vicios ocultos y de los gastos del contrato, y por otra, la responsabilidad por dolo, como si entre la imputación objetiva y la subjetiva por dolo «olvidara» la responsabilidad por negligencia. Barros sugiere que, cuando el punto de partida es que son los deberes de información los que deben estar justificados, resulta explicable que «el umbral de la responsabilidad esté dado por la mala fe y no por la mera negligencia»¹⁶. Con todo, en pura teoría cabría imputar responsabilidad por negligencia (culpa *in contrahendo*), limitando el daño indemnizable al interés negativo.

Si lo que las partes han determinado como objeto del contrato es una vivienda que reúna determinadas cualidades (y no sólo el objeto contractual en el momento de perfección del contrato), entre las que se encuentra la tranquilidad, la entrega de la vivienda con una carretera proyectada constituiría un supuesto de incumplimiento o de cumplimiento defectuoso. No parece que en este caso fuese posible la reparación (aislar la vivienda) o la sustitución (entregar una vivienda con las características de la anterior, pero en una zona más tranquila del mismo barrio) como medidas propias del cumplimiento específico; la primera, por lo desproporcionado del coste que supondría dicha reparación, y la segunda, por la evidente dificultad para contar con otra vivienda, fungible respecto de la primera, pero suficientemente tranquila (aunque considérese el caso de que Sempronio fuese una empresa inmobiliaria que dispone de otras viviendas en la zona, en cuyo caso la «sustitución» podría ser una solución real). Ya se ha hecho referencia a la dificultad para estimar a la baja el precio por haber recibido una vivienda no conforme a la tranquilidad pactada, ya que la pérdida de valor no se refleja en el mercado. Por todo ello, lo más probable es que la reclamación por incumplimiento concluya en resolución con eventual resarcimiento del interés contractual (de cumplimiento, o positivo)¹⁷. En cuanto a éste, habría que preguntarse si el comprador

¹⁶ BARROS, *Tratado de responsabilidad...*, cit., p. 1018.

¹⁷ Sobre resolución e indemnización, véase PANTALEÓN, «Resolución por incumplimiento e indemnización», *Anuario de Derecho civil*, 1989-IV, pp. 1143 ss.

que resuelve por no recibir una casa tranquila, como había pactado, puede exigir como lucro cesante lo que hubiera obtenido con su venta, ahora que la carretera ha elevado ligeramente el valor de mercado de los inmuebles de la zona. A lo que habrá que responder que el incumplimiento no le impide obtener ese lucro, porque de hecho puede recibir la vivienda y venderla; lo que le impide es disfrutar personalmente de ella, y este disfrute es incompatible con el daño/lucro cesante por no haber podido enajenarla. Por el contrario, sí corresponde al interés de cumplimiento el sobreprecio que Cayo tenga que pagar por obtener una casa análoga a la comprada y situada en el mismo barrio, pero en una zona verdaderamente tranquila (si es que existe tal vivienda y tal diferencia de precio, lo que planteará indudables problemas probatorios).

Todo viene a complicarse, además, cuando nos planteamos por la posible compatibilidad de todas estas vías, de forma que el mismo supuesto pueda solucionarse como problema de *invalidéz* por error/dolo, como *atribución de riesgo* por vicio redhibitorio, o como *responsabilidad* por incumplimiento. En el caso de Cayo, y atendiendo a las diversas variables con las que hemos ido enriqueciendo el supuesto, podría anular (por dolo o error) y hacerse indemnizar el daño representado por el interés en no haber contratado; o resolver por cumplimiento defectuoso (siempre que la obligación del vendedor incluyese la tranquilidad de la vivienda) y hacerse indemnizar el interés de cumplimiento, que llegaría a cubrir el mayor gasto (si lo hay) que para el comprador suponga la adquisición de una vivienda tranquila en la misma zona. No podrá exigir la reparación (por el coste desproporcionado que supondría para el vendedor) ni la sustitución por falta de conformidad (salvo que el vendedor disponga de una vivienda fungible respecto de aquella y además tranquila), ni estimar a la baja un precio que no es objetivamente menor. Las únicas pretensiones que exigirían imputar subjetivamente la conducta del demandado serían las de daños.

Con toda seguridad, la sensibilidad jurídica continental es más reacia que la anglosajona para admitir sin reparos esta diversidad de soluciones posibles y simultáneas, a elección del actor. Musy comenta, al hilo de la exposición del tratamiento en derecho anglosajón de las obligaciones precontractuales de información, que lo normal para el jurista de *common law* es disponer diversas instituciones para resolver el mismo problema, y que los instrumentos aptos para resolver los casos de *precontractual liability* se encuen-

tren tanto en el *law of contracts*, como en el *law of torts* o en los remedios procesales que se originan en torno a la *equity*¹⁸.

Sin duda se trata de una cuestión *de lege ferenda*: decidir sobre la conveniencia de que a un supuesto de hecho le corresponda, de forma excluyente, una única solución, o de forma convergente, soluciones diferentes desde diferentes perspectivas. Así ocurre con el solapamiento que tiene lugar entre las regulaciones del error y del incumplimiento. Morales Moreno destaca «la relación entre el error e incumplimiento, ya que la misma plantea un problema de concurrencia de remedios. Cuando el error se refiere a las cualidades de la cosa objeto del contrato, la ausencia de las cualidades presupuestas en ella puede ser considerada como un incumplimiento (falta de conformidad de la cosa)»¹⁹. Rojo Ajuria comenta agudamente que «en la calificación de los hechos como dolo vicio o incumplimiento subyace una opción de política jurídica». Así, «la escasez de supuestos de dolo vicio (...) puede explicarse, al menos en parte, por la incorporación total o parcial de los supuestos típicos de falsa representación dolosa al contenido del contrato. En general, de tal modo se difuminan las barreras entre el problema de los vicios del consentimiento y el de la distribución de los riesgos contractuales, tal como apuntaba Morales en su obra sobre el error»²⁰.

En la actualidad, la cuestión sobre la compatibilidad de ambos regímenes es objeto de especial atención. Algunos cuerpos de normas de derecho uniforme, partiendo de posiciones comunes respecto al concepto de incumplimiento como «falta de conformidad», han optado por soluciones divergentes: los Principios UNIDROIT (PU) se han decantado por la incompatibilidad, al contrario que los PECL (Principios de Derecho europeo de contratos) o el DCFR (*Draft Common Frame of Reference*).

La profesora Fenoy, que se ha ocupado de esta divergencia con detenimiento, explica las diferencias de fondo y las razones que se han dado para avalar ambas posturas. La solución de los PU de preferir la aplicación del régimen del incumplimiento resulta coherente, por una parte, con la propia tendencia de los PU a solucionar todos los conflictos de insatisfacción del interés del acreedor a través de la noción de incumplimiento, y por otra parte, con la constatación de que el elenco de los remedios por incumplimiento (cumplimiento específico, resolución, indemnización) es más amplio y

¹⁸ MUSY, *Il dovere di informazione. Saggio di diritto comparato*, Trento, 1999, pp. 114 ss.

¹⁹ MORALES MORENO, «Los vicios de la voluntad en los PECL», en *La modernización del Derecho de obligaciones*, Madrid, Civitas, 2006, p. 294.

²⁰ ROJO AJURIA, *El dolo en los contratos*, Madrid, Civitas, 1994, pp. 144 ss.

de mayor alcance que el previsto para el error (anulación, indemnización), por lo que aquél «da una más adecuada protección al acreedor lesionado»²¹. El propio comentario al artículo 3.7 PU afirma que la opción por el incumplimiento «ofrece una mejor solución y resulta más flexible que la solución tajante de la nulidad». La razón última parece ser por tanto la protección efectiva: los remedios por invalidez no tienen nada que aportar respecto de los remedios por incumplimiento. A esto hay que sumar que la indemnización eventualmente concedida al acreedor en caso de error «sólo tiene la finalidad de dejar a la otra parte en la misma posición en la que se encontraría de no haber celebrado el contrato» (Comentario al art. 3.18 PU), limitación que no tiene sentido en caso de incumplimiento.

Sin embargo, los PECL, partiendo del mismo concepto aglutinador de incumplimiento que los PU, han entendido (así lo expresa el comentario adjunto) que no hay buenas razones para impedir que la parte perjudicada elija entre unos y otros remedios, siempre, claro está, que se den sus presupuestos y sean remedios compatibles. Tal decisión constituye una medida de prudencia (la compatibilidad es la solución más común en nuestro entorno) y de respeto a la legítima diversidad de soluciones y a la libertad de optar entre ellas (respeto a que se presente algún caso en el que la protección de la invalidez, aunque más rígida, pueda interesar más, o simplemente, resultar preferida). La opción cobra especial relieve cuando alguno de los remedios ofrecidos por la invalidez con carácter inmediato se ofrezca entre los remedios de incumplimiento con carácter subsidiario, puesto que en tal caso resulta evidente que el remedio de invalidez podrá interesar más, precisamente porque evita la subsidiariedad querida en materia de incumplimiento. Pero esto mismo nos obliga a considerar que, si el legislador ha establecido una jerarquía de remedios por incumplimiento, la posibilidad de eludir ésta acudiendo a la invalidez representa una fisura en una regulación que se ha querido imperativa.

Fenoy se plantea este mismo conflicto en el contexto de la aplicación de la Ley de Garantías (antes de su incorporación al Texto Refundido, pero con el mismo contenido) y de su compatibilidad con la aplicación de los remedios generales no expresamente excluidos por ésta. Los remedios por falta de conformidad previstos por la mencionada norma son más numerosos, variados y flexibles que los remedios por error. Sin embargo, la anulación permite la desvinculación inmediata del contrato (arts. 1265, 1300 CC), «con lo que el

²¹ FENYOY PICÓN, *El sistema de protección del comprador*, Madrid, Cuadernos de Derecho Registral, 2006, pp. 196 ss.; la cita literal es de p. 205.

consumidor evitaría la jerarquía de remedios de la Ley de Garantías»²². Al particular le conviene poder optar, pues así dispondrá de más soluciones con carácter inmediato. Sin embargo, debería valorarse si este interés particular debe prevalecer sobre el interés del legislador en establecer una serie de remedios en cadena, o con otras palabras, deberíamos sondear el alcance imperativo de una norma que probablemente ha querido incorporar al ordenamiento una «versión actualizada» del principio de conservación del contrato²³. Cuando la caducidad de las acciones edilicias obligaba a los particulares a reaccionar en seis meses, la posibilidad de acudir al remedio por invalidez otorgaba un respiro que siempre contó con el apoyo de la jurisprudencia y de la doctrina. Sin embargo, cuando una legislación reciente establece cierta prelación de remedios para el caso de incumplimiento *en sentido amplio*, la subsistencia de otros remedios compatibles representa una vía legítima (pero, ¿realmente querida?) para evitar la jerarquía recién implantada²⁴.

¿Qué otros datos encontramos en nuestra legislación acerca de este conflicto, y cómo se conjuga el derecho codificado con las soluciones propuestas más recientemente por la legislación especial?

3. LEYES ESPECIALES Y PROPUESTAS DE ARMONIZACIÓN DEL DERECHO EUROPEO DE CONTRATOS: NUEVAS SOLUCIONES

El Código Civil carece de una regla que imponga deberes precontractuales de información, pero, tal y como acabamos de comprobar, no carece de preceptos que solucionan conflictos en los que se han visto (o podido ver) involucrados deberes precontractuales de información. Cuando el codificador permite anular el contrato al contratante que yerra sobre las cualidades del objeto, cuando ofrece la estimatoria y la redhibitoria al comprador que descubre vicios ocultos en el objeto comprado, o cuando ofrece un conjunto de remedios por incumplimiento al producirse un desajuste entre la prestación esperada y la recibida, está resolviendo conflictos que pueden ser, total o parcialmente, informativos. El Código es ajeno a un hipotético supuesto de hecho que podría denominarse «violación de deberes precontractuales de información», por lo que, si queremos construirlo, habría que hacerlo a partir de los supuestos de hecho de los vicios del consentimiento, de los vicios ocultos y de la

²² FENOY, *El sistema...*, cit., p. 246.

²³ FENOY, *El sistema...*, cit., p. 246.

²⁴ FENOY, *El sistema...*, cit., p. 259.

responsabilidad por incumplimiento contractual, en el contexto de los deberes de conducta impuestos por el principio de buena fe. En cuanto a las consecuencias jurídicas, las ofrece variadas. Lo relevante ahora es señalar que la perspectiva del Código al resolver estas cuestiones es siempre la del conflicto interindividual, esto es, el ofrecimiento de una norma de justicia conmutativa que dirime una controversia exclusivamente privada: las soluciones afectan al contrato (lo anulan, lo modifican, lo resuelven) y a la eventual indemnización del daño experimentado por la parte no informada.

Otra perspectiva bien distinta fue la adoptada por la LGDCU de 1984, que tras proclamar la necesaria tutela del consumidor, sujeto abstracto titular del derecho de información consagrado en el artículo 13, dejaba sin resolver el problema del consumidor individual en cuyo contrato se había ignorado el mencionado derecho. La tipificación de infracciones administrativas y de sus correspondientes sanciones afrontaba el conflicto entre profesionales y consumidores desde una perspectiva jurídico-pública, dejando sin resolver el problema singular de cada consumidor (qué le ocurre a su contrato). El legislador era consciente de esta ausencia de solución *entre los contratantes*, y en un tímido intento por ofrecer una, propuso un precepto (art. 12.6 LGDCU, reformado por Ley 44/2006, de 29 de diciembre, de mejora de la protección de los consumidores y usuarios) que introduce en nuestro ordenamiento una vía para la integración judicial de los contratos con consumidores²⁵.

La situación ha cambiado, aparentemente, con la promulgación del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la LGDCU y otras leyes complementarias (TR en adelante). Frente a la absoluta generalidad con la que estaba redactado el art. 13 en la primera versión de la Ley General (capítulo IV: «Derecho a la información»), el nuevo capítulo IV («Derecho a la información, formación y educación») consta de dos artículos (17 y 18), el primero de los cuales se dirige a los poderes públicos y a los medios de comunicación social de titularidad pública estatal, y el segundo se refiere a la presentación de bienes y servicios mediante etiquetado, ámbito que es objeto de una detallada reglamentación. Los aspectos jurídico-privados de la contratación con consumidores son ahora tratados en el nuevo libro II («Contratos y garantías») del TR, y por lo que respecta a la información, la encontramos en el título I («Contratos con los consumidores y usuarios»), capítu-

²⁵ Artículo 12.6 LGDCU, reformado por Ley 44/2006, de 29 de diciembre, de mejora de la protección de los consumidores y usuarios: Los contratos con los consumidores se integrarán, en beneficio del consumidor, conforme al principio de buena fe objetiva, también en los supuestos de omisión de información precontractual relevante.

lo I («Disposiciones generales»), artículo 60 («Información previa al contrato»²⁶). También existe una previsión específica para la contratación a distancia (art. 97 TR)²⁷. En cuanto a las consecuencias jurídicas por no informar cuando se debe, la única previsión sigue siendo la posibilidad de integrar judicialmente el contrato,

²⁶ Artículo 60 TR (*Información previa al contrato*):

1. Antes de contratar, el empresario deberá poner a disposición del consumidor y usuario de forma clara, comprensible y adaptada a las circunstancias la información relevante, veraz y suficiente sobre las características esenciales del contrato, en particular sobre sus condiciones jurídicas y económicas, y de los bienes o servicios objeto del mismo.

2. A tales efectos serán relevantes las obligaciones de información sobre los bienes o servicios establecidas en esta norma y normas que resulten de aplicación y, además:

a) Nombre, razón social y domicilio completo del responsable de la oferta contractual y, en su caso, el nombre, razón social y la dirección completa del comerciante por cuya cuenta actúa.

b) Precio completo, incluidos los impuestos, o presupuesto, en su caso. En toda información al consumidor sobre el precio de los bienes o servicios, incluida la publicidad, se informará del precio final completo, desglosando, en su caso, el importe de los incrementos o descuentos que sean de aplicación, de los gastos que se repercutan al consumidor y usuario y de los gastos adicionales por servicios accesorios, financiación u otras condiciones de pago similares.

c) Fecha de entrega, ejecución del contrato y duración.

d) Procedimiento de que dispone el consumidor para poner fin al contrato.

e) Garantías ofrecidas.

f) Lengua o lenguas en las que podrá formalizarse el contrato, cuando ésta no sea la lengua en la que se le ha ofrecido la información previa a la contratación.

g) Existencia del derecho de desistimiento del contrato que pueda corresponder al consumidor y usuario, el plazo y la forma de ejercitarlo.

