

Responsabilidad precontractual: propuestas de regulación para un futuro Código Latinoamericano de Contratos (*)

FERNANDO PANTALEÓN
Catedrático de Derecho civil
Universidad Autónoma de Madrid

RESUMEN

Este trabajo contiene propuestas de regulación, para un proyectado Código Latinoamericano de Contratos, de los diferentes grupos de casos que tradicionalmente se engloban en la categoría de la «responsabilidad precontractual» o «culpa in contrahendo». Se contrastan los distintos puntos de partida que adoptan al respecto los ordenamientos del civil law y del common law; y dentro de los primeros, los que caracterizan al Derecho alemán frente a los Derechos latinos. Los grupos de casos de la responsabilidad precontractual se clasifican con una sistemática innovadora. Los criterios de solución que se consideran acertados para las cuestiones más importantes que suscita cada uno de dichos grupos de casos se analizan y proponen a la luz de las reglas contenidas al respecto en los Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales, los Principios del Derecho Europeo de Contratos, el Draft Common Frame of Reference y la Propuesta para la Modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos publicada en 2009 por el Ministerio de Justicia español. Especial interés tienen las páginas dedicadas a la concurrencia de remedios y la medida de la indemnización procedente en los casos de infracción de los deberes precontractuales de información.

ABSTRACT

This paper contains proposals to regulate, for a planned Latin American Code on Contracts, the various groups of cases that traditionally fall under

(*) El presente trabajo ha sido escrito para formar parte de un Libro Homenaje al Profesor Ricardo Lorenzetti, bajo el título «*Bases para un Código Latinoamericano de Contratos*». El Profesor Pablo Salvador Coderch y las Profesoras Clara Asua y María Paz García Rubio leyeron el original y me hicieron valiosas sugerencias. Los errores que pueden haber permanecido son, naturalmente, de mi exclusiva responsabilidad.

the category of «pre-contractual liability» or «culpa in contrahendo». The paper contrasts the different starting points adopted on the matter by the civil law and common law systems; and, within the first group, those that characterize German law as opposed to Latin legal systems. Groups of cases of pre-contractual liability are classified in an innovative systematic way. The criteria for the solutions considered appropriate for the most significant questions arising in each of the above groups of cases are analyzed and proposed in light of the rules respectively set forth in the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts, the Principles of European Contract Law, the Draft Common Frame of Reference and the Proposal for the Modernization of Obligations and Contract Law published in 2009 by the Spanish Ministry of Justice. Of particular interest are the pages on the concurrence of remedies and the adequate measures of damages in cases of infringement of pre-contractual information duties.

PALABRAS CLAVE

Responsabilidad precontractual; Culpa in contrahendo; Buena fe; Deber de lealtad; Deber de información; Indemnización; Interés en el cumplimiento; Expectation interest; Interés de confianza; Reliance interest; Interés contractual positivo; Interés contractual negativo; Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales; Principios del Derecho Europeo de Contratos; Draft Common Frame of Reference; Propuesta para la Modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos.

I. IDEAS VERTEBRALES

1. EXISTENCIA DE DEBERES PRECONTRACTUALES DE LEALTAD Y DE INFORMACIÓN. LA POSICIÓN DE LOS ORDENAMIENTOS DEL *COMMON LAW*

La premisa de partida debe sin duda ser que, entre quienes entablan negociaciones para la celebración de un contrato, nace un conjunto característico de deberes precontractuales de conducta –básicamente, deberes de lealtad y deberes de información–, concreciones de las exigencias de la buena fe objetiva –la denominada «buena fe y lealtad en los negocios (*good faith and fair dealing*)», por ejemplo, en el artículo 1.7 de los *Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales 2004* [en lo que sigue, PU]; en los artículos 1:102(1) y 1:201 de los *Principios del Derecho Europeo de Contratos* [PECL]; y en el artículo I.- 1:103 de los *Principios, Definiciones y Reglas Modelo del Derecho Privado*

Europeo, *Draft Common Frame of Reference* [DCFR]¹–; deberes, esos, cuya infracción, imputable a una de las partes en las negociaciones y dañosa para la otra, genera la obligación de indemnizar los daños y perjuicios –típicamente «daños puramente patrimoniales (*pure economic losses*)»: no consecuencias perjudiciales de daños a las personas o a las cosas– que la otra parte no habría sufrido, si el deber de conducta de que se trate se hubiera cumplido fielmente.

Suele afirmarse que los ordenamientos del *common law*, y en especial el Derecho inglés, no reconocen la referida premisa. Y, en efecto, sigue siendo cierto que dichos ordenamientos no admiten la existencia de deberes generales de buena fe o lealtad en las negociaciones². Y que adoptan el principio general de que corresponde a

¹ Artículo 1.7 PU (Buena fe y lealtad negocial)

(1) *Las partes deben actuar con buena fe y lealtad negocial en el comercio internacional.*

(2) *Las partes no pueden excluir ni limitar este deber.*

Artículo 1:102 PECL: Libertad contractual

(1) *Las partes son libres para celebrar un contrato y para determinar su contenido, con sujeción a las exigencias de la buena fe y la lealtad en los negocios, y a las reglas imperativas establecidas por estos Principios.*

Artículo 1:201 PECL: Buena fe y lealtad en los negocios

(1) *Cada parte debe actuar de conformidad con las exigencias de la buena fe y la lealtad en los negocios.*

(2) *Las partes no pueden excluir ni limitar este deber.*

Artículo I.-1:103 DCFR: Buena fe y lealtad en los negocios

(1) *La expresión «buena fe y lealtad en los negocios» hace referencia a un modelo de conducta caracterizado por la honradez, transparencia y consideración hacia los intereses de la otra parte de la transacción o relación en cuestión.*

(2) *Es, en particular, contrario a la buena fe y la lealtad en los negocios que una parte actúe de modo inconsistente con sus previas declaraciones o conducta, cuando la otra parte ha confiado razonablemente en ellas en su perjuicio.*

Aquí, y en lo que sigue, se utiliza la versión española oficial de los PU. En lo demás, las traducciones son propias.