3. La información precontractual debe facilitarse al consumidor de forma gratuita.

²⁷ Artículo 97 TR (*Información precontractual*):

1. Antes de iniciar el procedimiento de contratación y con la antelación necesaria, el empresario deberá suministrar al consumidor y usuario, de forma veraz y suficiente, la información prevista en el artículo 60 y además:

a) El coste de la utilización de la técnica de comunicación a distancia cuando se calcule sobre una base distinta de la tarifa básica.

b) Las características esenciales del bien o servicio.

c) Los gastos de entrega y transporte, en su caso.

d) El plazo de vigencia de la oferta y del precio y, en su caso, la ausencia del derecho de desistimiento en los supuestos previstos en el artículo 102.

e) La duración mínima del contrato, si procede, cuando se trate de contratos de suministro de bienes o servicios destinados a su ejecución permanente o repetida.

f) Las circunstancias y condiciones en que el empresario puede suministrar un bien o servicio de calidad y precio equivalentes, en sustitución del solicitado por el consumidor y usuario, cuando se quiera prever esta posibilidad.

g) La forma de pago y modalidades de entrega o de ejecución.

h) En su caso, indicación de si el empresario dispone o está adherido a algún procedimiento extrajudicial de solución de conflictos.

2. La información contenida en el apartado anterior, cuya finalidad comercial debe ser indudable, deberá facilitarse al consumidor y usuario de modo claro e inequívoco, mediante cualquier técnica adecuada al medio de comunicación a distancia utilizado, y deberá respetar, en particular, el principio de buena fe en las transacciones comerciales, así como los principios de protección de quienes sean incapaces de contratar.

según disponía ya la Ley de mejora y establece en la actualidad el artículo 65 TR.

Claro que la diversidad legislativa en el tratamiento de los deberes precontractuales de información no termina aquí. Queda por analizar el fenómeno más significativo de estos últimos años: la legislación especial y ciertas iniciativas de ámbito europeo. La errática cadencia legislativa de la Unión Europea ha ido exigiendo, a golpe de directiva, normativa interna que fuese incorporando ciertas orientaciones comunes en sectores muy concretos de la contratación: el comercio fuera de establecimiento mercantil, la compraventa a plazos de bienes muebles, el crédito al consumo o el derecho de aprovechamiento por turno (éstos son los más significativos en la materia que nos ocupa; podríamos sumar la ordenación del comercio minorista, el contrato de viaje combinado o la venta de bienes muebles de consumo). Lo peculiar de esta legislación especial es la atomización del supuesto de hecho, así como una notable heterogeneidad en la elección de la consecuencia jurídica. Recientemente, el panorama se ha visto afectado por el hecho de que algunas leyes especiales hayan sido incorporadas al seno del Texto Refundido (legislación sobre contratos celebrados fuera de establecimiento mercantil, sobre contratación a distancia, sobre garantías en la venta de bienes de consumo, sobre viajes combinados y sobre responsabilidad civil por daños causados por productos defectuosos) y otras no (legislación sobre servicios de la sociedad de la información y el comercio electrónico, sobre radio difusión televisiva, sobre garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios, sobre crédito al consumo, sobre derecho de aprovechamiento por turno y sobre publicidad), aunque hay que decir que todas ellas, dentro y fuera, han conservado sus peculiaridades.

3.1 CONTRATACIÓN FUERA DE ESTABLECIMIENTO MERCANTIL

La regulación sobre «protección de los consumidores en el caso de contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles» exige, dentro de su ámbito de aplicación (arts. 107 y 108 TR), que tanto el documento contractual como el documento de desistimiento se formalicen por escrito y en doble ejemplar, y que se fechen y firmen de puño y letra del consumidor o usuario (art. 111 TR). En cuanto a las «consecuencias del incumplimiento» de esta obligación, el artículo 112 establece que el contrato

puede ser anulado por el consumidor. El legislador presume la protegibilidad del consumidor al que no se le ha entregado por escrito un ejemplar del contrato y un documento en el que conste por escrito su derecho de desistimiento. El hecho de que se le haya protegido dándole la posibilidad de anular el contrato (además de la de desistir en el plazo de siete días desde que se haya entregado el documento de desistimiento –art. 110–) indica que se ha querido reforzar la protección *del interés en no haber contratado de haber sido informado*. Desde esta perspectiva, la eventual indemnización cubrirá el daño representado por el interés negativo o de confianza. Al no hacerse referencia a ninguna singularidad para el régimen de anulación, habrá que estar al general de los artículos 1300 ss. CC. La falta de entrega por escrito al consumidor de la información sobre su derecho a desistir no priva a éste de tal derecho, pero el legislador ha querido asegurarse de que el consumidor conoce su derecho haciendo especialmente vulnerable la posición contractual de quien no informe del mismo (cuatro años de anulabilidad).

Con todo, si lo que está en juego es el derecho a desistir, no parece lo más adecuado un plazo de cuatro años de anulabilidad desde que se celebre el contrato. Parece más acorde con el interés protegido que el plazo de desistimiento o anulación no comience hasta que el consumidor haya conocido (o podido conocer gracias a la información dada) su derecho a desistir (como propone el DCFR), pero que a partir de dicho momento dure menos, evitándose así un plazo de «vulnerabilidad» excesivo; al fin y al cabo, se trata de que el consumidor reconsidere su interés en el contrato, y para eso no hacen falta cuatro años.

3.2 CRÉDITO AL CONSUMO

La Ley de Crédito al Consumo se aplica a contratos en los que un empresario concede crédito a un consumidor mediante préstamo, apertura de crédito o cualquier otro medio equivalente de financiación, para satisfacer necesidades personales ajenas a la actividad empresarial o profesional (arts. 1 y 2). Tal como hiciera la LGDCU, esta ley prevé sanciones administrativas por incumplimiento de sus disposiciones (art. 5), pero a diferencia de aquélla, contempla soluciones particulares para los contratos en los que se viola su normativa, y además lo hace de manera diferen-

ciada (art. 7) ²⁸, dependiendo de qué información haya sido omitida o falseada (art. 6) ²⁹.

La exigencia de una tasa anual equivalente (TAE) persigue facilitar la comparación de las ofertas del sector y consigue polarizar la competencia de cara al consumidor. Su omisión provoca una «dulcificación» de la obligación del consumidor, que queda limitada «a abonar el interés legal en los plazos convenidos». El interés no expresado mediante TAE se sustituye por el interés legal: el contenido del contrato se modifica parcialmente con una medida dispositiva que resulta beneficiosa para el consumidor.

La información referida en el párrafo B) comprende el plan de devolución del capital y de pago de los intereses, y su omisión (salvo error o inexactitud en el plazo) comporta la obligación del consumidor de pagar «el precio al contado o el nominal del crédito en los plazos convenidos». Se anula así, parcialmente, el contenido contractual, y en concreto, se elimina el pago del interés, manteniéndose la obligación de devolución del principal en los plazos

²⁸ Artículo 7 LCrC: (...) En el supuesto de que el documento del contrato no contenga las menciones establecidas en el apartado segundo del mencionado artículo, se producirán las siguientes consecuencias:

A) En el caso de la mención a que se refiere la letra A), la obligación del consumidor se reducirá a abonar el interés legal en los plazos convenidos.

B) En el caso de la mención a que se refiere la letra B), y siempre que no exista omisión o inexactitud en el plazo, la obligación del consumidor se reducirá a pagar el precio al contado o el nominal del crédito en los plazos convenidos. En el caso de omisión o inexactitud de los plazos, dicho pago no podrá ser exigido al consumidor antes de la finalización del contrato.

C) En el caso de la mención a que se refiere la letra C), no podrá exigirse al consumidor el abono de gastos no citados en el contrato, ni la constitución o renovación de garantía alguna.

En el caso de que los contenidos del número 2 del artículo 6 figuren en el documento contractual, pero sean inexactos, se modularán, en función del perjuicio que debido a tal inexactitud sufra el consumidor, las consecuencias previstas en las letras A), B) y C) anteriores.

²⁹ Artículo 6 LCrC:

1. Los contratos sometidos a la presente Ley se harán constar por escrito. Se formalizarán en tantos ejemplares como partes intervengan, debiéndose entregar a cada una de ellas su correspondiente ejemplar debidamente firmado.

2. Además de las condiciones esenciales del contrato, el documento contendrá necesariamente:

A) La indicación de la tasa anual equivalente definida en el artículo 18 y de las condiciones en las que ese porcentaje podrá, en su caso, modificarse. Cuando no sea posible indicar dicha tasa, deberá hacerse constar, como mínimo, el tipo de interés nominal anual, los gastos aplicables a partir del momento en que se celebre el contrato y las condiciones en las que podrán modificarse.

B) Una relación del importe, el número y la periodicidad o las fechas de los pagos que deba realizar el consumidor para el reembolso del crédito y el pago de los intereses y los demás gastos, así como el importe total de esos pagos, cuando sea posible.

C) La relación de elementos que componen el coste total del crédito, con excepción de los relativos al incumplimiento de las obligaciones contractuales, especificando cuáles se integran en el cálculo de la tasa anual equivalente, e igualmente la necesidad de constitución, en su caso, de un seguro de amortización del crédito por fallecimiento, invalidez, enfermedad o desempleo del titular.

convenidos. Aquí no se integra el contenido contractual, sino que se anula la parte contractual sobre la que no se ha informado debidamente, la referida al pago del interés, transformando así el tipo contractual en gratuito y adoptando una medida punitiva de cara al empresario. Cuando se trate de la omisión o inexactitud de los plazos, la respuesta jurídica consiste en que el prestatario pueda realizar un único pago por el importe total de la deuda (principal e intereses) cuando llegue el término final de la relación contractual.

Por fin, cuando se omite la información referida a otros componentes del coste total del crédito distintos del interés, la sanción es también la nulidad parcial. El artículo concluye con la observación de que cuando en los casos anteriores no se trate de la omisión de las circunstancias contempladas en el apartado 2 del artículo 6, sino de inexactitud, las consecuencias previstas «se modularán, en función del perjuicio que debido a tal inexactitud sufra el consumidor».

En el sector del crédito al consumo el legislador ha sido sumamente minucioso en la descripción de la información omitida o falsada y ha diversificado la consecuencia jurídica, que en alguno de los casos resulta señaladamente punitiva. En este contexto, desconcierta que la sanción elegida para la falta de escritura haya sido la nulidad (art. 6.1), pues no parece una medida pensada en interés exclusivo del consumidor, como ocurre sin duda con las demás (art. 6.2); finalmente, no está demás dejar constancia de que entre estos remedios no aparece la anulación, que es el único previsto por la legislación sobre contratación fuera de establecimiento mercantil.

La Ley de crédito al consumo apuesta por el mantenimiento del contrato mediante diferentes fórmulas: *integrar* el contenido contractual omitido mediante derecho dispositivo favorable al consumidor, o *eliminar* (nulidad parcial) el contenido contractual sobre el que no se ha informado debidamente, aunque esto suponga transformar el contrato en gratuito o impedir que formen parte del mismo otros elementos del coste total del crédito. El contrato debe mantenerse en beneficio del consumidor y en condiciones favorables para éste, tanto más favorables cuanto reprochable sea la omisión, inexactitud o falsedad de la información exigida al empresario. Hay que tener en cuenta que esta Ley se encarga del contrato con el que se financia la obtención de un bien de consumo. El hecho de que haya surgido un problema en el contrato de financiación no tiene por qué afectar al interés del consumidor en la adquisición del bien. De aquí que no parezca solución adecuada proteger el interés del consumidor en no haber contratado (anular); más bien se trata de dar una salida a la financiación que se necesita para contratar.

Lo mismo ocurre en la Ley de venta a plazos de bienes muebles (antecedente más importante de la Ley de Crédito al consumo, aunque reformada con posterioridad a la promulgación de ésta). Al fin y al cabo, regula las compraventas financiadas de muebles, y al igual que en la LCrC, lo que interesa es resolver los problemas de financiación sin poner en duda el interés del consumidor en la adquisición del bien.

En cuanto al contenido de la información exigida, la LCrC distingue entre la omisión de un «parámetro de comparabilidad» (TAE) creado por ella misma (parámetro con el que no cuentan otros muchos sectores de la contratación), la omisión de concretas exigencias de claridad en la expresión de un elemento esencial del contrato (el plan de pagos del interés), y la omisión de elementos accesorios que completan el coste total del préstamo. Lo que no resulta tan claro es por qué la omisión o falsedad en la TAE se resuelve mediante *integración*, y los demás supuestos mediante *nulidad parcial*.

3.3 DERECHO DE APROVECHAMIENTO POR TURNO

La Ley reguladora del derecho de aprovechamiento por turno exige también un contenido informativo mínimo (arts. 8 y 9) en los contratos a los que se aplica (art. 1), y prevé para el caso de omisión de «alguna de las menciones o documentos a los que se refiere el artículo 9, o en el caso de que el adquirente no hubiera resultado suficientemente informado por haberse contravenido la prohibición del artículo 8.1, o incumplido alguna de las obligaciones de los restantes apartados de ese mismo artículo, o si el documento informativo entregado no se correspondía con el archivado en el Registro», que el adquirente pueda *resolver* «en el plazo de tres meses, a contar desde la fecha del contrato, sin que se le pueda exigir el pago de pena o gasto alguno». Cuando no se trate de omisión, sino de falta de veracidad en la información suministrada al adquirente, «éste podrá (...) *instar la acción de nulidad del contrato* conforme a lo dispuesto en los artículos 1300 ss. CC» (art. 10.2).

En esta ocasión se establece un paralelismo entre omisión-resolubilidad y falsedad-anulabilidad que carece de parangón en otras normas. Si tenemos en cuenta que tanto la anulación como la resolución ponen en marcha la liquidación prevista por los artículos 1300 ss. CC, y que ambas pueden desencadenarse mediante simple declaración de voluntad extrajudicial recepticia, las diferencias prácticas de la opción se reducirán a la pretensión indemnizatoria con que se acompañen (la anulación protege —en línea de principio— el interés

en no haber contratado o interés de confianza; la resolución, el interés de cumplimiento, aunque las diferencias desaparecen en caso de dolo), y a los plazos de prescripción/caducidad de las respectivas pretensiones, tres meses para la resolución, conforme a la regla especial, cuatro años para la anulación, conforme a la regla general. Con todo, seguirían vigentes las normas generales, tanto sobre invalidez (dolo/error), como sobre incumplimiento y resolución. Y no deja de sorprender la convivencia de esta resolución especial, con prescripción de tres meses e incumplimientos predefinidos como resolutorios por la norma, con el régimen general de la resolución, que sería el aplicable a los incumplimientos no contemplados por ésta.

¿Qué hace que en el caso de omisión se proteja el interés contractual y en el caso de falsedad el interés en no haber contratado? Quizá se esté dando por supuesto que la falsedad encubre un contrato lesivo para el consumidor, y que por tanto el interés de éste no puede ser otro que el de no haber contratado. La simple omisión puede no encubrir lesión o fraude, pero la idea de resolver por incumplimientos consistentes en meras omisiones de obligaciones informativas no parece perseguir otra finalidad que no sea la de «liberarse» del contrato, para poder acudir cuanto antes a otras ofertas. Otras medidas de protección del interés positivo, como facilitar la labor de integración del contenido contractual omitido o falseado conforme a pautas dispositivas, o permitir anular parcialmente la parte contractual afectada por la falsedad, o sustituir (ya que en este caso no cabría «reparar») el goce ofertado por otro que cumpla con la información requerida, no han sido tenidas en cuenta por la norma, sin duda porque a medida que nos alejamos de la prestación de entrega de dinero las posibilidades de integración por parte del derecho dispositivo disminuyen de forma notoria. El legislador ha centrado sus esfuerzos en *liberar* al consumidor de la relación contractual a través de diversas modalidades (la resolución se regula junto al desistimiento), lo que probablemente se explique por la abundancia de fraude en el sector antes de la entrada en vigor de la norma.

Si se opta por la resolución, el consumidor podrá pretender como resarcimiento del interés positivo los gastos extraordinarios que deba realizar ahora para obtener de otro empresario una prestación similar (daño emergente), el lucro cesante por no haber podido disponer del derecho (si se prueba que se trata de una disposición cierta y onerosa), o el daño por haberse quedado sin las esperadas vacaciones (daño moral que habría que mantener dentro

de ciertos límites de sensatez, quedando a cargo de los tribunales la tarea de limitación).

3.4 GARANTÍAS EN LA COMPRAVENTA DE BIENES DE CONSUMO

La regulación sobre garantías en la compraventa de bienes de consumo (ahora en los arts. 114 a 127 TR) viene a complicar este panorama, al adoptar un concepto aglutinador de incumplimiento que amplía las posibilidades de confluencia entre la invalidez y el incumplimiento. Dentro del ámbito de aplicación de esta normativa (art. 115), el comprador que recibe una prestación que no sea conforme a lo previsto o previsible (dispositivamente; véase artículo 116.1.b y d TR) en el contrato, tiene a su disposición los derechos de reparación o sustitución del bien, y cuando éstos no fuesen exigibles o no se satisficiesen en un plazo razonable, los derechos de rebaja del precio o de resolución del contrato. Cuando la falta de conformidad se produzca por incumplimiento de deberes informativos, el comprador dispondrá de esta batería de remedios, pero no podrá acudir a la regulación codificada sobre responsabilidad por vicios ocultos (art. 117), y se discute vivamente que pueda acudir a la normativa sobre vicios del consentimiento³⁰.

Otras normas, como ocurre en materia de contratación a distancia o de viaje combinado, prevén un cierto contenido informativo obligatorio (arts. 97, 98, 154 y 156 TR), pero nada dicen sobre las consecuencias que se derivan del incumplimiento de estas obligaciones de información, dejando así la solución a la aplicación de las reglas generales.

Tenemos, por tanto, normas que optan por la anulación (CFEM), normas que ofrecen varias opciones, entre las que destacan la integración y la nulidad parcial del contrato (LCrC y LVPBM), normas

³⁰ FENOY PICÓN, *El sistema...*, cit., p. 247. La autora cita como principales argumentos a favor de la compatibilidad: la natural resistencia al vaciamiento progresivo de la figura del error, unida a la independencia entre los planos de la formación y del cumplimiento contractual; una cierta tendencia favorable a la compatibilidad en la compraventa en relación con los consumidores; finalmente, que no se ven razones para negar al perjudicado la posibilidad de optar entre uno y otro remedios (argumento ofrecido para justificar el art. 4:119 PECL). La autora recoge como opiniones doctrinales favorables a la compatibilidad las de NAVAS NAVARRO, GARCÍA RUBIO, ÁLVAREZ VEGA y LETE ACHIRICA. Los principales argumentos a favor de la incompatibilidad serían: que la regulación sobre garantías en la compraventa de bienes de consumo es un régimen específicamente diseñado para el problema de la entrega de una cosa con anomalías cualitativas en las ventas de consumo, que ha querido encontrar un adecuado equilibrio entre los intereses en juego; la compatibilidad permitiría burlar este equilibrio. En segundo lugar, la falta de conformidad ha pretendido ofrecer una solución global y unificada al problema de los defectos o falta de cualidades de la cosa: «el diseño de la falta de conformidad encierra la idea tácita de la conveniencia de reconducir a ella los errores referidos a las cualidades de la cosa» (p. 261).

que combinan la anulación con un tratamiento particular de la resolución (LDAT), y normas que no prevén ninguna especificidad, aceptando el juego de las reglas generales. Y como hemos tenido oportunidad de ver en materia de garantías en la venta de bienes de consumo, tampoco resulta pacífica la compatibilidad de las medidas específicas adoptadas respecto de los remedios generales. Sin duda se trata de un panorama digno de mejora.

3.5 DERECHO EUROPEO: PECL Y DCFR

3.5.1 PECL

En el marco de otras iniciativas normativas, no legislativas, dirigidas a la búsqueda de un nuevo derecho europeo de contratos, los Principios de Derecho Europeo de Contratos no han dado a las obligaciones precontractuales de información un tratamiento específico, aunque éstas aparecen ya expresamente mencionadas en la regulación del error y del dolo.

Según el artículo 4:103 PECL, el error que hace posible la anulación del contrato debe ser esencial (4:103.1.b: «la otra parte sabía o hubiera debido saber que la víctima, en caso de conocer la verdad, no habría celebrado el contrato o sólo lo habría hecho en términos esencialmente diferentes»), excusable (4:103.2.a: «la parte no podrá anular el contrato cuando, atendidas las circunstancias, su error fuera inexcusable»), el riesgo de error no ha debido ser asumido por quien yerra o asignado a éste conforme a las circunstancias (4:103.2.b), y además,

- ha de deberse a información suministrada por la otra parte (4:103.1.a.i), o
- ha de ocurrir que la otra parte conoce o hubiera debido conocer que existía tal error y dejar a la víctima en dicho error resulta contrario a la buena fe (4:103.1.a.ii), o
- ha de tratarse de un error sufrido por ambas partes (4:103.1.a.iii).

Sin ánimo de analizar ahora cada uno de sus elementos, sí parece adecuado destacar algunas notas significativas. El artículo no detalla cuándo debe entenderse que la buena fe impone el deber de deshacer el error conocido o que ha debido conocerse, y apenas dice acerca de la excusabilidad del error que requerirá atender a las circunstancias. En cuanto al requisito de que el que yerra no debe haber asumido el riesgo de error, parece referirse a un pacto (una

cláusula contractual), en tanto la mención de las circunstancias que asignan dicho riesgo puede referirse lo mismo a la asignación típica realizada por el contrato, que a la asimetría en los costes de obtención de la información, que a la conducta desarrollada durante los tratos preliminares. Finalmente, en cuanto a la esencialidad del error, resulta destacable que los PECL no se conformen con exigir que la realidad sobre la que recae el error sea decisiva como para cambiar la suerte del contrato, sino que exigen además que la contraparte supiera o hubiera debido saber tal circunstancia, como si no bastara con una esencialidad objetiva e hiciera falta enjuiciar si ha sido conocida o ha debido conocerse. Esta complicación no parece justificable, ni aparece incorporada en otras propuestas normativas (art. 3.5 UP³¹), aunque lamentablemente el DCFR haya seguido en este punto a los PECL³². Tampoco parece encajar con que la información que, proveniente de la otra parte, causa error dé lugar a la posibilidad de anular el contrato con independencia de que quepa apreciar culpa u otro título subjetivo de imputación en quien transmite dicha información (art. 4:103.1.a.i).

Con todo, si por una parte es cierto que la transmisión no culposa de información objetivamente esencial que provoca un error excusable y no asumido da lugar a la posibilidad de anular, también lo es, por otra, que para poder exigir «una indemnización por daños y perjuicios que permita volver a una situación lo más parecida posible a la que tendría de no haberse celebrado el contrato»

³¹ La regulación de éstos resulta, por lo demás, cercana a la de los PECL.

Artículo 3.5 UP (*Error determinante*):

1) Una parte puede anular un contrato a causa de error si al momento de su celebración el error fue de tal importancia que una persona razonable, en la misma situación de la persona que cometió el error, no habría contratado o lo habría hecho en términos sustancialmente diferentes en caso de haber conocido la realidad de las cosas, y:

a) la otra parte incurrió en el mismo error, o lo causó, o lo conoció o lo debió haber conocido y dejar a la otra parte en el error resultaba contrario a los criterios comerciales razonables de lealtad negocial; o

b) en el momento de anular el contrato, la otra parte no había actuado aún razonablemente de conformidad con el contrato.

2) No obstante, una parte no puede anular un contrato si:

a) ha incurrido en culpa grave al cometer el error; o

b) el error versa sobre una materia en la cual la parte equivocada ha asumido el riesgo del error o, tomando en consideración las circunstancias del caso, dicha parte debe soportar dicho riesgo.

³² MORALES MORENO explica que la «cognoscibilidad» del error (entendida como que sólo se pueda invocar el error, cuando el otro contratante conoció o pudo conocer el carácter determinante de los motivos de la parte contraria) no es adecuado «al modo de concebir el error nuestro ordenamiento, porque la relevancia del mismo no la determina el mero conocimiento por un contratante de la importancia que para la otra parte puedan tener ciertos motivos, sino el que los hechos a los que se refiere el error se hayan incorporado (explícita o implícitamente) al contrato, como presuposiciones del mismo.» (*El error...*, cit., p. 232).

se ha de probar que «la otra parte hubiera sabido o hubiera debido saber que existía error, dolo, intimidación, un beneficio excesivo o una ventaja injusta»: la indemnización del daño debe imputarse en sentido subjetivo, la anulación del contrato por error, cuando se ha suministrado información falsa, no. Cuando se trata de la omisión de información debida en virtud del principio de buena fe, es lógico preguntarse si basta con no haber observado la conducta informativa debida conforme a cierto estándar objetivizable en que se concreta el mencionado principio, o si ha de poder hacerse un juicio de reproche en términos de culpa o negligencia. En este lugar la norma calla, aunque lo razonable es que se haga referencia a un parámetro objetivo (buena fe en sentido objetivo) que no obligue a realizar juicio alguno de imputación subjetiva (buena fe en sentido subjetivo). Desde esta perspectiva, la buena fe subjetiva, aunque probada, no podría suplir la falta de cumplimiento del estándar objetivo de conducta en que se concreta la buena fe objetiva.

Por lo que respecta a la anulación por dolo y a la violación de deberes informativos, su relación resulta especialmente estrecha en los PECL, pues el artículo 4:107 sí descende a detallar, sin ánimo exhaustivo, algunas de las circunstancias que deben considerarse para determinar cuándo, «de acuerdo con la buena fe, una parte tenía obligación de comunicar una información concreta». El precepto establece que la anulación por dolo procede cuando el consentimiento se haya obtenido, bien por medio de actuación dolosa de la otra parte, consistente en palabra o acto, bien mediante ocultación maliciosa de información que se hubiera debido comunicar de haber obrado de buena fe. Detalla, a continuación, que el actuar o el omitir son dolosos cuando su objeto es engañar; y que las circunstancias más importantes para determinar si la buena fe impone deberes informativos son: *a)* si la parte tenía conocimientos técnicos en la materia; *b)* el coste de obtener dicha información; *c)* si la otra parte podía razonablemente obtener la información por sí misma, y *d)* la importancia que aparentemente tenía dicha información para la otra parte ³³.

La anulación por dolo omisivo requiere por tanto, además de la omisión de información debida conforme al principio de buena fe, que el silencio haya sido malicioso, esto es, con intención de engañar. En cuanto a la enumeración de algunas circunstancias para determinar si existe obligación de informar conforme al principio de buena fe, lo extraño no es que los PECL hayan señalado unas cuantas, sino que lo hayan hecho en este precepto, pareciendo cir-

³³ Los UP no contienen ningún listado equiparable de elementos a tener en cuenta para considerar la existencia de una obligación de informar.

cunscribir su ámbito al del dolo (recordemos que en caso de culpa no se aportan criterios).

En cuanto a los remedios jurídicos, además de la anulación (arts. 4:103 y 4:107) y la indemnización (art. 4: 117), los PECL prevén otra vía, que ya había sido contemplada por los UP, denominada «adaptación del contrato». Según el art. 4:105.1, «cuando una parte tiene derecho a anular el contrato por existencia de error, pero la otra parte indica su voluntad de cumplir en los términos que la primera había entendido o, efectivamente, ejecuta el contrato en dichos términos, se considerará que el contrato se ha pactado tal y como lo entendió la víctima del error». Mayor interés reviste el ordinal tercero de este mismo artículo, que prevé que «cuando ambos contratantes hubieran cometido el mismo error, el juez o tribunal podrá establecer, a petición de cualquiera de las partes, la validez del contrato otorgándole el sentido que, en buena lógica, habrían acordado las partes de no haber existido el error».

Una solución no muy lejana es la ofrecida por el artículo 6:111 PECL para el «cambio de circunstancias». Aquí es un acontecimiento posterior a la contratación el que introduce un desequilibrio en el reparto de riesgos e intereses establecido por el contrato, y el que demanda una «corrección», al menos en los casos referidos por el precepto. Se trata de que una parte no pueda aprovecharse de la situación a la que ha ido a parar la relación contractual por circunstancias ni previstas ni previsibles al contratar. El artículo 6:111 detalla que el cambio de circunstancias ha de ser posterior, imprevisible y no asumido como riesgo por la parte que lo sufre; y en cuanto a la solución, emplaza en primer lugar a las partes para que emitan un nuevo consentimiento contractual, y, en defecto de éste, habilita para una reconstrucción judicial del contrato, ajustada a la realidad de los contratantes y del mercado³⁴. En el fondo, no es otra la forma de proceder de la acción *cuanti minoris*, en la que el juez debe determinar el nuevo precio que corresponda a la cosa, una vez descubierto el «vicio» que ésta padece.

En caso de insuficiencia informativa esencial, el hecho que desequilibra la posición de las partes es anterior al contrato, luego parece que debió preverse por la parte que sufre el desequilibrio, salvo que la otra parte tuviese asignado el riesgo de información. La pregunta fundamental es, por tanto, cuándo se ha de informar (cuándo se puede imputar el riesgo de información a la otra parte),

³⁴ FLUME critica «las soluciones únicas a las que se han dirigido los esfuerzos de la doctrina de la base del negocio y que, finalmente, han conducido a una simple solución de equidad», y propone que «de lo que se trata es de establecer en cada caso, para el concreto tipo contractual como *naturale negotii*, la regulación adecuada sobre la cuestión de cuál de los contratantes soporta el riesgo de realidad» (*El negocio...*, cit., p. 590).

o bien, cuándo la falta de información faculta para solicitar la revisión judicial, y es obligado reconocer que el mencionado precepto poco puede aportar para responder a esta pregunta. Lo que podemos preguntarnos es si esta revisión convencional o judicial no sería una buena solución también para los defectos informativos imputables a la otra parte (en sentido objetivo, esto es, defectos cuyo riesgo se hubiera asignado a la otra parte). Desde esta perspectiva cuasicontractual de resolución de conflictos, podría ofrecerse a la partes la posibilidad de renegociar el contrato contando con la información ignorada, y en ausencia de acuerdo, la de solicitar una adaptación judicial. El contratante protegido en su falta de información podría así seguir interesado en un contrato «corregido», que incorporase la información ignorada, para lo que hará falta una estimación o integración, convencional o judicial, de aquél. Ahora bien, ¿en qué casos conviene y/o resulta posible una solución así?

En cuanto al concurso entre los remedios previstos para el incumplimiento y para el error, por confluencia del supuesto de error con el de falta de conformidad, ya mencionábamos que los PECL dan al interesado la posibilidad de optar por unos u otros a su elección, siempre que concurran sus respectivos presupuestos, en tanto los UP han optado por dar preferencia a la regulación del incumplimiento. Los Principios Acquis no contemplan, entre los remedios por incumplimiento de obligaciones de información, la posibilidad de acudir a los remedios por error (artículo 2:207)³⁵; por el contrario, el DCFR vuelve a seguir en este punto a los PECL.

Criticando la propuesta de los PECL, desde la perspectiva de trabajo del *Acquis Group*, Grigoleit apunta que, si el problema radica en qué ocurre con el contrato que resulta perjudicial para una parte por violación de obligaciones de información de la otra, o desde otra perspectiva, cuál es el contrato que se hubiese acordado en caso de haberse informado debidamente, no se ve qué aporta el distinguir el supuesto de dolo de las otras formas de violar las obligaciones de información. En su opinión, una regulación como la de los PECL introduce un tratamiento dual de la problemática de las obligaciones de informar (con dolo y sin él) que resta claridad y que fácilmente introduce contradicciones valorativas: Así, la esencialidad del error es algo requeri-

³⁵ GRIGOLEIT, dentro del *Acquis Group*, defiende también la preferencia por los remedios de incumplimiento, pues ambos «conjuntos de sanciones» están informados por criterios valorativos que se excluyen entre sí; si hay contrato, es éste el que protege las legítimas expectativas de cada contratante («Irrtum, Täuschung und Informationspflichten in den European Principles und in den Unidroit-Principles», en Schultze, Ebers, GRIGOLEIT, *Informationspflichten und Vertragsschluss im Acquis communautaire*, Tübingen: Mohr Siebeck, 2003, p. 225).

do para anular por error, pero no para anular por dolo (lo que parece excluir, o al menos desconocer, la figura del dolo obstativo); sólo en sede de dolo se distinguen los elementos del supuesto de hecho de las simples recomendaciones (elementos a considerar prudencialmente); sólo el riesgo de error sin dolo es susceptible de regulación contractual; por último, siendo el comportamiento exigido el mismo (la obligación de informar), el distinto régimen se hace depender de un aspecto meramente subjetivo (el engaño), con la consiguiente inseguridad³⁶. En su opinión, hubiera resultado mucho más adecuado determinar un único criterio para todas las violaciones de obligaciones espontáneas de información, sean o no dolosas³⁷.