² Suele citarse el muy radical *dictum* con el que Lord Ackner negó fuerza jurídica incluso a los acuerdos expresos de negociar de buena fe, en *Walford v. Miles* [1992] AC 128, 138:

«The reason why an agreement to negotiate, like an agreement to agree, is unenforceable is simply because it lacks the necessary certainty. [...] How can a court be expected to decide whether, subjectively, a proper reason existed for the termination of negotiations? The answer suggested depends upon whether the negotiations have been determined 'in good faith'. However, the concept of a duty to carry on negotiations in good faith is inherently repugnant to the adversarial position of the parties when involved in negotiations. Each party to the negotiations is entitled to pursue his (or her) own interest, so long as he avoids making misrepresentations. To advance that interest he must be entitled, if he thinks it appropriate, to threaten to withdraw from further negotiations or to withdraw in fact in the hope that the opposite party may seek to reopen the negotiations by offering him improved terms. Mr Naughton [el abogado que sostenía que debía imponerse responsabilidad por la ruptura de las negociaciones], of course, accepts that the agreement upon which he relies does not contain a duty to complete the negotiations. But that still leaves the vital question: how is a vendor ever to know that he is entitled to withdraw from further negotiations? How is the court to police such an 'agreement'? A duty to negotiate in good faith is as unworkable in practice as it is inherently inconsistent with the position of a negotiating party. It is here that the uncertainty lies. In my judgment, while negotiations are in existence either

cada parte la carga de obtener los datos fácticos y jurídicos que considera relevantes para tomar la decisión de contratar o no, o de contratar con ciertos términos y condiciones, y no con otros: como regla, el mero «no revelar» en el marco de la negociación para celebrar un contrato no constituye ni (*statutory*) *misrepresentation*, ni un (*common law*) *tort* de *deceit* o de *negligent misstatement*. Por más que resulte también cierto que, mediante remedios generales distintos de los del *law of torts* (como los del *promissory estoppel*, la *law of restitution* o la *equity*), alcanzan, aunque sólo de modo fragmentario, soluciones equivalentes a las que llegan los ordenamientos del *civil law* en las constelaciones de casos conocidas como «ruptura de tratos o tratativas» e «infracción del deber de confidencialidad». Y que sea patente que la incorporación al Derecho inglés de las Directivas de la Unión Europea en materia de protección de los consumidores ha hecho ya imposible reconocer, en el ámbito de la contratación entre empresarios y consumidores, la regla de que incumbe a estos últimos la carga de procurarse los datos necesarios para tomar una decisión informada sobre si celebrar o no un contrato. Y lo mismo cabe predicar sobre la contratación entre las entidades financieras y los inversores no cualificados.

Tratándose aquí de propuestas para un futuro Código Latinoamericano de Contratos, ha de partirse de la premisa que es propia de los ordenamientos del *civil law*. Pero sin poner en duda la primacía, cuando menos para las negociaciones contractuales entre empresarios, de los principios generales de libertad de (no) contratar y de autorresponsabilidad; frente a eslóganes como «el modelo del Derecho contractual clásico y liberal, de antagonismo entre las partes, debe sustituirse por un modelo de cooperación», que tan mistificador resulta si no se diferencian tipos de contratos (por ejemplo, el contrato de compraventa frente al contrato de sociedad) y no se distingue entre la fase de negociación y la fase de cumplimiento de las obligaciones contractuales.³

party is entitled to withdraw from these negotiations, at any time and for any reason. There can be thus no obligation to continue to negotiate until there is a 'proper reason' to withdraw. Accordingly, a bare agreement to negotiate has no legal content».

Conviene dejar constancia de que, respecto a la fuerza jurídica de los «*agreements to negotiate*», el *dictum* citado ya no refleja la posición dominante en los ordenamientos del *common law*. La clave de la evolución en esta materia de los ordenamientos del *common law* será, sin duda, en qué medida y con qué consecuencias estarán los Tribunales dispuestos a deducir una obligación de negociar (continuar negociando) de buena fe de los *preliminary agreements* o *memoranda of understanding* que se vayan intercalando durante las negociaciones del contrato.

³ Acierta el artículo III.-1:104 DCFR cuando ciñe con claridad la «obligación de cooperar» entre deudor y acreedor a la finalidad del cumplimiento de la obligación del primero, frente al más impreciso «deber de cooperar en orden a dar pleno efecto al contrato», al que se refiere el artículo 1:202 PECL. Véase también el artículo 5.1.3 PU.