Finalmente, en cuanto a la conveniencia de generalizar la integración judicial como solución a estos conflictos, el autor defiende que la posibilidad de adaptación judicial debería ofrecerse para todos los supuestos de violación de obligaciones de información, y no sólo para el literalmente previsto de doble error, pues la solución indemnizatoria chocará habitualmente con que resulta sumamente difícil determinar el daño derivado de no haber contratado con la información debida. La necesidad de probar un daño hipotético aconsejará como mejor solución poner en manos de un juez la «reconstrucción» de la relación contractual que hubiese tenido lugar en caso de haberse compartido la información³⁸. No otro parece ser el sentido que cabe atribuir al artículo 65 TR.

³⁶ GRIGOLEIT, «Irrtum...», cit., pp. 209 y 210. El artículo 4:103.1.a.i permite que el contrato sea anulado por quien recibe información falsa con independencia de que pueda apreciarse culpa en quien la suministra (culpa que sí resulta necesaria para imputar los daños: arts. 4:117.1 y 4:106). Esta perspectiva, en la que la imputación del riesgo informativo no depende de un juicio de negligencia sobre la conducta del obligado a informar, resulta más apropiada para el tratamiento jurídico de las obligaciones de informar, pues lo relevante no es tanto si la violación es o no dolosa, como si el error se debe o no a la *violación de una obligación informativa de la otra parte* (frente a otras posibles fuentes de error), y ya dentro de las violaciones de obligaciones informativas de la otra parte, si se trata de supuestos de suministro de información falsa o de omisión de información debida. En el primero, resulta fácil hacer responsable de la formación de la voluntad contractual de la contraparte a quien facilitó la información falsa. En el segundo las cosas no están tan claras, porque preguntar si la información debida y no dada hubiera alterado el consentimiento contractual de la otra parte apela necesariamente a la formulación de una hipótesis o de un juicio de probabilidad. En definitiva, cuestiona si hubiera habido acuerdo, y en caso afirmativo, cuál hubiera sido el contenido de éste; todo ello contando con que se trata de información *debida* y no dada, siendo precisamente el problema básico de esta materia determinar *cuándo se debe* la información (pp. 211 ss.).

³⁷ GRIGOLEIT, «Irrtum...» cit., pág. 214. Este criterio único estaría constituido por «la relación entre el coste de obtención de la información y el coste de la liquidación (rectificación) de las posiciones contractuales del legitimado y del obligado», aunque no pueda dejar de considerar otros criterios, como que el coste en obtener la información haga protegible la posición de quien ha invertido en ella, o la misma relación contractual entre las partes.

³⁸ GRIGOLEIT, «Irrtum...», cit., pp. 220 y 221.

3.5.2 DCFR

Por su parte, el DCFR propone una regulación del error y del dolo que resulta completamente deudora del planteamiento de los PECL, incluso en aspectos tan criticables como que la esencialidad del error se haga depender de que la otra parte deba reconocerla, o que los criterios sobre cuándo el principio de buena fe impone deberes de información se propongan en sede de dolo.

Ahora bien, en materia de obligaciones precontractuales de información el DCFR aporta auténticas novedades, pues les dedica no pocos preceptos en la línea señalada por los Principios Acquis, y con un contenido muy cercano al propuesto por éstos. De indudable interés, el Borrador distingue entre:

- la «Obligación de revelar información acerca de bienes y servicios en las relaciones entre un profesional y otra persona» (art. II. -3:101),
- las «Obligaciones específicas para la comercialización profesional de bienes y servicios frente a consumidores» (art. II. -3:102),
- la «Obligación de información cuando se concluye un contrato con un consumidor que se encuentre en una situación desventajosa particular» -por el medio utilizado al contratar, por la distancia existente entre profesional y consumidor, por la naturaleza de la operación- (art. II. -3:103),
- las «Obligaciones de información en caso de comunicación inmediata» (art. II. -3: 104) y las «Obligaciones de información en caso de formación contractual por medios electrónicos» (art. II. -3:105);

a continuación dedica dos preceptos, ya generales, a la «Claridad y forma de la información» (art. II. -3:106) y a los «Remedios por incumplimiento de las obligaciones de información» (art. II. -3:107).

Uno de los aspectos más significativos es, sin duda, la tipificación del supuesto de hecho atendiendo a los siguientes factores: la condición de profesional y consumidor, diversas situaciones de desventaja en las que puede encontrarse el consumidor, y la manera de efectuarse la formación contractual, inmediata o mediata.

Para cada sector delimitado según las personas que intervienen, el DCFR propone reglas que determinen el ámbito de la información debida:

- para las relaciones «profesional/otra persona», la regla de lo que ésta pueda razonablemente esperar teniendo en cuenta los

estándares de calidad y ejecución normales en las circunstancias concretas del contrato;

- para las «relaciones profesional/profesional», la regla de las buenas prácticas comerciales;

- para las «relaciones profesional/consumidor», la regla de lo que un consumidor medio necesitaría en tal contexto (atendidas las circunstancias y el medio de comunicación empleado para contratar) para tomar una decisión informada de cara a la conclusión del contrato (apartado 1; el apartado 2 prescribe un contenido informativo mínimo en caso de que el profesional no dé al consumidor la impresión de que él le da toda la información relevante de cara al contrato).

En los tres siguientes preceptos se exige y concreta un cierto contenido informativo para tres situaciones determinadas: desventaja del consumidor (por el medio utilizado para contratar, por la distancia existente entre profesional y consumidor, por la naturaleza de la operación), formación inmediata del contrato, formación contractual por medios electrónicos. No puede extrañar que los sectores elegidos coincidan con las directivas comunitarias en materia de protección de los consumidores.

En cuanto a los remedios, existe una previsión específica para los casos en que el consumidor se halle en alguna de las situaciones particulares de desventaja del art. II. -3: 103, y con carácter general, se distingue según se haya llegado o no a contratar:

- En las situaciones particulares de desventaja del consumidor, el período de ejercicio del derecho a desistir no dará comienzo hasta que la información exigida haya sido dada (aunque el derecho concluya en todo caso al año de la conclusión del contrato).

- Para los casos en los que no se haya llegado a contratar, el profesional que haya incumplido las obligaciones de información será responsable de las pérdidas causadas a la otra parte.

- Si se ha llegado a contratar, el profesional quedará obligado por el contrato a lo que la otra parte haya razonablemente esperado, a consecuencia de la ausencia o incorrección de la información. Al incumplimiento de las obligaciones de información precontractuales le son aplicables los remedios por incumplimiento propios de las obligaciones contractuales (libro III, capítulo 3).

- Los remedios mencionados son compatibles con los previstos por el art. II. -7:201, sobre error.

- En las relaciones entre profesional y consumidor las partes no pueden excluir, en detrimento del consumidor, la aplicación de este artículo, o derogar total o parcialmente sus efectos.

La orientación del Borrador tiende a considerar las obligaciones de información como obligaciones contractuales, siempre que se haya llegado a contratar, y a tratar su violación como un supuesto más de incumplimiento, aunque quepa acudir también a la protección prevista para el error cuando se den los presupuestos de ésta. Cualquiera de las reglas utilizadas para determinar el ámbito de la información exigible delata una clara preocupación por proteger el interés en el contrato. Sin embargo, las reglas no se ofrecen para integrar el contenido contractual ignorado, sino para determinar el ámbito de información exigible. Finalmente, su compatibilidad junto a los remedios de invalidez (error) hace posible que sea el consumidor quien decida qué interés desea proteger, contractual o en no haber contratado.

3.6 CONSIDERACIÓN

Este breve aunque detallado recorrido normativo pone de relieve la dificultad para construir el «supuesto-tipo» que delimite el nacimiento de las obligaciones precontractuales de información. El Código civil resulta demasiado genérico: obliga a sacar factor común de los supuestos de error/dolo invalidante, vicio redhibitorio e incumplimiento resolutorio; la legislación especial, demasiado específica: cada ley desciende a concretar los datos que en cada caso deben proporcionarse por escrito al consumidor. Los PECL llegan a enumerar algunos de los factores que deberían informar el nacimiento de las obligaciones de información, pero no responden a la cuestión sobre cómo interactúan tales componentes, y con su falta de tratamiento unitario, distinguiendo las violaciones de obligaciones de informar provenientes de dolo, oscurecen la comprensión y el adecuado tratamiento del problema. El DCFR ha optado por distinguir situaciones y establecer para cada una su correspondiente regla de determinación de la información debida. Se encarga de *cuál* es la información exigible, siendo la pregunta principal, y previa a ésta, *cuándo* resulta exigible la información. En cuanto a las soluciones, distingue según se haya llegado o no a contratar: Sin contrato, la solución es la correspondiente a la *culpa in contrahendo*; si se ha llegado a contratar, se ofrecen los remedios por incumplimiento contractual, aunque se trate de obligaciones anteriores a la perfección del contrato (como hace el propio CC en los supuestos de dolo), y también los previstos para la invalidez por error. Se opta por la compatibilidad. Con todo, comprobamos que sus «reglas» y «soluciones» no resuelven los casos que se vienen proponiendo a lo largo de estas páginas, por lo que habrá que seguir

buscando. ¿Cuáles han sido las aportaciones doctrinales más importantes?

4. EL SUPUESTO DE HECHO

4.1 PROPUESTAS DOCTRINALES

La doctrina francesa ha sido pionera en la elaboración de teorías sobre la obligación de información, y hay opiniones, como la del profesor Gesthin, que pueden considerarse clásicas en la materia. Para este autor, la obligación de información se configura sobre tres pilares: el conocimiento o deber de conocimiento del deudor de la información; la ignorancia del acreedor de la información; y la legítima confianza de éste en obtener la información de aquél. La parte que conoce o debe conocer (por ejemplo, por su condición profesional) cierta información está obligada a informar a su contraparte, cuando ésta no pueda informarse por sí misma, o cuando pueda legítimamente confiar en ser informada por aquélla en razón de la naturaleza del contrato, de la cualidad de las partes o de las informaciones inexactas que hubiera proporcionado³⁹.

Son numerosas las propuestas que, siguiendo esta orientación, tratan de ordenar todos los elementos a tener en cuenta. Moreira da Silva destaca tres elementos que permiten detectar el nacimiento de obligaciones de información: la esencialidad (no sólo utilidad) de la información; la asimetría informativa; y la especial necesidad de protección de la parte no informada, cuya ignorancia ha de ser conocida o cognoscible por la parte obligada a informar. Para evitar el excesivo alcance al que podría llegarse desde estos parámetros, la autora recurre a la noción de *exigibilidad* de la obligación de informar, que utiliza a modo de cedazo con el que excluye supuestos «razonablemente no protegibles», como el del acreedor de la información que no ha cumplido con la carga de autoinformarse que le sea exigible (es en esta sede de autoinformación en el que la autora analiza la imposibilidad o dificultad extraordinaria para informarse, el tipo de relación entre las partes o los principios que deben regir las relaciones lego-profesional), el del deber de secreto sobre la información (información personalísima), el de la información obtenida utilizando una diligencia extraordinaria, u

³⁹ GESTHIN, *La formation du contrat*, 3^a ed., París, 1993, núm. 626 ss.

otros supuestos en los que concurra alguna otra circunstancia de significativa relevancia ⁴⁰.

Un ejemplo perfeccionado de construcción de un «tipo general» para las obligaciones de información es el propuesto por la profesora Gómez Calle, quien entiende que en materia de obligaciones precontractuales de información hay que acudir a tres fuentes de datos: los supuestos legales, el principio de buena fe y el principio de óptima utilización de los recursos económicos. En cuanto a los primeros, el panorama legislativo resulta hoy mucho más rico que cuando la autora proponía sus reflexiones en 1994, y en este trabajo se ha dado cuenta del mismo. Por su parte, el principio de buena fe exige considerar que no basta una mera desigualdad informativa para que nazcan las obligaciones de información, sino que hace falta una razón suficiente que justifique que la «protección informativa» de una de las partes deba recaer sobre la otra. Para acreditar dicha razón habrá que tener en cuenta:

- que la ignorancia o falsa representación del acreedor de la información esté justificada o sea excusable (si ha habido dolo o culpa por parte del deudor de la información; si éste ha despertado la confianza de aquél por su comportamiento o por su condición de profesional);
- que el obligado a informar conozca (o hubiera debido conocer obrando con la diligencia que le es exigible) la información de la que el otro carece;
 - la importancia de la información de cara a la contratación;
 - la reconocibilidad de la ignorancia o equívoco ajenos;
 - y finalmente, los estándares legales de protección de la parte más débil (protección del consumidor).

En virtud del principio de óptima explotación de los recursos económicos, habrá que considerar también:

- si la información es costosa o no;
- si el coste de acceso a la información es igual o desigual para las partes;
 - si el obligado a informar puede cobrarse (prima de confianza) o no el coste que le suponga obtener la información, y
 - si la información hace que el objeto del contrato sea más o menos valioso ⁴¹.

⁴⁰ MOREIRA DA SILVA, *Da responsabilidade pré-contratual por violação dos deveres de informação*, Coimbra, Almedina, 2003, pp. 131 ss.

⁴¹ Para ordenar todos estos factores, la autora distingue (*Los deberes...*, cit., p. 87) entre «datos que derivan de circunstancias que afectan al sujeto que ha de ser informado» (formulación de preguntas, imposibilidad de autoinformarse, legítima confianza suscitada por el otro contratante o por datos objetivos de la realidad: relación personal, naturaleza del

Los límites más importantes a la obligación de informar surgida conforme a estas pautas estarían representados por las nociones de «obligación de autoinformarse», «esfera personalísima» e «información obtenida de forma costosa»⁴².

No hay duda de que la enumeración de componentes para el supuesto de hecho resulta prácticamente exhaustiva⁴³. La dificultad consiste en descubrir cómo combinan estas piezas, si se excluyen, se ayudan, son de valor indiciario o definitivo, o en qué circunstancias o combinaciones adquieren un valor u otro: si existe una jerarquía, o una tipología, o un auténtico sistema móvil.

Esta complejidad queda eludida si nos atrevemos a optar por un criterio único. Es el intento de Rehm, que hace descansar todo el peso de la fundamentación de las obligaciones espontáneas de información (debidas con independencia de la condición y del comportamiento de las partes) en la circunstancia de que exista o no *contraprestación* para quien asume el riesgo de información. El autor recalca una idea que, con matices, parecen aceptar prácticamente todos los estudiosos del tema: la de que sólo cuando una parte adolece de un déficit informativo relevante, y *la contraparte debe hacerse cargo de él*, puede existir una obligación de informar a cargo de ésta. Por ello, la regla general en materia de atribución

contrato, informaciones proporcionadas –publicidad, falsedades–), «datos que derivan del sujeto que ha de informar», y «datos relacionados con las características del contrato a celebrar» (complejidad, novedad y riesgo; intereses contrapuestos o fin común de ambas partes).

⁴² GÓMEZ CALLE, *Los deberes precontractuales de información*, Madrid, La Ley, 1994. La autora sintetiza su postura en pp. 131 ss.

⁴³ Propuestas hay bastantes más. ROJO AJURIA recoge algunas de las más interesantes (*El dolo...*, cit., pp. 262 ss.): Para Grissi (*L'obbligo precontrattuale di informazione*, Nápoles, Jovene Editore, 1990, p. 126), sólo a través de una compleja operación que analice la naturaleza del negocio a concluir, la cualidad de la información a adquirir, los eventuales costes a soportar para tal fin, las condiciones socio económicas de las partes, el grado de profesionalidad y de competencia de que estén dotadas, etc., podría determinarse si es legítima o no la adopción de medidas de tutela de la parte más débil. Keeton («Fraud-Concealment and Non-Disclosure», en *Texas Law Review*, diciembre 1936, pp. 34 a 37) destaca como factores determinantes de la existencia de deberes de información: la diferencia en el grado de inteligencia de las partes; la relación que existe entre las partes; la forma en que la obligación se ha adquirido; la naturaleza del hecho no revelado; la clase general a la que pertenece la parte (comprador o vendedor); la naturaleza del contrato; la esencialidad del hecho no revelado; el tipo de daño que se puede sufrir con la no revelación; y la conducta de la persona con conocimiento del hecho no revelado. Otros autores hacen mayor hincapié en que la valoración de los «factores relevantes» debe partir de que la regla general en esta materia es la de no reconocer obligaciones de información, por lo que su estudio adopta la perspectiva de la justificación de excepciones. Calamari enumera como excepciones (*Contracts*, St. Paul, 1987, pp. 366 a 371): que una parte esté en posesión de cierta información a la que la otra parte sólo podría acceder con costes extremadamente altos; la ocultación positiva de información o revelaciones parciales de la verdad; la idea de garantías implícitas, como por ejemplo, que el vendedor sea «garante» de los vicios ocultos de la cosa, conforme a la regulación codificada de los vicios redhibitorios; la naturaleza del contrato y las relaciones entre las partes; la deseabilidad de una amplia obligación de información salvo la adquirida con algún tipo de coste.

del riesgo de información sólo puede ser la de la carga de autoinformarse. Y las excepciones a la regla general pueden surgir por dos motivos: por el propio contrato, que de manera explícita o implícita puede obligar a una de las partes a hacerse cargo de los intereses de la otra, o con otras palabras, que puede asignar el riesgo de información de una parte a la otra; o por la necesidad de corregir, allá donde exista, un desequilibrio notorio de poder informativo en la contratación, desequilibrio que el mercado no permite paliar y que hace razonable la adopción de una medida de protección que consista en que un contratante sea acreedor frente a su contraparte de cierta información, siempre que lo justifique el «estado de necesidad», tanto económico como informativo, de aquél (el mismo autor duda, sin embargo, de que en estos casos la protección mediante información resulte verdaderamente eficaz). La cuestión es, precisamente, hallar el fundamento último de ese «desequilibrio estructural» que hace nacer las obligaciones de información ⁴⁴.

Entre los posibles fundamentos, Rehm se plantea si la protegibilidad del consumidor fundamenta por sí sola, de forma suficiente y autónoma, las obligaciones de información; y entiende que el déficit de información (presumible al consumidor) es un fenómeno demasiado común y universal para que sirva sin matices de fundamento. Esto se pone de relieve si se considera que, por una parte, va demasiado lejos (porque se informa también a los que no necesitan la información), y por otra, resulta demasiado corto (pues no son sólo los consumidores los que pueden adolecer de falta de información). Lo verdaderamente decisivo, más que la simple condición de consumidor de una de las partes o que la mera constatación de que existe cierta asimetría informativa, es el hecho de que en la relación contractual concurren un consumidor y un profesional, y que el plan normativo contractual imponga a éste el riesgo de información de aquél. Al fin y al cabo, el profesional debe conocer el producto o servicio que comercializa, puede estimar lo que le cuesta esta información y distribuir el coste entre sus clientes. Lo decisivo es que la razón para asignar el riesgo no puede ser *sólo* la condición de consumidor, menos aún cuando la relación jurídica esté caracterizada por la contraposición de intereses y el consumidor tenga posibilidad de informarse por sí ⁴⁵.

Tampoco la condición de profesional de una de las partes justifica de forma automática que ésta deba convertirse en garante de los intereses de la contraparte. Otra cosa es que no pueda defraudar

⁴⁴ REHM, *Aufklärungspflichten...*, cit., pp. 120 ss.

⁴⁵ REHM, *Aufklärungspflichten...*, cit., pp. 152 ss.

la confianza que, en su condición de profesional o experto, haya despertado legítimamente en la otra parte, dada la relación jurídica que les une. En efecto, en ocasiones es la confianza que una parte despierta o hace despertar en la otra, la que hace que ésta pueda esperar legítimamente de aquélla la información que le ayuda a conocer mejor la realidad sobre la que incide el contrato. La cuestión es si esa confianza se encuentra jurídicamente justificada, si se ha despertado de forma legítima por parte de quien espera la información, lo que dependerá, en primer lugar, de la relación contractual que les una, y en segundo lugar, del comportamiento expreso o tácito del potencial deudor de la información ⁴⁶.

Como las obligaciones de información posibilitan que la parte informada pueda considerar mejor sus intereses, alguien podría deducir que en el fondo son un factor decisivo para mejorar la justicia contractual material, que sería así su fundamento último. Y aunque resulte cierto que a mayor conocimiento se corresponderá un mejor ejercicio de la autonomía, lo que no está nada claro es que sea una parte, la obligada a informar, la que tenga que encargarse de la justicia material de un contrato que contrapone los intereses de las partes, como si además de considerar su propio interés tuviera que convertirse en garante del interés general. La cosa cambia, naturalmente, cuando el contrato no enfrente los intereses de las partes ⁴⁷.

Finalmente, la propuesta del autor es que el fundamento último de las obligaciones precontractuales de información lo constituye el hecho de que al deudor de la información se le remunere «típicamente» por su prestación informativa, y resulte así compensado por la asunción del riesgo de información de la contraparte. El reconocimiento de una obligación de información supone asignar a una parte contractual el «riesgo de información» de la otra, y lo normal para que esté dispuesta a asumirlo es que se encuentre en disposición (en situación contractual) de ser remunerada por ello, con otras palabras, que pueda ser típicamente remunerada por ello. La pregunta por las obligaciones precontractuales de información no puede plantearse al margen del contrato; por el contrario, sólo

⁴⁶ REHM, *Aufklärungspflichten...*, cit., pp. 226 ss. El comportamiento de una de las partes, que puede interesarse con preguntas, o dejarse aconsejar, puede introducir en la relación contractual o precontractual aspectos de asesoría o consejo que constituyen por sí mismos una nueva «prestación». El contratante con información puede negarse a responder o a aconsejar antes de haber acordado una relación jurídica y haber pactado una contraprestación por ello, o puede informar, arriesgándose a que la otra parte no llegue finalmente a contratar con él. Lo que no puede hacer es omitir la información demandada, cuando ésta hace que el contrato sea inútil para la otra parte, y ello sea conocido o debido conocer por aquél

⁴⁷ REHM, *Aufklärungspflichten...*, cit., pp. 182 ss.

puede responderse después de analizar el reparto del «riesgo de información» que realice la norma contractual, distinguiendo el contrato que contrapone los intereses de las partes del que obliga a una de ellas a considerar los intereses de la otra, y en íntima relación con esto último, distinguiendo según la obligación del «presuntamente obligado» a informar sea de medios o de resultado. La tesis es, por tanto, que cada contrato responde a ciertos criterios de imputación del «riesgo de información», y que lo decisivo en esta materia consiste en descubrirlos, hacerlos explícitos para cada relación contractual, y respetarlos, o pactar expresamente sobre ellos.

Si la regla es que habrá que estar a la asignación contractual del riesgo de información, puede servirnos de ejemplo el de la compraventa codificada (paradigma de los contratos sinalagmáticos de intereses contrapuestos), en la que el «estándar» de diligencia informativa está representado por la prohibición de engaño y la responsabilidad por vicios ocultos. En los casos de dolo y de vicios ocultos la asignación del riesgo de información es clara. Otros supuestos podrán resolverse mediante la teoría del error, o como supuestos de incumplimiento. Finalmente, habrá que tener en cuenta algunos factores que podrían provocar desviaciones respecto de la regla general: los contratos con riesgos conocidos y asumidos –comprar en el rastro–, las posibilidades de autoinformación del presunto acreedor de la misma, o el haber asignado una contraprestación separada por la información (siendo indicios para determinar si se ha acordado una contraprestación específica para la prestación de información: la publicidad, el precio de mercado, la responsabilidad profesional, la confianza suscitada...) ⁴⁸.

4.2 FACTORES PARA ELABORAR EL SUPUESTO DE HECHO

No se puede cuestionar que en ocasiones una única circunstancia (referida al contrato, a la condición o al comportamiento de las partes) puede ser suficiente y decisiva para entender nacida una obligación de informar; y que en otras, la misma circunstancia, en combinación con otros elementos, ya no resulta definitiva, sino meramente indiciaria. Consideremos algunas de ellas:

– La condición de consumidor: La concurrencia de un consumidor puede bastar para entender nacidas ciertas obligaciones informativas de la contraparte (art. 60 TR), pero sin duda la situación cambia dependiendo de que nos hallemos en un ámbito del

⁴⁸ REHM, *Aufklärungspflichten...*, cit., pp. 235 ss.

mercado sometido a las exigencias del etiquetado, en otras relaciones frente a profesionales, en relaciones entre particulares, o en otros ámbitos dignos de consideración (compárese la compraventa efectuada en unos grandes almacenes respecto de la realizada en un mercado de frecuencia semanal, o en un mercadillo de ocasión), y desde luego, la mera condición de consumidor no obliga a la otra parte a velar por sus intereses (salvo en el marco de una relación jurídica en la que ésta se obligue a ello o le obligue la ley). El DCFR resulta en este punto especialmente significativo, pues distingue las relaciones entre profesional/otra persona, profesional/profesional, profesional/consumidor y profesional/consumidor que se encuentra en alguna situación particular de desventaja.

– El dolo: No parece que el geólogo de nuestro ejemplo esté obligado a informar espontáneamente que presume la existencia de un filón de oro en el terreno que quiere comprar; pero si resulta preguntado expresamente por el vendedor sobre este punto no podrá dar una respuesta falsa sin que el contrato resulte anulable por dolo. Puede eludir la pregunta (si entendemos que no tiene obligación de informar su omisión no podría considerarse reticencia dolosa), u ofertar un precio por emitir un informe sobre el terreno, pero no mentir sin afectar a la validez del contrato.

– El coste de la información: Se acepta que la información no costosa que puede influir en la formación del consentimiento contractual de la contraparte debe ser comunicada; pero ya en concreto, ¿cuál es la información que Sempronio está obligado a dar a Cayo sobre la vivienda? ¿Está obligado a informar acerca de la carretera *porque dicha información no le ha costado nada*, o *por ser Cayo consumidor y Sempronio empresario*, o sólo *porque Cayo ha preguntado* por ello en los tratos preliminares o resulta de las conversaciones que una carretera haría perder el interés de éste en la vivienda? Sin duda, la «gratuidad» de la información puede jugar a favor de que ésta se transmita, pero de ello no puede deducirse sin más que toda información no costosa deba transmitirse, ni que toda información costosa quede sustraída del deber de transmitir. El vendedor que gasta una considerable suma en el peritaje de una obra que considera de Monet, y descubre que se trata de una mera imitación, podrá pretender incluir el coste de la información en el precio, pero finalmente será el mercado el que determine éste, sin tener en cuenta aquél. Sin embargo, el comprador que sabe que se vende un Monet a precio de ganga puede no estar obligado a revelarlo, y no sólo cuando haya pagado por saberlo, sino probablemente también cuando lo sepa por casualidad, pues no será nada

fácil determinar en qué caso nos hallamos. Luego el dato sobre el coste de la información puede influir en el reconocimiento de las obligaciones de información, pero no siempre es el dato más decisivo, ni actúa siempre de la misma manera.

Este último ejemplo pone de relieve un aspecto decisivo en el juicio sobre la procedencia del reconocimiento de obligaciones de información, que en materia de error suele considerarse en torno al requisito de esencialidad, como es el papel más o menos relevante que juega el elemento sobre el que recae la información en la economía contractual. Podríamos afirmar que parece lógico obligar a informar espontáneamente sobre aspectos «esenciales» del objeto y finalidad económica del contrato (en nuestro caso, los directamente vinculados a la funcionalidad del objeto de la compraventa, la vivienda), pues sobre ellos descansa el consentimiento contractual. Por el contrario, los otros factores objetivamente menos esenciales, como puede ser la mayor o menor tranquilidad de una vivienda (salvo que el ruido cuestione la habitabilidad de ésta, como puede ocurrir con la cercanía de un aeropuerto, o de una discoteca; con todo, en estos supuestos los «vicios» son aparentes, a no ser que se hayan ocultado), no parece que reclamen una obligación espontánea de informar, por lo que ésta sólo surgiría si en los tratos preliminares el comprador revela la importancia que para él adquiere este aspecto.

Con todo, en ocasiones no será fácil determinar el ámbito de la esencialidad: Si el vendedor de un atractivo ático sabe que la caldera central del inmueble no consigue que la temperatura del mismo suba de los 18 grados centígrados en invierno, y no lo dice al comprador que se encapricha del mismo en el mes de junio, ¿qué protección le asiste a éste cuando compruebe, en noviembre, que necesitará un gasto suplementario para acondicionar térmicamente el ático? No será difícil aceptar que el vendedor debió informar sobre esta circunstancia, porque ésta afecta de forma decisiva a la habitabilidad de la vivienda (al menos en Madrid, no así en otras localidades más cálidas) y a la economía del contrato (el comprador cuenta con que el gasto de calefacción central incluido en la cuota de la comunidad de propietarios sea suficiente para el acondicionamiento térmico del inmueble). El dato, por tanto, parece esencial; pero, ¿protegemos al comprador como si se tratara de un supuesto de «vicio oculto», dándole la posibilidad de redhibir el contrato o conseguir una rebaja del precio; o como al contratante que resuelve por falta de conformidad (dado que será difícil que prosperen la reparación o la sustitución)? O bien, ¿no podría considerarse como un supuesto de *dolo incidental*, en el que el vendedor queda obligado a reparar los daños, sin

reconocer al comprador un derecho a liberarse del contrato? O complicando un poco más el supuesto, ¿con cuántos grados más dejaría el defecto de ser esencial, o, siéndolo, dejaría de ser un problema de validez o de incumplimiento resolutorio, para pasar a ser un problema de cumplimiento defectuoso o de daño por dolo incidental? Obsérvese que la indemnización con mantenimiento del contrato y la reducción del precio por la acción estimatoria provocarían una solución parecida, pues ambas consideran lo que le cuesta ahora al comprador realizar la reforma necesaria para conseguir el bienestar térmico habitual en viviendas de la calidad de la comprada. La resolución y la redhibición llevarán también a resultados patrimoniales similares. La cuestión, por tanto, está en decidir si resulta razonable que el comprador pueda optar por proteger su interés en no haber contratado o en haberlo hecho conociendo el problema que se ha puesto de relieve con posterioridad; o con otras palabras, si resulta razonable permitirle deshacer el contrato, o sólo reajustarlo, compensando así el daño causado.

Se tiende a elevar a norma que lo esencial debe revelarse; lo no esencial, sólo dependiendo del comportamiento de las partes, o cuando la ley lo exija por la condición de consumidor de una de ellas y de profesional de la otra. Pero ya se ha puesto de relieve que esta regla tampoco puede ser absoluta, pues entonces el geólogo o el experto en arte de nuestros ejemplos estarían obligados a informar espontáneamente, y si la compraventa del Monet es atacable, ¿qué impediría impugnar el contrato de quien compra un terreno, arriesgándose a que sea recalificado como urbanizable? ¿No es un supuesto equiparable al del Monet, siendo en este caso el experto un especialista en el mercado inmobiliario? ¿Qué distinguiría el desconocimiento de la autoría de un cuadro respecto del desconocimiento acerca del funcionamiento de la legislación y del mercado en la formación de los precios? Cosa distinta es que se permita la impugnación del contrato en el que la parte informada ha gozado de información privilegiada. Pues bien, ¿qué es lo que hace tan difícil aceptar que en estos casos se deba revelar la información, a pesar de hallarnos dentro del ámbito de la regla del «deber de revelar lo esencial»?

Este importante factor es la posibilidad de que el obligado a informar pueda o no recuperar el gasto invertido en obtener la información, o más sencillo, *aprovechar la información*, porque se lo permita su posición en el contrato. Desde esta consideración, si por una parte es cierto que el valor del terreno es esencial y la compraventa descansa sobre este presupuesto, por otra, el geólogo al que se obliga a revelar su conocimiento no podría «cobrar» la información que emita sobre el valor del terreno, pues no es él quien fija

el precio, ni puede obligar al vendedor a que le pague la tasación, o a que proceda a una venta más «justa» después de haberle dado la información sobre el terreno. E incluso cuando no sea onerosa la obtención de la información que da ventaja sobre la otra parte (caso M-30), ¿por qué no iba a poder aprovecharse cierta información «en perjuicio» de quien la desconoce, cuando el dato ignorado es suficientemente accesible también para éste y no ha sido aquél quien ha causado la ignorancia?