2. NATURALEZA EXTRA CONTRACTUAL (NO OBLIGACIONAL) DE LA RESPONSABILIDAD PRE CONTRACTUAL. LA CONSTRUCCIÓN ALEMANA DE LA *CULPA IN CONTRAHENDO*

Característica del Derecho alemán es la construcción, incorporada a los apartados (2) y (3) del § 311 BGB en la profunda reforma del año 2002, de que los deberes precontractuales de conducta integran una relación obligatoria preexistente, nacida *ex lege* entre quienes inician negociaciones contractuales, preparan un contrato o entablan un contacto negocial análogo; y nacida, incluso, para con cierta categoría de personas que no van a ser parte del contrato de que se trata. A tenor de las referidas normas:

(2) *Una relación obligatoria con deberes según el § 241, apartado 2⁴, nace también de:*

1. *la iniciación de negociaciones contractuales.*
2. *la preparación de un contrato mediante el que una parte concede a la otra, en contemplación de una eventual relación negocial, la posibilidad de actuar sobre sus derechos, bienes jurídicos e intereses, o se los confía; o*
3. *contactos negociales análogos.*

(3) *Una relación obligatoria con deberes según el § 241, apartado 2, puede también nacer para con personas que no van a ser parte contractual. Tal relación obligatoria nace, en particular, cuando el tercero reclama para sí un grado especial de confianza y, de ese modo, influye considerablemente en las negociaciones contractuales o en la celebración del contrato.*

Como es bien sabido, la necesidad de construir ese tipo de relación obligatoria preexistente responde a una característica propia del sistema de la responsabilidad civil extracontractual en el BGB, que carece de una cláusula general de indemnización de los daños y perjuicios causados por culpa o negligencia: como regla –salvo que, en palabras del § 823(2) BGB, se deriven de la infracción de una norma legal cuya finalidad sea la protección de otro («*ein den Schutz eines anderen bezweckendes Gesetz*»)—, no son resarcibles los «daños puramente patrimoniales» –no consecuencias de la lesión de uno de los derechos absolutos que lista el § 823 (1) BGB–, que no hayan sido causados dolosamente (en cuyo caso, § 826 BGB), sino por mera negligencia. Y en consecuencia, sólo habilitando la aplicación de las normas de la responsabilidad contractual (*rectius*: obli-

⁴ Que dispone: «*La relación obligatoria puede, según su contenido, obligar a cada parte a tener en consideración los derechos, bienes jurídicos e intereses de la otra parte*».

gacional) podían resultar indemnizables los daños y perjuicios que normalmente producen los casos de *culpa in contrahendo*.

La generalidad de los sistemas de responsabilidad extracontractual de los ordenamientos jurídicos latinoamericanos son «sistemas de cláusula general» o de *numerus apertus* de los daños potencialmente indemnizables: no, «sistemas de tipificación» o *numerus clausus* como el alemán. Y por esa razón, no ha habido necesidad de construir en aquellos ordenamientos una tal relación obligatoria preexistente para encontrar soluciones adecuadas a los casos de responsabilidad precontractual; cuyo carácter extracontractual declaran las jurisprudencias y defienden las opiniones doctrinales hoy absolutamente dominantes en la generalidad de los países latinoamericanos.

No hay, por tanto, motivo para importar la construcción alemana de la *culpa in contrahendo*; y sin duda no lo es, «mejorar» de manera encubierta, para la responsabilidad precontractual, las normas generales de la responsabilidad extracontractual, sustituyéndolas por las normas de la contractual que se consideran preferibles⁵. Cuestión diferente es la clara conveniencia de contar con normas legales que positivicen los deberes precontractuales de conducta más relevantes, y especifiquen al mismo tiempo el contenido de las indemnizaciones debidas por sus respectivas infracciones; en lugar de dejar, sin más, la determinación de la disciplina de la responsabilidad precontractual a la (inevitablemente tan discrecional) aplicación por los Tribunales de las cláusulas generales de la responsabilidad extracontractual. Normas, esas, que demostrarán que la responsabilidad precontractual es, ciertamente, un «sector especial» de la responsabilidad extracontractual; pero habrá de ser el régimen general de ésta, y no el de la responsabilidad contractual, el que cubra las lagunas de regulación de aquélla.

3. LOS ARTIFICIOS DE LA CONSTRUCCIÓN ALEMANA DE LA *CULPA IN CONTRAHENDO*

Por otra parte, la incardinación, dentro la categoría de la responsabilidad precontractual, de las constelaciones de casos que se con-

⁵ Si se está convencido de que la norma que, en el ámbito de la responsabilidad contractual, regula, por ejemplo, la responsabilidad por hecho ajeno o la prescripción extintiva, es más adecuada para la responsabilidad precontractual que la que regula una de aquellas materias en el ámbito de la responsabilidad extracontractual, deberá preconizarse la intervención del legislador, bien para que sustituya esta norma por aquélla con carácter general para la responsabilidad extracontractual, o bien –de existir una buena razón para ello que no se me alcanza– para que introduzca la norma relativa a la responsabilidad contractual como norma especial sólo de la responsabilidad precontractual.

templán en los párrafos 2 y 3 del apartado (2) y en el apartado (3) del arriba transcrito § 311 BGB, no merece ser imitada. En efecto:

a) Considerar, por ejemplo, casos de *culpa in contrahendo*, por infracción de los llamados «deberes de protección», los supuestos de daños personales causados por accidentes que clientes potenciales (aun sin intención concreta de celebrar un contrato) sufren en el interior de establecimientos comerciales –como así los consideró la jurisprudencia alemana desde la Sentencia del *Reichsgericht* en el famoso «*Linoleumrollenfall*», y se contemplan ahora en los párrafos 2 y 3 del apartado (2) del § 311 BGB–, resulta patentemente artificioso, ya que tales casos pertenecen al «núcleo duro» del ámbito propio de la responsabilidad extracontractual: los accidentes con daños a las personas o a las cosas. Ésta es la opinión dominante incluso en la propia doctrina alemana⁶. Y con buen criterio, el Reglamento (CE) núm. 864/2007, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de junio de 2007, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales («Roma II»), ha excluido dicho grupo de casos del ámbito de la regulación del Derecho aplicable a la *culpa in contrahendo*, contenida en su artículo 12⁷. En efecto, el Considerando núm. 30 del referido Reglamento dice:

*«La culpa in contrahendo a efectos del presente Reglamento es un concepto autónomo y no debe interpretarse necesariamente dentro del sentido de la legislación nacional. Debe incluir la violación del deber de información y la ruptura de los tratos contractuales. El artículo 12 cubre únicamente las obligaciones extracontractuales con vínculo directo con los tratos previos a la celebración de un contrato. Esto quiere decir que si durante las negociaciones de un contrato una persona sufriera una lesión personal, se aplicaría el artículo 4 [que establece la norma general de conflicto para los casos de responsabilidad extracontractual] o cualquier otra disposición pertinente del Reglamento».*⁸

⁶ Que explica que la consideración del «*Linoleumrollenfall*» como caso de *culpa in contrahendo* obedeció al deseo del *Reichsgericht* de impedir, con la aplicación de la norma del § 278 BGB, que el empresario demandado se exonerase de responder por la conducta negligente del dependiente que atendía a la clienta demandante, que resultó lesionada por la caída de los rollos de linóleo, mediante la prueba de descargo que permite la norma del § 831 BGB.

⁷ A cuyo tenor, «la ley aplicable a una obligación extracontractual que derive de los tratos previos a la celebración de un contrato, con independencia de que el contrato llegue o no a celebrarse, será la ley aplicable al contrato o la que se habría aplicado al contrato si éste se hubiera celebrado».

⁸ Respecto de los denominados deberes precontractuales de conservación o custodia de cosas –por ejemplo, en los casos en que un concesionario de automóviles deja probar uno a un eventual comprador, o en que el propietario de un yate lo deja en el taller de quien va a presupuestarle una determinada obra de mejora–, considero que relaciones del tipo de las descritas deben considerarse ya propiamente contractuales, análogas a las típicas de los contratos de comodato o de depósito; y que, en consecuencia, sería propiamente contractual la eventual responsabilidad por los daños causados a las cosas en cuestión por dolo o culpa del eventual comprador o contratista de obra, o de sus dependientes.

b) Inapropiado parece también incardinar en el ámbito de la responsabilidad precontractual los casos de responsabilidad de los asesores y expertos que, de muy diferentes maneras, pueden influir en las negociaciones contractuales o en la celebración del contrato, pero que no participan en aquéllas como eventuales partes del contrato de cuya negociación se trata; constelación de casos usualmente analizada bajo el título «*Sachwalterhaftung*» por la doctrina alemana, y que expresamente contempla ahora el apartado (3) del § 311 BGB.

En los ordenamientos jurídicos que cuentan con «sistemas de cláusula general» en materia de responsabilidad extracontractual, ese grupo de casos plantea la específica necesidad de evitar un insoportable (inasegurable) «desbordamiento» de la responsabilidad de los asesores o expertos por mera negligencia –por errores contenidos en sus informes o dictámenes–, si llegara a admitirse a favor de cualquier tercero que haya tenido acceso a ellos y confiado en su corrección para tomar la decisión de celebrar, o no, un contrato. Los intereses que han de ponderarse para determinar el ámbito razonable de «terceros protegidos» en tales casos son claramente diferentes de los que deben ponderarse para decidir el alcance de los deberes de información entre quienes entablan negociaciones para la celebración de un contrato⁹.

4. RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL EN LOS CASOS EN QUE SE CELEBRA UN CONTRATO VÁLIDO

Pese a existir autorizadas opiniones en tal sentido, no hay razón para excluir del ámbito de la responsabilidad precontractual los casos de infracción de deberes de información en los que llega a celebrarse un contrato válido (o anulable por error o por dolo, pero no anulado por la parte que padeció el vicio de consentimiento)¹⁰. Cuestión distinta, sobre la que volveremos más adelante, es la de si, en caso de que las expectativas sobre el contenido de las futuras obligaciones contractuales del infractor generadas en la otra parte por la falta de información o la información incorrecta deban considerarse «términos» del contrato, la concurrencia de los remedios

⁹ Los terceros a que se refiere el citado apartado (3) del § 311 BGB no son, claro ésta, los terceros que participan en las infracciones, por quienes están negociando contratos, de sus deberes precontractuales de conducta. La cuestión de la eventual responsabilidad de dichos terceros, contemplada en una conocida Sentencia de la *Cour de Cassation (Chambre Commerciale)* francesa de 26 de noviembre de 2003 –y que ciertamente tampoco debe encuadrarse en el ámbito de la responsabilidad precontractual– ha de resolverse utilizando los criterios generales aplicables en materia de responsabilidad extracontractual de un tercero por la lesión de un derecho de crédito.

¹⁰ Recuérdese el tenor del artículo 12 del Reglamento «Roma II», citado *supra*, en la nota 7.

propios del incumplimiento contractual –de la falta de conformidad de la prestación con los términos del contrato– deberá excluir, o no, la aplicación del remedio indemnizatorio que es propio de la responsabilidad precontractual. Y avanzamos ya que en modo alguno es evidente que la respuesta tenga que ser afirmativa.

5. RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL Y AUTONOMÍA PRIVADA

No debe ponerse en modo alguno en cuestión que quienes se proponen iniciar o mantienen negociaciones para la celebración de un contrato puedan celebrar acuerdos, jurídicamente vinculantes, en los que pacten expresamente o de los que quepa deducir el contenido de sus deberes de conducta en las futuras negociaciones¹¹, e incluso determinen las consecuencias de su eventual incumplimiento. La consiguiente responsabilidad por daños será, cuando así suceda, de naturaleza obviamente contractual. Y debe reconocerse también la posibilidad de limitar por pacto el *an* y el *quantum* legales de la responsabilidad precontractual no dolosa; bien que respetando, en su caso, las prohibiciones de excluir o limitar la responsabilidad del predisponente, propias de la legislación sobre condiciones generales de la contratación. No hay razón para considerar el régimen legal de la responsabilidad precontractual un mínimo estrictamente imperativo.