La idea de que es el propio contrato el que asigna o distribuye determinados riesgos, entre los que se encuentra el riesgo de información es una idea muy sugerente que ya servía hace años a Morales Moreno para resolver los problemas planteados por el «riesgo de error». En su magnífico estudio sobre éste, llegaba el autor a la conclusión de que el problema del error puede ser objetivado, en nuestro Derecho, a través del contrato, dejando de ser un problema de defecto o vicio de la voluntad, para manifestarse como una alteración en la organización de intereses que realiza cada contrato ⁴⁹. Desde esta perspectiva, es el propio contrato el que establece en cada caso qué riesgos de defectuosa información van a merecer consideración jurídica y cuáles no, para encargarse a continuación de la distribución, entre los contratantes, de ese riesgo.

Precisamente por esta cercanía en el planteamiento, y por lo provechoso que ha resultado en el ámbito del error, resultaría poco razonable ignorar la ordenación interna que propone Morales Moreno para tratar del error, distinguiendo entre un factor objetivo (el ámbito de realidad sobre el que debe recaer el error para resultar esencial/relevante), un factor ético (de valoración de la conducta de las partes) y un factor económico (de valoración de las consecuencias económicas), como elementos a tener en cuenta de cara a la correcta valoración de cada supuesto ⁵⁰.

4.2.1 *El factor objetivo*

En cuanto al factor objetivo, el autor señala que «la consideración de la realidad sobre la que se asienta y actúa el contrato forma

⁴⁹ MORALES MORENO, *El error en los contratos*, Madrid, Ceura, 1988, p. 202.

⁵⁰ MORALES MORENO, *El error...*, cit., p. 197. En otro lugar distingue entre criterios estrictamente jurídicos y económicos; entre aquéllos, de justicia conmutativa (valoración de la conducta de las partes para ver a cuál de ellas debe ser imputado el error: excusabilidad, imputabilidad, valoración ético-jurídica de la conducta de los contratantes) y de justicia distributiva (naturaleza típica de las relaciones: considerar si hay base estadística que oriente la imputación hacia una de las partes, o la necesidad de corregir un desequilibrio institucional entre las partes que intervienen en un determinado tipo de relaciones, asignación de riesgo que implica una garantía, como ocurre con el saneamiento por vicio oculto).

parte del mismo, en la medida en que es tomada en cuenta en la organización de intereses que éste realiza. El error supone una falsa representación de esa realidad», y es jurídicamente relevante sólo «si se refiere a elementos que puedan ser considerados presuposiciones del contrato». Desde esta perspectiva, la esencialidad (relevancia jurídica) del error dependerá de que recaiga sobre las presuposiciones del contrato, y otro tanto podría decirse de la información que no se tuvo al contratar. Para determinar las presuposiciones del contrato habrá que tener en cuenta, en defecto de la voluntad expresa de los contratantes:

1. En primer lugar, la ley, pues siempre que ésta establezca deberes informativos estará delimitando el ámbito de las presuposiciones contractuales;

2. En segundo lugar, el contrato elegido, con su forma «típica» de asignar riesgos y proteger intereses;

3. En tercer lugar, el comportamiento de las partes en los tratos preliminares, que puede hacer que otras circunstancias (motivos) adquieran «relevancia en la organización contractual de intereses». Para valorar «cuándo los propósitos de una parte se han convertido en presuposiciones del contrato» habrá que acudir al principio de buena fe, que a su vez remite a un arquetipo de conducta por el que las manifestaciones de las partes serán enjuiciadas según:

- a) el «modo normal de ver las cosas» al celebrar el contrato,
- b) los criterios normales de entender o valorar la realidad, y
- c) la condición de las personas implicadas (profesionales o no);

4. En cuarto, los usos sociales, cuando establezcan la manera ordinaria de valorar y entender las cosas, pues en un contexto en el que cabe esperar razonablemente que la otra parte actuará conforme al uso establecido, quien quiera apartarse de éste deberá advertirlo: se ha de informar sobre aquello que se aleja significativamente del uso habitual, porque éste ha devenido en presuposición por su tipicidad social;

5. Finalmente, el autor propone como criterio legal ex artículo 1289 CC que la ausencia notoria de reciprocidad en los contratos onerosos puede llevar a presumir la existencia de error esencial, pues no es razonable pensar que una parte haya querido un pacto que resulta notoriamente desfavorable para ella ⁵¹.

⁵¹ MORALES MORENO, *El error...*, cit., pp. 206 ss. Este criterio interpretativo se acerca significativamente a la *unconscionability* anglosajona, o a la, para nosotros mejor conocida –por rechazada–, rescisión por lesión, por lo que deberíamos observar con suma cautela este «error objetivamente deducido de la desproporción entre las prestaciones», dado el criterio restrictivo de nuestro codificador en materia de rescisión por lesión.

En este contexto debemos plantearnos si el conocimiento del mercado, de los precios y de las variables que intervienen en las fluctuaciones de éstos, es una presuposición del contrato, sobre la que cierta ignorancia podría resultar relevante. Y no creo que haya inconveniente en aceptar que, efectivamente, puede ser, y habitualmente será, una presuposición contractual. Lo que ocurre es que, en una economía de mercado, los riesgos por desconocimiento del mercado, aunque recaigan sobre una presuposición contractual, son difícilmente imputables a la otra parte en los contratos que contraponen los intereses de las partes.

El factor objetivo es decisivo para restringir el ámbito de las obligaciones de información a aquellos aspectos de la contratación que puedan considerarse presuposición de la misma, o que hayan devenido tal durante las negociaciones. Pero hay que seguir adelante, porque la esencialidad del error (el que recaiga sobre las presuposiciones del contrato) o de la información omitida no es suficiente para entender justificada la protección de quien yerra/ignora.

4.2.2 *El factor ético*

La justa distribución del riesgo de error se ha llevado a cabo, en la práctica, «utilizando criterios éticos: tomando en cuenta y valorando (según ciertos moldes típicos) la conducta de ambas partes contratantes»⁵². Desde esta perspectiva, el error imputable a quien lo sufre debe ser soportado por él; en tanto que, si imputado a la otra parte (por contrato, por ley, por conducta influyente, por confianza razonablemente suscitada), suele justificar la protección de aquél. En el contexto de una relación contractual que enfrenta los intereses de las partes (lo que significa que corresponde a cada cual velar por su propio interés), el error puede imputarse al otro contratante básicamente por dos motivos: porque lo ha provocado (pudiendo exigirse la imputación subjetiva –dolo o culpa– de la conducta, o bastando que la conducta haya causado razonablemente el error⁵³), o porque en el caso concreto el principio de buena fe impone el deber de deshacer el error que se ha conocido o debido conocer. Para valorar adecuadamente el alcance del principio de buena fe se suelen considerar numerosos factores, entre los que destacan el tipo contractual (de intereses contrapuestos o no), la condición (consumidor/profesional) y el comportamiento de las

⁵² MORALES MORENO, *El error...*, cit., p. 217.

⁵³ Así ocurre también en la *innocent misrepresentation* anglosajona.

partes, pues son éstos los datos decisivos de cara a la asignación del riesgo de error o de falta de información entre los contratantes.

La relación entre estos elementos no es cuantitativa (de forma que la suma de un número suficiente de ellos haga nacer automáticamente la obligación de informar), ni siquiera homogénea: algunos pueden ser por sí decisivos, pero no siempre; otros, para serlo, necesitan ponerse en relación. Esta circunstancia tiene que ver con que hay factores de imputación que tienen en cuenta la situación de ambas partes, ya que consideran globalmente el conflicto de intereses planteado (así ocurre con el tipo contractual, o con la circunstancia de que el informado pueda aprovecharse de la información gracias al contrato), en tanto otros apuntan una circunstancia desde una perspectiva unilateral.

Así como el factor «tipo de contrato» es siempre un dato objetivo que tiene en cuenta la posición jurídica de ambas partes, otros factores, como la condición de «profesional» o «experto» de una de las partes, introducen, cuando son considerados aisladamente, una perspectiva unilateral, que debe ser adecuadamente contextualizada. Que una parte sea «profesional» no puede constituir un dato definitivo para imponerle un riesgo que no haya asumido contractualmente (salvo que la ley se lo imponga de manera imperativa, o que con su comportamiento haya despertado una legítima confianza en la otra parte): Si en el curso de una conversación sobre inversiones alguien encarga a un intermediario financiero una determinada operación, esperando que éste le oriente, aconseje o disuada, pero el intermediario se limita a realizar el encargo, del que resulta una notable pérdida, a nadie se le ocurre pensar que éste deba soportar la pérdida porque estuviera obligado a advertírselo, ya que en ningún momento se le contrató para asesorar la inversión, sino para realizarla. El inversor albergaba la esperanza de que éste le asesorara, pero sin una relación jurídica que fundamente esta labor de asesoramiento, y su correspondiente contraprestación, no hay causa jurídica que respalde la legitimidad de dicha confianza. La mera condición de experto, sin una relación jurídica que justifique el asesoramiento, no sería suficiente para despertar una confianza legítima. Tampoco puede defenderse que el principio de buena fe imponga en este caso un deber de asesorar, salvo que fueran las propias palabras, o el comportamiento, del intermediario las que hubiesen dado pie a la otra parte para arriesgarse a realizar la inversión. Incluso en el marco de una relación jurídica de confianza ha podido tratarse de una operación desafortunada en la que habría que valorar, sobre todo, si el profesional había advertido suficientemente a su cliente acerca del riesgo que asumía. Para valorar cuán-

do un comportamiento puede despertar razonablemente (en sentido jurídico) una confianza legítima en recibir información esencial resulta necesario acudir a un parámetro objetivo de comparación que considere la situación concreta planteada: lo que un buen padre de familia (la persona prudente –sensata, razonable– que está acostumbrada a velar por intereses que son a la vez individuales y colectivos) hubiera podido deducir en la situación concreta del comportamiento enjuiciado.

Por todo ello, el dato de que una de las partes sea un experto debe ir ligado a otros datos para poder atacar el contrato por falta de información (salvo que el experto/profesional tenga, por el mero hecho de serlo, obligación legal de otorgarla), como la concurrencia de un tipo contractual que obligue a aquél a asesorar o a velar por los intereses de la otra parte, o que sea el comportamiento del experto el que haya razonablemente despertado en la otra parte la legítima expectativa de resultar informado, precisamente por su condición, o que el consumidor haya requerido algún dato sobre el bien o servicio que no pueda denegarse sin deslealtad por parte del experto.

Otros datos pueden parecer definitivos. Por ejemplo, resulta difícil dejar de suscribir que «la buena fe obliga a no aprovecharse del error del otro contratante cuando éste es conocido o debió conocerse (desplegando la diligencia a la que obliga la buena fe)», y que por ello, en el ámbito de las presuposiciones del contrato (hechos significativos para la organización contractual de intereses, cuya falsa apreciación provoca una alteración de la misma), los contratantes deben colaborar para que la regla contractual se asiente sobre bases fácticas verdaderas⁵⁴. Sin embargo, en páginas precedentes se ha puesto de relieve que no está claro que la buena fe imponga el deber de revelar información esencial, desconocida para la otra parte,

- cuando se ha realizado un gasto considerable en obtenerla;
- cuando la única forma de aprovechar la información sea no revelarla, pues si no pudiese aprovecharse, nadie se interesaría en descubrirla;
- cuando la otra parte pudo conocerlo por tratarse de mercancía propia, pues en tal caso nada impide que se haya conocido su valor;
- cuando es el propio contrato de compraventa el que asigna el riesgo sobre el valor de la cosa al vendedor (salvo pacto o disposición legal en contrario).

⁵⁴ MORALES MORENO, *El error...*, cit., pp. 229 ss.

Por ello, y para procurar una perspectiva bilateral, el factor ético considera también la conducta del contratante que posee la información que la otra parte ignora, pues, como se ha puesto de relieve, no basta con que la situación de una parte sea «protegible», sino que debe resultar razonable que sea la otra parte quien corra con el riesgo de información de aquélla, y para esto hace falta que sea ésta quien haya provocado la ignorancia, o quien haya debido deshacerla. Fuera de estos dos casos rige la regla general: la carga de autoinformarse. Si la provocación del error no tiene por qué ser subjetivamente imputable, esto es, si no es necesario que el contratante que proporciona la información falsa o errónea haya sido negligente en su obtención o en su transmisión, el criterio de atribución del riesgo resulta esencialmente objetivo. El supuesto de omisión plantea mayor complejidad, pues exige determinar cuándo y en qué medida se está obligado a revelar cierta información en el contexto de una relación jurídica que contrapone los intereses de las partes, y para poder responder a esto se deben analizar ciertos factores, entre los que hemos destacado el tipo contractual, la condición y el comportamiento de las partes: la omisión no debería chocar con la conducta esperable en un contratante honesto, dado el tipo de contrato y la asignación de riesgos que éste realiza, la condición y el comportamiento concreto que haya observado al contratar.

4.2.3 *El factor económico*

En cuanto al factor económico, se ha puesto de relieve que el coste de la información no es un dato que pueda considerarse con independencia del tipo contractual. Un vendedor tiene posibilidad de incorporar el coste de la información al precio de la cosa, al contrario de lo que le ocurre al comprador, luego su posición no es equiparable. Sin embargo, en cuanto a la información sobre el mercado, o mejor, sobre su posición estratégica (alcista o bajista) en éste, ambos están interesados en no revelarla.

Por otra parte, en ocasiones no será posible conocer si la información ha sido costosa, por lo que no parece prudente hacer depender la solución al problema de un dato que, aunque importante, podría no llegar a determinarse; otra cosa es que, si conocido, pueda asignársele un papel. Quizá convenga tenerlo en cuenta en aquellos casos en los que pueda conocerse, como cuando los compradores conocen el valor de lo comprado por su cualificación profesional. Barros opina que «la parte que no tiene ese conocimiento inmediato de la cosa puede aprovechar la información que ha obtenido y que es desconocida del vendedor; así ocurre, por ejemplo,

con quien ha investigado las propiedades agrícolas de un suelo hasta entonces mediocrementemente explotado y negocia su compra guardando legítimamente silencio de esos estudios». Y no distinga según se haya obtenido la información de forma más o menos meritoria, pues «en la medida que el derecho difícilmente puede penetrar en las razones, algo similar vale para quien sin esfuerzo, por azar, toma conocimiento de una calidad de una cosa que le agrega valor y es desconocida por quien la posee»⁵⁵.

Considero que la regla general debería ser que la información que sólo pueda aprovecharse si se reserva pueda no revelarse, aunque recaiga sobre presuposiciones contractuales, y ello, porque:

1. si es costosa, hay que incentivarla, y
2. si no lo es, ha podido conocerse por la otra parte,
3. salvo los supuestos de:
 - a) dolo (causal o incidental);
 - b) información privilegiada;
 - c) posición monopolista (o desproporción notoria en el gasto de acceso) respecto de la información⁵⁶.

4.2.4 Valoración

A medida que se va desentrañando la complejidad del problema, conviene plantear si no resulta más provechoso, en lugar de preguntar *cuándo nace la obligación de información*, hacerlo por *cuándo resulta razonable que la falta de información de uno de los contratantes sea relevante de cara al contrato*. En un contexto en el que el principio general está constituido por la carga de autoinformarse, la obligación de informar debe estar siempre justificada. Esta justificación puede establecerse *a priori*, exigiendo por adelantado el contenido de concretas obligaciones de informar para determinadas relaciones contractuales. Es la perspectiva del legislador y de las obligaciones informativas impuestas por la ley, y como perspectiva, tiende a arrojar una visión unilateral del problema, la del obligado a informar. Pero en muchas ocasiones buscaremos la justificación *a posteriori*, preguntándonos, después de realizado un contrato para el que el legislador no ha prescrito ninguna

⁵⁵ BARROS, *Tratado...*, cit., pp. 1020 y 1021.