II. GRUPOS DE CASOS MÁS RELEVANTES

1. INFRACCIÓN DE LOS DEBERES DE LEALTAD EN LAS NEGOCIACIONES CONTRACTUALES

Categoría de casos, que subdividiremos en tres grupos: (i) infracción de un deber de lealtad que provoca que el contrato no llegue a celebrarse: son los casos usualmente incluidos bajo la expresión «ruptura de los tratos, tratativas o negociaciones contrac-

¹¹ Es frecuente que las negociaciones para la compraventa de empresas vengan precedidas de acuerdos en los que se estipulan deberes recíprocos de exclusividad y de confidencialidad, y se prevé y regula un procedimiento de «*due diligence*». Y de la suscripción, por los que están negociando un contrato, de un *Memorandum of Understanding* en el que dejan constancia de los términos de aquél sobre los que ya existe acuerdo, y pactan continuar negociando de buena fe para alcanzarlo también sobre los demás, deberá seguramente deducirse un deber recíproco de no (ser el primero en) poner en cuestión, en las negociaciones futuras, los términos que constan en el *MoU* como acordados.

tuales»; (ii) infracción de un deber de lealtad que provoca que se celebre un contrato nulo: infracción del deber de no dejar a la otra parte confiar erróneamente, en su propio perjuicio, en que el contrato de cuya negociación se trata resultará válido; y (iii) infracción de un deber de confidencialidad.

1.1 Ruptura de las negociaciones contractuales

Las ideas clave para regular este grupo de casos pueden condensarse así:

a) Reglas generales: (i) libertad de entablar negociaciones contractuales y de romperlas *ad libitum* en cualquier momento, salvo que se haya pactado lo contrario, o se haya emitido una oferta que deba considerarse irrevocable; y (ii) libertad de mantener negociaciones paralelas con distintos interesados en la celebración del contrato, salvo que se haya pactado un deber de exclusividad. Libertades, esas, moderadas por los deberes de lealtad siguientes:

b) Deber de no iniciar ni continuar negociaciones contractuales sin intención real de llegar a un acuerdo con la otra parte.

c) Deber de no hacer creer a la otra parte que se negocia exclusivamente con ella, cuando se está negociando simultáneamente con otros interesados en el contrato.

d) Deber de hacer honor a la legítima confianza generada en la otra parte, por el estadio ya alcanzado por las negociaciones contractuales y otras circunstancias concurrentes, en que el contrato llegaría con seguridad a celebrarse (y en cuya confianza realizó la otra parte gastos o inversiones), salvo que sobrevenga una razón plausible para romper las negociaciones. No se trata –nótese bien– de un «deber de no romper las negociaciones» que hayan alcanzado un determinado estadio¹². La razón plausible que eximirá de responsabilidad puede consistir en que la otra parte venga a modificar su posición negociadora con exigencias sobrevenidas, o inclu-

¹² Por eso, no procede realizar, en orden a determinar la indemnización a pagar por su infracción, un juicio hipotético acerca de lo que habría sucedido si las negociaciones hubiesen continuado. Volveremos después sobre la cuestión; pero dejemos ya constancia de que la famosa Sentencia de 18 de junio de 1982 del *Hoge Raad* holandés en el caso *Plas/Valburg* (NJ 1983, 723) afirmó la posible existencia de un deber de buena fe de «no romper las negociaciones», cuando hubiesen alcanzado el «tercer estadio» que describe el párrafo siguiente de dicha Sentencia:

«No es imposible que las negociaciones relativas a un contrato puedan alcanzar un estadio tan avanzado que el acto de romperlas, como tal, pueda ser considerado, dadas las circunstancias concurrentes, como infracción de la buena fe, sobre la base de que quepa asumir que las partes han confiado mutuamente en la expectativa de que algún tipo de contrato habría resultado en cualquier caso de las negociaciones. En una tal situación puede ser legítimo concluir que existe una obligación de indemnizar el lucro cesante.»

so en el hecho de que aparezca una oferta mejor de otro interesado en el contrato. No procede ser riguroso a este respecto, sino, por el contrario, en los requisitos para calificar de «legítima» la confianza en que era ya seguro que el contrato llegaría a celebrarse. Y el que desee una protección mayor para sus gastos e inversiones precontractuales, que trate de acordarla de antemano con aquél con quien va a iniciar o mantiene las negociaciones. Si no lo hace así, o no lo consigue, gastará e invertirá a su propio riesgo.

En principio, que una de las partes se niegue a cumplimentar la forma legal necesaria para la validez de un contrato acordado ya en todos sus términos es una conducta adecuada a la finalidad de protección frente a la precipitación al contratar, que es típica de las normas que imponen formalidades *ad solemnitatem*. Como regla, por lo tanto, aquella parte no incurrirá en responsabilidad, si (no sólo ella sino) también la otra parte conocía la exigencia de forma para la validez del contrato que negociaba¹³. Pero, excepcionalmente, la solución habrá de ser la contraria cuando concurren circunstancias que justifiquen una «confianza cualificada» de la otra parte en que el contrato finalmente se formalizaría: por ejemplo, se ha asegurado a la otra parte, para que se avenga a posponer la formalización, que ésta se realizará con seguridad en otra fecha; o se ha dado ya comienzo a la ejecución del contrato, o inducido a la otra parte a que vaya anticipando su propia prestación. La mera confianza en que la otra parte cumplirá lo pactado sin la forma legalmente exigida no basta: el que libremente confía en una «palabra de caballero», en vez de confiar en el Derecho, tendrá que conformarse si, a la postre, el «caballero» no cumple su palabra no formalizada conforme a Derecho.