⁵⁶ REHM, *Aufklärungspflichten...*, cit., pp. 213 ss.: La «dependencia informativa» puede ser también un dato esencial y suficiente para fundamentar una obligación de informar, siempre que el deudor de la información disponga de un monopolio informativo, o cuando el gasto que tendría que realizar el acreedor de la información fuese desproporcionado».

obligación específica de informar, si una de las partes debería poder impugnar o modificar el mismo por no haber recibido cierta información conocida por la otra parte; ésta es una perspectiva bilateral, y es la propia del derecho de contratos y del principio de buena fe.

Preguntar por el nacimiento de las obligaciones de información hace girar la reflexión en torno a las previsiones legales, con su planteamiento apriorístico, y en torno al obligado a informar, con su perspectiva unilateral. Por el contrario, al preguntarnos por cuándo resulta razonable que una parte pueda impugnar o modificar el contrato, por no haber tenido cierta información relevante que sí poseía la otra parte, estaremos contemplado el conflicto en su complejidad desde una perspectiva bilateral. Se objetará, con razón, que un contrato atacable por falta de información pone en evidencia que una parte debió informar para «salvar» el contrato, pero sin duda es mejor perspectiva la que se pregunta por los factores que hacen justificable poder liberarse del contrato o poder modificarlo por falta de información, porque considera la posición contractual de ambas partes y busca un adecuado reparto del riesgo de información entre ellas a partir del dato más relevante: el propio contrato.

4.3 PROPUESTA DE SUPUESTO DE HECHO: LA TESIS (PRIMERA PARTE)

Desde esta perspectiva, a la luz de las consideraciones que llevamos acumuladas, podría proponerse una fórmula del siguiente tenor: La falta de información sobre las presuposiciones contractuales (determinables según las pautas señaladas) será relevante *cuando la parte ignorante pueda imputar a la otra su ignorancia,*

1. por haber sido ésta la que le proporcionó –de forma culpable o no– la información falsa o errónea.
2. por haber incurrido en una omisión contraria a la buena fe, atendiendo:

- a) a la relación contractual existente entre ambas;
- b) a la condición de las partes;
- c) al comportamiento de las partes;
- d) a que la obtención de la información haya sido onerosa;
- e) a que la posición del «deudor de la información» en el contrato no permita obtener una contraprestación por revelarla (salvo dolo, información privilegiada, monopolio o desproporción notoria en el acceso a la información);

f) a que la otra parte se encuentre protegida en su ignorancia por una previsión legal, en los términos de ésta.

Es importante señalar que cada una de estas variables merece una consideración diferenciada: Para la delimitación objetiva del ámbito de las obligaciones de informar, estimo adecuada la construcción del profesor Morales Moreno sobre las presuposiciones del contrato. La información, para ser relevante, debe referirse a éstas.

En cuanto a los factores que hacen que la omisión sea contraria a la buena fe, hay que partir de que es el propio contrato el que asigna el riesgo por falta de información: en los contratos que contraponen los intereses de las partes, conforme a los principios de autoinformación (conocimiento del mercado) y esfera de control (la información sobre presuposiciones contractuales que caen bajo la esfera de control de un contratante debe transmitirse: *es la regla que atribuye el riesgo por vicios ocultos al vendedor*, o desde otra perspectiva, la excepción de *monopolio de acceso*); en los que una de las partes se obliga a velar por los intereses de la otra (relaciones de confianza, de consejo o asesoramiento), conforme al principio de responsabilidad por confianza. Este dato objetivo (tipo contractual) puede resultar suficiente para asignar el riesgo por falta de información esencial, o quedar relegado a un segundo plano por concurrencia de otros (como el comportamiento de las partes). En cuanto a su relación con el factor económico, lo normal es que el tipo contractual lo haya tenido en cuenta al establecer la asignación del riesgo de información (por ejemplo, la regulación de la compraventa parte de que el vendedor cuenta con acceso directo a la información).

La condición de las partes no es un dato que, en sí mismo considerado, pueda considerarse definitivo, salvo para las obligaciones que la ley haya ligado a dicha condición⁵⁷. Sin embargo, unido a otros factores, especialmente al comportamiento de las partes, puede constituir un factor decisivo en la atribución del riesgo. La pregunta fundamental que hay que hacerse es si, dada la condición y el comportamiento concreto de una de las partes, ésta pudo razonablemente despertar en la otra una confianza legítima en resultar informada, acudiendo como parámetro de comparación a lo que un buen padre de familia hubiera deducido de tal comportamiento y

⁵⁷ Así, el profesional que contrata a distancia queda obligado a cumplir las exigencias informativas del artículo 97 TR. En otras ocasiones, la fórmula prevista por la norma será lo suficientemente vaga como para necesitar de ulteriores concreciones, como ocurre con la información debida en virtud de la regla del consumidor medio (art. II. -3:102 DCFR).

condición en la situación contractual concreta. Se trata, por tanto, de una valoración prudencial.

El coste de la información es otro dato que tampoco resulta determinante por sí solo. En primer lugar, por motivos prácticos, pues en muchos casos no podrá determinarse. En segundo, porque el no haber realizado un gasto para obtener la información que da cierta ventaja sobre la otra parte no es un dato del que sea necesario deducir, ni en lógica ni en justicia, que aquélla deba transmitirse, cuando pueden concurrir otros factores que apoyen la decisión contraria (la distribución contractual del riesgo informativo, el libre acceso a la información no costosa...). Eso sí, cuando se conozca el dato de que la obtención de información ha sido onerosa, reforzará la posición de quien quiera reservarla, salvo que su posición en el contrato le permita «cobrarla».

Más definitivo resulta el dato económico de que quien no puede aprovechar la información de otra forma que no sea reservándola no debería estar obligado a revelarla, al menos en el contexto de un contrato que contrapone los intereses de las partes. Este dato puede ser definitivo, salvo que una previsión legal imponga la obligación de revelar, o que se trate de supuestos de dolo, información privilegiada, monopolio informativo o desproporción notoria en el acceso a la información (que es lo que le ocurre al vendedor sobre el objeto de la venta). Con todo, es lógico que haya mayores recelos en aceptarlo cuando la información no se ha obtenido de forma onerosa, aunque podría contra argumentarse que si la información no era costosa, la otra parte pudo también acceder a la misma. En tal caso, la ignorancia le sería imputable por no haber cumplido con la carga de autoinformarse, o como se diría en sede de error, porque su error es inexcusable.

Considerando esta propuesta, el caso del geólogo se resolvería en sentido negativo (inexistencia de la obligación de informar; protección del contrato), por tratarse de un supuesto amparado por la imposibilidad de sacar rendimiento de una información onerosa. La anciana vendedora del Monet tampoco encontraría protección, salvo que una norma en materia de compraventa de obras de arte la protegiese expresamente frente a compradores «profesionales». Con todo, como bien reconocía Rehm con respecto a su propuesta en el marco del BGB, en nuestro ordenamiento un juez no encontrará ningún inconveniente grave para apreciar, en estos dos casos, la existencia de error esencial y relevante, según las circunstancias que acompañen a las respectivas compraventas.

El caso de Cayo y Sempronio se resolvería decidiendo si la tranquilidad de la vivienda había devenido presuposición del contrato en

el curso de los tratos preliminares. La compraventa de pisos junto a la M-30 plantea una disyuntiva delicada: podría argumentarse en contra de los compradores, que no deberían poder aprovecharse de una información por la que no han pagado nada (factor económico), si de las condiciones de la venta pudiera deducirse sin lugar a dudas que reconocieron el error ajeno y se aprovecharon del mismo, y ello, a pesar de haber demostrado mayor astucia negocial (factor ético: comportamiento de la parte concedora). Sin embargo, no resulta evidente que el principio de buena fe imponga el deber de informar, dado un contrato que contrapone los intereses de las partes (factor objetivo: tipo de contrato), un comportamiento del que no cabe deducir oferta informativa gratuita alguna (factor ético: comportamiento de la parte concedora), y una información que hubiera podido conocerse por parte del contratante ignorante (factor ético: comportamiento de la parte ignorante). Aun podríamos añadir que el riesgo general de las fluctuaciones del mercado debe ser soportado por cada uno, y que por ello, la falta de información sobre el mismo no debería resultar relevante, por previsible, salvo que fuese provocada o inducida por la otra parte. Estos argumentos pueden pesar más que el hecho de que un contratante haya reconocido la ignorancia de la contraparte y «se haya aprovechado» de ella. Es ésta la opinión que nos parece merecedora de convertirse en regla general; en cuanto a las excepciones: con carácter general, el dolo, y por la especial protegibilidad de determinadas posiciones contractuales, las disposiciones legislativas protectoras de la posición de los consumidores.

Finalmente, cuando es la ley la que impone el deber de informar, la omisión de información resulta relevante aunque se consiga demostrar que el obligado no sacó partido de la ignorancia.

5. LA CONSECUENCIA JURÍDICA

5.1 INTERÉS PROTEGIDO E INTERESES PROTEGIBLES

Ya hemos visto que el supuesto de hecho obliga a considerar diversos aspectos de la contratación que interactúan para poder concluir si existe o no obligación de informar, o mejor, si la falta de información resulta relevante de cara a la eficacia del contrato; ahora partimos de que ésta *es* relevante. ¿Cómo proteger al contratante desinformado? ¿Qué debería poder hacer con su contrato?

Considerando las relaciones entre nulidad e indemnización de daños, una postura de corte dogmático defendería que la eventual indemnización de daños debería limitarse, en todos los casos de nulidad absoluta, al interés negativo, porque el mismo concepto de interés positivo resulta contradictorio con el hecho de que el contrato sea

nulo. Otra postura más sensible a los postulados de la jurisprudencia de intereses preferiría distinguir supuestos, distinguiendo los diferentes intereses que resultaran relevantes en cada uno de ellos. Desde esta perspectiva, la protección del contratante que ignora la imposibilidad originaria y absoluta de la prestación que se le debe merece que se considere y proteja su interés contractual positivo, porque la imposibilidad no hace desaparecer su interés en el contrato; desde su perspectiva, se trata de un incumplimiento contractual, que debería desencadenar los efectos y las medidas de protección típicas de éste. De manera distinta, quien contrata mediando dolo o intimidación de la contraparte no se enfrenta a un problema de incumplimiento; lo normal es que no esté interesado en el contrato, sino en liberarse de él. Finalmente, la situación de quien contrata con error relevante no es tan fácilmente predeterminable, porque, una vez desvanecido el error, puede preferir desligarse del contrato (de haber conocido la realidad, no hubiera contratado en absoluto), o mantenerlo (con eventual indemnización de los daños causados por el error); pero puede estar también interesado en que el contrato «se adapte» a la información conocida *a posteriori*: bien por vía de que el otro contratante acepte contratar en los términos en los que había entendido el contrato quien erraba (posibilidad prevista por los PU, PECL y el DCFR), bien por vía de modificar el contrato atendiendo a la realidad ignorada.

En esta misma línea, Asúa distingue para la *culpa in contrahendo* diferentes intereses protegidos, según se trate de las diversas hipótesis típicas de la institución. La autora considera que, siendo la finalidad de ésta la reposición de las cosas al estado en que estarían de no haberse producido el hecho lesivo (*ex* parágrafo 249 BGB), «tratándose de interrupción de negociaciones si se hubiera conocido la falta de seriedad, éstas no se habrían iniciado y esto, aun cuando no se trata de invalidez, responde a la idea de interés negativo.» Admite que, de probarse que se hubiera llegado a contratar de haberse facilitado la información omitida, habría que valorar el interés positivo para el cómputo de la indemnización. «En caso de invalidez (en concreto, inducción dolosa o culposa a error) como la víctima ha optado por la anulación, ésta condiciona la extensión de la reclamación, que se orienta a restablecer la situación que existiría de no haber contratado (inválidamente); de este modo, vuelve a estar presente la figura del interés negativo». Tratándose de un «contrato válido, cuyo contenido resulta lesivo para una de las partes y ello ha de ser atribuido a la vulneración de un deber precontractual, (...) muy a menudo el camino seguido ha sido o una reducción de la cantidad a pagar o bien un incremento de la misma según los extremos. (...) Cuando se trata del incumpli-

miento de la obligación de información, habría que calcular la situación patrimonial que existiría en caso de que se hubiese cumplido con esa obligación, y traducirla a su equivalente pecuniario». Casi siempre supone evaluar *lo que no ha sido y podría haber sido*, y como esto es siempre difícil, la jurisprudencia alemana, además de la reparación pecuniaria, ha llegado a admitir, en vía indemnizatoria, la liberación del contrato (entre nosotros lo propone Morales Moreno para los supuestos de dolo *in contrahendo*)⁵⁸.

La respuesta que demos pasa, por tanto, por identificar los diversos intereses protegidos y por decidir la mejor forma de protegerlos⁵⁹.

El Código civil utiliza categorías autónomas para resolver determinados conflictos:

- La invalidez es la consecuencia prevista para los problemas surgidos en la formación del contrato, y da lugar a la restitución de las prestaciones que se hubiesen ejecutado. La meta es eliminar las consecuencias derivadas del contrato inválido: la *restitutio in integrum*. La eventual pretensión de daños se dirige, en este contexto, a dejar al contratante protegido como si no hubiera contratado.

- La noción de incumplimiento (paulatinamente sustituida por la de falta de conformidad) sirve para aglutinar la problemática en torno a la falta de (o defectuosa) ejecución del plan prestacional. Se trata de dejar al contratante protegido como si se hubiese cumplido regularmente el contrato. Aquí la meta es conseguir, por cumplimiento o compensación, los efectos perseguidos mediante el contrato.

- Como peculiar supuesto de asignación contractual de cierto riesgo informativo, los vicios ocultos de la cosa en el contrato de compraventa se atribuyen *ex lege* al vendedor, y el conflicto se resuelve ofreciendo al comprador la posibilidad de optar entre la redhibición del contrato y la «estimación» del precio, con abono de los gastos del contrato y sin perjuicio de la eventual indemnización de los daños imputables subjetivamente al vendedor.

- La categoría de la *culpa in contrahendo* sirve para resolver los problemas de imputación de daños en la fase precontractual:

⁵⁸ ASÚA GONZÁLEZ, *La culpa in contrahendo*, San Sebastián, 1989, pp. 73 ss.

⁵⁹ PANTALEÓN distingue los intereses protegidos mediante la resolución y la anulación: «El contratante que resuelve no tiene por qué querer, ni de ordinario querrá, que todo suceda como si el contrato resuelto nunca se hubiese celebrado, sino sólo limitar el perjuicio que el incumplimiento de la otra parte podría llegar a causarle, recuperando el objeto de su prestación ya realizada, o consiguiendo poder disponer libremente de la cosa aún no prestada (...) [L]a voluntad típica de un tal contratante es absolutamente diferente a la del contratante que, por ejemplo, anula el contrato por violencia o intimidación, y que la valoración normativa de los supuestos de nulidad y anulabilidad tiene lógicamente que ser y es absolutamente distinta que la de las hipótesis de resolución por incumplimiento» («Resolución por incumplimiento e indemnización», en *ADC*, 1989, p. 1165).

comprende una tipología de supuestos y conviene diferenciar, aunque la regla general es que el ámbito de daño indemnizable se limite al llamado daño por confianza (la confianza en que la otra parte actuaría de buena fe en la fase de tratos preliminares).

Conviene destacar que la resolución más eventual indemnización del interés positivo provoca los mismos efectos que la anulación por *dolo in contrahendo* (cfr. arts. 1270.II, 1486.II, 1487 y 1488 CC), a la que el codificador liga la eventual indemnización del interés positivo. Esta confluencia no debería extrañar. Morales Moreno explica, comentando el artículo 1486.II CC, que «el régimen general de esta acción (basada en la culpa *in contrahendo*), en los supuestos que prevé el artículo 1486.II CC, debe ser el propio de la responsabilidad contractual. Aunque el supuesto no sea el de incumplimiento de un deber derivado del contrato, resuelve un problema de insatisfacción del interés contractual imputable a uno de los contratantes, y esto justifica el que tal responsabilidad sea tratada como contractual y no como extracontractual»⁶⁰.