e) La indemnización procedente, en el grupo de casos que venimos analizando, será la que procure dejar al perjudicado por la infracción del deber en la situación en la que se habría encontrado si las negociaciones desleales no se hubiesen iniciado, o si no hubiese llegado a confiar legítimamente en la segura celebración del contrato: una indemnización en la medida del denominado «interés de confianza» o «interés contractual negativo» del perjudicado. Poner a cargo del infractor del deber una indemnización en la medida del denominado «interés en el cumplimiento» o «interés contractual positivo» del perjudicado, que es la dirigida a dejarle en la situación en la que se habría encontrado si el contrato se hubiera celebrado y cumplido –y la medida indemnizatoria que se compadecería con la errónea tesis de que la lealtad en las negociaciones puede llegar a imponer el deber de no romperlas cuando han

¹³ Los casos en que la otra parte ignora que la ley exige una forma *ad solemnitatem* serán analizados más adelante, en el apartado II.1.2 del presente trabajo.

alcanzado cierto estadio—, comportaría una injustificable limitación de la libertad de (no) contratar del infractor del deber de lealtad: una injustificable compulsión a contratar¹⁴.

La indemnización en la medida del interés de confianza puede incluir, además del concepto «gastos, inversiones o desinversiones que han devenido inútiles o perjudiciales», el concepto «oportunidades perdidas de haber celebrado contratos alternativos con terceros». En cuanto a las exigencias de prueba de la causalidad a este respecto (y a la posibilidad de pretender una indemnización porcentual por la «pérdida de oportunidad» en sí misma considerada), los criterios de decisión no tienen por qué ser diferentes a los aplicables para la responsabilidad extracontractual en general: de ningún modo cabe predicar para el grupo de casos de que se trata exigencias menos rigurosas. Y no se olvide que, salvo que exista pacto de exclusividad, el hecho de mantener negociaciones contractuales con una persona no impide celebrar con otra un contrato alternativo; ni que la preparación de un tal contrato podría haber comportado también gastos, inversiones o desinversiones semejantes.

La muy discutida cuestión de si la medida del interés en el cumplimiento o interés contractual positivo del perjudicado debe constituir el límite máximo de la indemnización en la medida de su interés contractual negativo, ha de resolverse, en mi opinión, en sentido afirmativo; pues, en efecto, resulta irrazonable que la indemnización termine dejando al perjudicado por haber confiado en la celebración de un contrato en una situación patrimonial mejor que aquella en la que se habría encontrado si el mismo contrato hubiese llegado a celebrarse y cumplirse. Y aunque es cierto que en este grupo de casos el perjudicado no puede alegar a su favor, para obtener una indemnización en el importe de su interés positivo, «lo que habría ocurrido si las negociaciones contractuales hubieran concluido con éxito», no cabe deducir sin más de ello que resultaría injusto permitir que el infractor del deber lo alegara, a fin de limitar hasta aquel importe la normal indemnización en la medida del interés negativo del perjudicado; pues es difícil negar que el ofrecer, al cabo, a la otra parte la celebración del contrato en los términos en que confiaba legítimamente en celebrarlo, constituiría una «conducta alternativa conforme

¹⁴ No puede, por ello, acogerse la tesis de la Sentencia del *Hoge Raad* citada *supra*, en la nota 12. Cuestión distinta es que, en uno de los acuerdos que hemos dejado contemplados en la nota 11, se haya pactado expresamente una indemnización en la medida del interés positivo para el incumplimiento del deber de seguir negociando de buena fe; o que, excepcionalmente, proceda una indemnización en esa medida por el incumplimiento del deber implícito de no provocar, poniendo en cuestión lo que se hizo constar como ya acordado, la ruptura de las últimas negociaciones de detalle que, de otro modo, hubieran conducido con seguridad a la celebración del contrato.

a Derecho» del infractor, que impediría la imputación objetiva de los daños que excedieran el interés contractual positivo de aquél. Ciertamente, la sin duda estricta carga de la prueba al respecto corresponderá al infractor: deberá indemnizar al perjudicado en la plena medida de su interés contractual negativo, siempre que reste cualquier duda razonable sobre el importe del (hipotético) interés contractual positivo de aquél. Pero si, por ejemplo, el infractor llegara a demostrar, con una seguridad rayana en la certeza, que la ruptura de las negociaciones ha librado a la otra parte de una operación que le habría reportado pérdidas, no resultaría justo imponer al repetido infractor, aun si doloso, responsabilidad precontractual alguna.

Conviene examinar, en fin, los modelos de regulación contenidos en el artículo 2.1.15 PU; el artículo 2:301 PECL; el artículo II.- 3:301 DCFR; y los apartados 1, 2, 4 y 5 del artículo 1245 de la *Propuesta para la Modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos* [PMDOC], publicada en el año 2009 por el Ministerio de Justicia de España.

Artículo 2.1.15 PU (Negociaciones de mala fe)

(1) *Las partes tienen plena libertad para negociar los términos de un contrato y no son responsables por el fracaso en alcanzar un acuerdo.*

(2) *Sin embargo, la parte que negocia o interrumpe las negociaciones de mala fe es responsable por los daños causados a la otra parte.*

(3) *En particular, se considera de mala fe que una parte entre en o continúe negociaciones cuando al mismo tiempo tiene la intención de no llegar a un acuerdo.*

Artículo 2:301 PECL: Negociaciones contrarias a la buena fe

(1) *Las partes son libres de negociar y no son responsables por el hecho de que no se alcance un acuerdo.*

(2) *Sin embargo, la parte que haya negociado o roto las negociaciones de forma contraria a las exigencias de la buena fe y la lealtad en los negocios será responsable de los perjuicios causados a la otra parte.*

(3) *Es contrario a las exigencias de la buena fe y la lealtad en los negocios, en particular, que una parte entable o mantenga negociaciones sin intención real de alcanzar un acuerdo con la otra parte.*

Artículo II.-3:301 DCFR: Negociaciones contrarias a la buena fe y la lealtad en los negocios

(1) *Una persona es libre de negociar y no es responsable por el hecho de que no se alcance un acuerdo.*

(2) *Una persona que esté en negociaciones tiene un deber de negociar de conformidad con las exigencias de la buena fe y la lealtad en los negocios y de no romper las negociaciones de forma con-*

traria a las exigencias de la buena fe y la lealtad en los negocios. Este deber no puede ser excluido o limitado mediante contrato.

(3) La persona que haya infringido el deber será responsable de cualquier perjuicio causado a la otra parte por la infracción.

(4) Es contrario a las exigencias de la buena fe y la lealtad en los negocios, en particular, que una parte entable o mantenga negociaciones sin intención real de alcanzar un acuerdo con la otra parte.¹⁵

Artículo 1245 PMDOC

1. Las partes son libres para entablar negociaciones dirigidas a la formación de un contrato, así como para abandonarlas o romperlas en cualquier momento.

2. En la negociación de los contratos, las partes deberán actuar de acuerdo con las exigencias de la buena fe.

3. [Relativo al deber de confidencialidad, del que nos ocuparemos más adelante]

4. La parte que hubiera procedido con mala fe al entablar o interrumpir las negociaciones será responsable de los daños causados a la otra.

En todo caso, se considera contrario a la buena fe entrar en negociaciones o continuarlas sin intención de llegar a un acuerdo.

5. La infracción de los deberes de que tratan los artículos anteriores dará lugar a la indemnización de daños y perjuicios. En el supuesto de apartado anterior, la indemnización consistirá en dejar a la otra parte en la situación que tendría si no hubiera iniciado las negociaciones.

Mi discrepancia esencial con dichos modelos de regulación, en general aceptables, reside en las palabras con las que termina el apartado (2) del artículo II.-3:301 DCFR: «*Este deber no puede ser excluido ni limitado mediante contrato*». Puesto que la infracción del deber puede sin duda ser meramente culposa, no veo ninguna razón para tal prohibición, fuera del marco de la contratación con consumidores o mediante condiciones generales. No se me alcanza razón alguna por la que haya que prohibir, por ejemplo, a dos empresarios que se proponen entablar negociaciones contractuales, que pacten que, de romperse aquéllas, ninguno podrá pedir al otro indemnización por las oportunidades perdidas de celebrar contra-

¹⁵ Tanto para las infracciones de los deberes de lealtad en las negociaciones que ahora nos ocupan, como para las de los demás deberes precontractuales tanto de lealtad como de información, dispone el artículo II.-3:501 DCFR:

(1) Cuando cualquier regla en este Capítulo haga a una persona responsable del perjuicio causado a otra persona por una infracción de un deber, la otra persona tiene derecho a la indemnización de ese perjuicio.

(2) Se aplicarán las reglas III.-3:704 (Perjuicio imputable al acreedor) y III.-3:705 (Mitigación del perjuicio), con la adaptación de que la referencia al incumplimiento de la obligación se entenderá hecha a la infracción del deber.

La función del apartado (1) no parece otra que la de aclarar que la responsabilidad que contempla es de naturaleza indemnizatoria.

tos alternativos con terceros; o por gastos en asesores legales superiores a una determinada cantidad.

Como propuesta de regulación de este grupo de casos en un futuro Código Latinoamericano de Contratos, considero, además, que sería conveniente precisar que la indemnización debe dirigirse a dejar al perjudicado por la infracción del deber en la situación en la que se habría encontrado si las negociaciones desleales no se hubiesen iniciado, o si no hubiese llegado a confiar legítimamente en la segura celebración del contrato¹⁶. Una precisión que, de haberse incluido en el apartado (3) del artículo II.- 3:301 DCFR, habría evitado cualquier posibilidad de entender que la referencia a un «*deber de no romper las negociaciones*» contenida en su apartado (2) permitiría incluir, en la expresión «*cualquier perjuicio causado a la otra parte por la infracción*» del referido deber, la posibilidad de una indemnización en la medida del interés contractual positivo del perjudicado¹⁷. Inequívoco a tal respecto es el apartado 5 del artículo 1245 PMDOC, cuyo apartado 1 remacha, además, que las partes son libres para abandonar o romper las negociaciones «*en cualquier momento*».

Y para terminar: la expresión «*de forma contraria a las exigencias de la buena fe y la lealtad en los negocios*» de los citados artículos de los PECL y el DCFR es preferible a la expresión «*de mala fe*» de los PU y la PMDOC, que ciertamente acentúa la indudable excepcionalidad de la responsabilidad en este grupo de casos, pero parece teñida de un ingrediente subjetivo de dolo o malicia, que no resulta imprescindible para que la responsabilidad proceda¹⁸.

¹⁶ Una precisión adicional del tipo «*con el límite de no dejarle en una situación mejor que aquella en la que se habría encontrado si el contrato hubiera llegado a concluirse en los términos en que confiaba legítimamente en celebrarlo*», se podría muy bien omitir, encomendando esa discutible cuestión a la doctrina y la jurisprudencia de cada país.