Las restituciones que ponen fin a la relación contractual, por una parte, y las modificaciones del contenido contractual que lo adaptan a la información relevante, por otra, son medidas que persiguen directamente la consecución del interés protegido: no haber contratado, o haber contratado a la luz de la información debida, respectivamente. Puede, sin embargo, que estas medidas no cubran todo el interés patrimonial de la parte que puede imputar a la otra su ignorancia. Ésta puede pretender además el resarcimiento de los daños causados por la contratación y no desaparecidos mediante las medidas adoptadas de restituir o modificar. Por ello, como regla, la restitución anulatoria resulta compatible con la indemnización de los daños de confianza (interés negativo) que no hayan desaparecido por la restitución, y la conservación de un contrato modificado, con la de los daños correspondientes al interés positivo que no haya cubierto el nuevo tenor contractual. Claro que cada pretensión deberá correr su respectiva suerte (presupuestos, plazo de prescripción...), pues el resarcimiento de daños deberá ser imputado conforme a pautas subjetivas (culpa o dolo), que no hacen falta para anular por error o para las acciones edilicias⁶¹. Lo que no se puede

⁶⁰ MORALES MORENO, en *Comentario del Código civil*, Ministerio de Justicia, 2.^a ed., 1993, art. 1486, p. 962. Véase también DELGADO ECHEVERRÍA, *Elementos...*, II-3.º, cit., p. 599: «Para estos casos, en que, efectivamente, ha habido una conducta contractual —aunque inválida—, es más fácil admitir la aplicación de las reglas de la responsabilidad contractual (...); puede argumentarse por analogía, más o menos próxima según los casos, a partir de artículos como 1486.II, 1487, 1483 y 1270.II.»

⁶¹ Hay riesgos contractuales que no necesitan ser imputados subjetivamente a aquel a quien se han asignado. Así, del riesgo por vicio oculto se responde por ser vendedor, no por haber conocido o debido conocer el mismo, aunque si se demuestra este conocimiento se pro-

es anular el contrato, persiguiendo el interés en no haber contratado, y a la vez pretender el resarcimiento del interés en su cumplimiento. Se puede resolver por incumplimiento y pretender el daño positivo, o revisar el contrato y pretender el daño que no haya quedado cubierto por la nueva regla contractual. Las soluciones protegen el interés en no haber contratado (invalidez), el interés contractual (incumplimiento, falta de conformidad), o dan la posibilidad de optar entre ambos (asignación del riesgo por vicios ocultos).

Hay supuestos en los que resulta fácil determinar el interés protegido: La propietaria de un Monet a quien un experto engaña para quedarse con la obra a un precio irrisorio debería poder replantear su interés en el contrato: decidir si se queda con el cuadro o si lo vende por el verdadero valor de mercado. Para lograrlo, le basta con recuperar el cuadro impugnando la compraventa y quedando libre para volver a venderlo a un nuevo precio, al anterior comprador o a cualquier otro. Aquí no tiene sentido proteger el interés positivo en un contrato que resulta lesivo para sus intereses. Así lo avala lo absurdo de una solución que obligue al comprador a comprar al nuevo precio.

Otro ejemplo: La omisión de advertencia del riesgo connatural a determinada operación bursátil por parte de un intermediario financiero en el marco de una comisión mercantil impulsa a un cliente a realizar una inversión más allá del umbral de riesgo que hubiera estado dispuesto a asumir. Aquí resulta evidente el interés en no haber invertido. Sin embargo, la inversión es válida e inatacable, porque el mercado bursátil se habrá blindado frente a los «errores» de los inversores, provengan o no de las relaciones entre clientes e intermediarios. Lo único que cabe hacer, por parte del inversor, es imputar el daño al intermediario, por haber incumplido sus deberes de información en la relación de comisión que les une. La responsabilidad contractual cubriría su daño/pérdida, en ningún caso el daño por lo que el inversor hubiera obtenido en una operación de éxito (salvo que el intermediario se hubiera obligado en estos términos, lo que no es nada probable).

En otros casos, el problema de información podría no afectar al interés del contratante desinformado (o mal informado) en que el contrato se cumpla. Desde su perspectiva, el problema es de incumplimiento. El adquirente de un derecho de aprovechamiento por

duzcan algunas consecuencias de cara a la responsabilidad por daños. El riesgo de tener que sufrir la redhibitoria o la *quantum minoris*, y (para el primero de los casos) el de tener que soportar los gastos del contrato realizados por el comprador no dependen de juicio alguno de imputación subjetiva. Tampoco el incumplimiento tiene que ser «culpable» para dar lugar a la resolución o a las otras medidas por falta de conformidad, y tampoco la restitución por anulación necesita ser imputada en este sentido subjetivo. Sin embargo, la indemnización de los daños sí debe imputarse subjetivamente a quien se pretende los resarza.

turno fraudulento debería poder acudir a los remedios por incumplimiento (incluso en el caso de invalidez por imposibilidad originaria absoluta debería contemplarse el interés positivo del contratante ignorante de la imposibilidad), con posibilidad de exigir el cumplimiento (si fuera posible, por sustitución, ya que la reparación no parece posible en caso de fraude) o la resolución, con eventual indemnización del daño correspondiente al interés positivo.

En los supuestos de violación de obligaciones precontractuales de información en los que cabe apreciar error, existe a menudo cierta dificultad en determinar de antemano cuál es o debería ser el interés protegido: no haber contratado de haber conocido la información verdadera u omitida, o haber contratado con dicha información, lógicamente, en otros términos. En esta situación, ¿qué resulta más apropiado, desde el punto de vista de la solución jurídica: preestablecer el interés protegido, permitir al contratante protegido optar, o distinguir los supuestos en los que resulta razonable que se pueda optar?

En los casos en los que resulta dudosa la relevancia de la ignorancia informativa, se complica aún más la determinación y consideración de los intereses protegibles. Si nos parece que debería protegerse a los vendedores de pisos en el caso M-30, ¿en qué se concretaría dicha protección? Para los vicios ocultos, el Código permite al comprador elegir el interés que éste prefiera proteger, pero se trata de una facultad de opción reconocida *a quien no tiene acceso a la información*, haciendo así recaer el riesgo sobre quien lo tiene, y *por circunstancias que deprecian el valor de lo comprado*, de forma que el reajuste de las prestaciones pasa por una reducción del precio. No parece que quepa alegar analogía alguna con la protección de un vendedor que pretende reconsiderar su venta por circunstancias que elevan el valor del bien. Resulta claro que no es lo mismo obligar a un vendedor a restituir una parte del precio obtenido con la venta de un bien cuyos vicios ocultos pudo conocer, que obligar a un comprador a comprar a un precio superior por haber sabido aprovechar la ignorancia del vendedor. Todavía podríamos preguntarnos, aprovechando el eco de las críticas de Flume a las teorías sobre desaparición de la base del negocio, si los intentos de dar *a posteriori* un nuevo contenido al contrato no estarán tratando de abrir un portón a las soluciones de equidad en manos de los tribunales (que son quienes finalmente determinarán el precio y demás condiciones de la nueva venta), en perjuicio de una labor mucho más provechosa, la de *asignar el riesgo de realidad entre los contratantes en cada tipo contractual*. Desde esta perspectiva, la cuestión es quién corre con el riesgo por la falta de

información: si es el comprador (por proteger el error esencial y relevante del vendedor), el contrato podría impugnarse; si es el vendedor (por haber tenido acceso a la información), no.

5.2 PROPUESTA DE CONSECUENCIA JURÍDICA: LA TESIS (SEGUNDA PARTE)

Puede arrojar luz sobre esta reflexión que lo propio de la anulabilidad, *la forma con la que nuestro Derecho protege las situaciones de contrato anulable* (por ejemplo, por error), consiste en dejar al contratante legitimado para anular la elección del interés que prefiera proteger, pudiendo optar entre anular (defendiendo así su interés en no haber contratado) o confirmar (siguiendo adelante con el contrato), con eventual indemnización de los daños que representan el interés de confianza o el interés contractual, respectivamente.

Desde un punto de vista funcional, no es muy distinta la protección que se ofrece al comprador de cosa con vicio oculto, que puede optar por una acción rescisoria (con consecuencias equiparables a las de la anulación), o por mantener el contrato con una revisión del precio conforme a pautas objetivas que tengan en cuenta el dato ignorado (en este caso, el vicio oculto): por su interés en no haber contratado, o en haberlo hecho conociendo la información desconocida ⁶². Aquí el mantenimiento del contrato es algo más complejo, porque necesita la revisión de una de las prestaciones, en concreto, del precio de la cosa.

Pero no sólo el tratamiento de la anulabilidad y de los vicios ocultos, sino también la protección por falta de conformidad llega a resultados prácticos significativamente cercanos, siendo la diferencia principal que, en este último caso, tanto la pretensión de cumplimiento como la de daños protegen siempre el interés positivo. No parece por ello extraño que los sistemas propuestos por los PECL o el DCFR permitan optar entre la normativa sobre falta de conformidad o sobre error, dejando así abierta la posibilidad de proteger el interés negativo, a pesar de que esta solución aporte poco, desde un punto de vista estrictamente económico, respecto de la protección del interés positivo. En el fondo, lo que hacen los PECL o el DCFR es permitir que quien resulte protegido por haber contratado con un defecto informativo imputable a la otra parte *pueda elegir el interés que quiera proteger*, dejando en un segundo plano el hecho de que la protección del interés en no haber contra-

⁶² GÓMEZ CALLE, *Los deberes...*, cit., pp. 38 y 39.

tado apenas pueda aportar nada respecto de la protección del interés en el contrato, y aceptando que, lógicamente, habrá hipótesis para las que resulte más lógico acudir a la primera; o desde un punto de vista más práctico, que aunque de hecho no quepa otra solución que la de liberarse del contrato y hacerse resarcir los daños que puedan probarse (que muchas veces no excederán del daño representado por el interés negativo), estas medidas puedan obtenerse acudiendo a remedios que teóricamente persiguen uno u otro interés.

Consecuentemente, lo más correcto y acorde con nuestro sistema de protección sería que fuese el propio protegido en su falta de información quien decida cuál es el interés que prefiere proteger: si apostar por el contrato (con o sin nueva estimación para alguna de las prestaciones, con o sin indemnización) o desligarse de él. La conservación del contrato plantea mayores dificultades en nuestro caso que en el de simple confirmación, pues en éste no es necesaria alteración alguna de las prestaciones (tal vez se acompañe del resarcimiento de algún daño convenientemente imputado), en tanto en aquél se requiere una reconstrucción del contrato que tenga en cuenta la información ignorada. En cuanto a la opción por liberarse del contrato, podría perseguir tanto el interés en no haber contratado, como el interés positivo; en el primer caso se ejercitaría la acción de nulidad o la rescisoria, en el segundo, la resolutoria.

Ocurre, en cuanto a las posibilidades reales de optar, que así como la protección del interés en no haber contratado y el cómputo del daño representado por el interés negativo resultan siempre posibles, pretender un reajuste de los términos del contrato teniendo en cuenta la información omitida o veraz dependerá de la naturaleza de la prestación que deba ser revisada, de la flexibilidad del contrato para ser integrado conforme a pautas objetivas⁶³. Asimismo, la indemnización del daño positivo necesitará indagar en la cuantía del daño derivado de no haber contratado con la información debida, daño hipotético que obliga a comparar la situación actual del contratante protegido con la situación que hubiera tenido de haber contratado con la información debida. Estas dificultades hacen que la solución mediante reconocimiento de invalidez e indemnización

⁶³ Esta es una operación compleja que, salvo en aquellos sectores de mercado que cuenten con una información clara y asequible, obliga a estimar «lo que no ha sido y podría haber sido» (como dice Clara Asúa), abriendo el portón a los juicios de equidad sobre el contenido contractual, lo que no deja de provocar recelos en los países de tradición codificada liberal. Tampoco debería olvidarse la tentación de templar las conductas negociales agresivas mediante medidas punitivas, como le ha ocurrido al mismo legislador, que no ha tenido problema en imponer la gratuidad de un préstamo de no más de 20.000 € por omisión de determinada información relevante, y que al no adoptar medidas similares en otros ámbitos, introduce situaciones de trato desigual difícilmente justificables.

del interés negativo resulte más práctica y universal, y en cualquier caso avalan que se deje siempre abierta la opción por el recurso inmediato a los remedios de invalidez. Con todo, el atractivo de la posibilidad de integrar el contrato adecuándolo a la información omitida o veraz empuja a autores como Grigoleit a proponer como solución ordinaria la integración judicial del contrato.

Obsérvese que el Código civil sólo accede a la «revisión» de los términos de un contrato cuando se trata de la compraventa de cosa con vicios ocultos que hacen disminuir su valor, consistiendo el ajuste en la correspondiente disminución del precio; y que entre las leyes especiales, son más bien pocas las que ayudan con medidas materiales o prudenciales de integración que faciliten la protección del interés positivo, sea a través de cumplimiento *in natura* o indemnizatorio. Es el caso de las que regulan la financiación de adquisiciones de bienes de consumo (Ley de crédito al consumo y de venta a plazos de bienes muebles), un caso en el que no cabe dudar del interés en el contrato por el que se obtiene el bien, en el que lo que se necesita es «salvar» el negocio de financiación, y en el que se cuenta con un derecho dispositivo adecuado (representado por el interés legal). El resto de leyes especiales tienden a proteger el interés en no haber contratado. Los PECL parecen promover la protección del interés positivo, dando la posibilidad de revisar judicialmente el contenido contractual afectado por la falta de información, pero lo cierto es que restringen esta posibilidad al supuesto de error mutuo, lo que resta en gran medida aplicación a la medida; por otra parte, dejan siempre abierta la posibilidad de acudir a los remedios por invalidez. El DCFR adopta la misma postura. Sin embargo, el artículo 65 TR parece promover que todo contrato con consumidores que adolezca de falta de información imputable al profesional pueda integrarse judicialmente.

Los remedios por incumplimiento de obligaciones informativas podrían por tanto organizarse en torno a los intereses protegidos: el interés en no haber contratado, el interés en el contrato. El primero quedaría cubierto por la posibilidad de anular, provocando la restitución de las prestaciones realizadas en términos objetivos (para anular no hace falta imputar subjetivamente el incumplimiento al deudor de la información) más el eventual resarcimiento de los daños valorados conforme al interés de confianza, para el que sí necesitaremos un juicio de imputación subjetiva. En cuanto a la protección del interés contractual, podrá canalizarse como resolución (sin necesidad de imputar subjetivamente el incumplimiento) más eventual indemnización del interés positivo o de cumplimiento (que sí deberá ser imputado subjetivamente), o como «revisión»

del contrato (por incumplimiento «objetivo» de la obligación de informar) más eventual indemnización del daño sufrido que la revisión contractual no haya conseguido paliar, convenientemente imputada. Si queremos que se trate de una verdadera opción, se excluye que ninguna de las pretensiones quede condicionada al previo ejercicio infructuoso de otra u otras.

La protección del interés positivo por revisión del contrato será posible, desde luego, cuando se trate de revisar el precio de una compraventa, o el interés de un préstamo sometido a la LCrC. Ahora bien, si la idea es que se debe dejar optar *siempre* a la parte protegida entre ambos intereses, la protección del interés positivo necesitará en la práctica de la «reconstrucción» judicial del contrato, o del daño (con la lógica dificultad que supone la reconstrucción de un daño hipotético). El artículo 65 TR parece promover que los supuestos de falta de información relevantes puedan resolverse mediante la revisión judicial de la parte del contrato afectada por la información omitida o incorrecta, obligando al juez a valorarla conforme a los criterios objetivos que le suministre el mercado. Se trata, sin duda, de una apuesta arriesgada, que exige una elaboración muy meditada de las sentencias en las que vaya a hacerse uso de esta potestad. La aplicación del artículo 65 TR requerirá la elaboración jurisprudencial de «tipos», en los que los tribunales deberán proponer pautas de integración contractual sacadas del mercado, pautas que, por el dinamismo de éste, deberán ser convenientemente revisadas. La facultad de revisión de los contratos con consumidores por insuficiencia informativa imputable al empresario no debería convertirse en una nueva cláusula general de nuestro ordenamiento, sino que debería entenderse como una invitación a construir una tipología de supuestos integrables, extraída de las necesidades de protección evidenciadas por la práctica. Sin esta construcción jurisprudencial, la integración «libre» de contratos podría perjudicar notablemente el tratamiento jurídico de la contratación con consumidores. En todo caso, cuando se ponga de relieve que no se hubiese contratado de haber conocido la información, parece lógico que quede abierta la posibilidad de perseguir el interés en no haber contratado.