¹⁷ Ciertamente, en el Comentario oficial al referido Artículo se dice que «*the aggrieved party cannot claim to be put in the position in which that party would have been if the contract had been duly concluded and if the obligations under it had been duly performed*» [Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR), Full Edition, Munich 2009, pág. 248]. Pero, en mi opinión, no ha sido afortunado referirse a un «*deber de no romper las negociaciones*». La menos comprometida referencia de los otros Artículos citados al hecho de que las negociaciones se hayan roto, como supuesto generador de la obligación de indemnizar, puede aceptarse por razones de sencillez o economía de lenguaje.

¹⁸ Completamente diferentes a los casos examinados hasta aquí son aquellos en los que no llega a celebrarse cierto contrato que una persona pretendía celebrar con otra porque lo impide una conducta imputable a esa otra persona, y puede afirmarse de ésta que tenía un deber legal, o una previa obligación contractual, de posibilitar a la primera la celebración del contrato en cuestión. Por ejemplo, una conducta imputable a la Administración que ha convocado un concurso público para la elección de un contratista impide que participe en el concurso una persona que, atendida la oferta que habría presentado, sin duda lo habría ganado; o una conducta imputable al organizador privado de cierto concurso para elegir con quien celebra cierto contrato, comporta que aquél incumpla su previa obligación contractual de posibilitar que participase en dicho concurso una persona que con seguridad lo habría

1.2 **Infracción del deber de no dejar a la otra parte confiar erróneamente, en su propio perjuicio, en que el contrato de cuya negociación se trata resultará válido**

El análisis de este grupo de casos, objeto esencial del famosísimo trabajo pionero de Ihering sobre la *culpa in contrahendo*, requiere en la actualidad dos delimitaciones previas:

a) Si se acoge la regla –contenida en los artículos 3.3.(1) PU, 4:102 PEDC, II.-7:102 DCFR y 1303 PMDOC, y que indudablemente debería incorporar un futuro Código Latinoamericano de Contratos– de que la imposibilidad originaria de cualquiera de las prestaciones pactadas, por sí sola, no afecta a la validez del contrato, resultará obviamente excluida la posibilidad de encontrar un caso de responsabilidad precontractual, del grupo ahora analizado, en el hecho de que, al tiempo de negociar el contrato, una de las partes conociera o debiera conocer, y la otra no, la imposibilidad originaria de su prestación conforme al contrato.

b) La segunda delimitación se refiere a aquellos contratos para cuya validez la ley exige una determinada forma. Existe general consenso doctrinal y jurisprudencial acerca de que una de las manifestaciones típicas del juego de la buena fe como límite al ejercicio de los derechos, facultades, acciones y excepciones es el llamado «*abuso de la nulidad por motivos formales*». Si una de las partes omite cumplimentar la forma que sabe exigida por la ley para la validez del contrato, exigencia legal que sabe también que la otra parte ignora, con el fin de dejarse abierta una «puerta trasera» para «librarse del contrato» si después no le interesara cumplirlo, no podrá ampararse frente a la otra parte en la nulidad del contrato por falta de forma: la otra parte podrá tener el contrato por válido frente a la primera, si conviene a su interés, siempre que concurren los demás requisitos necesarios para su validez; pretendiendo, incluso, de la primera el cumplimiento en forma específica de sus obligaciones contractuales.

Resulta obvio que, en casos como el descrito, de provocación dolosa de la nulidad por falta de forma, la parte que ignoraba que la ley la exigía *ad solemnitatem* no tiene necesidad del remedio de la responsabilidad precontractual. Que procederá, en cambio, cuando una de las partes, por mera negligencia, haya dejado a la otra confiar erróneamente, en su perjuicio, en que no se requería forma para la validez del contrato.

ganado. En este tipo de casos, sí procederá una indemnización en la medida del interés contractual positivo: la que deje al perjudicado en la situación en la que se habría encontrado si el contrato que pretendía celebrar se hubiese efectivamente celebrado.

Para la medida de la indemnización en ese grupo de casos, vale lo que dejamos escrito en el precedente apartado II.1.1. Admitir la posibilidad de indemnizar al perjudicado en la medida de su interés contractual positivo bajo la hipótesis de que, si el infractor no hubiera ignorado por su culpa que la ley exigía la forma para la validez del contrato, se hubiese formalizado en su momento, desconocería la finalidad típica de la exigencia legal de forma *ad solemnitatem*. El perjudicado no tenía derecho a que el infractor culposo del deber formalizase el contrato, sino sólo a que hubiera empleado la diligencia exigible para no dejarle creer erróneamente, en su perjuicio, que había concluido un contrato válido. En fin, la eventual culpa concurrente del perjudicado dará lugar a una reducción de la cuantía indemnizatoria.

Analizaremos ahora, a la luz de lo anterior, el modelo de regulación contenido en el apartado (2) del artículo II.-1:106 DCFR.

Artículo II.-1:106 DCFR: Forma

(1) [Establece la regla general de libertad de forma de los contratos y actos jurídicos]

(2) *Cuando un contrato u otro acto jurídico sea inválido por la sola razón de no haberse cumplimentado un específico requisito de forma, una parte (la primera parte) responderá de cualquier perjuicio sufrido por la otra (la segunda parte), por actuar en la creencia razonable, pero errónea, de que era válido, si la primera parte:*

(a) *sabía que era inválido,*

(b) *sabía o podía razonablemente esperarse que supiera que la segunda parte estaba actuando en potencial perjuicio de sí misma, en la errónea creencia de que era válido; y*

(c) *contra las exigencias de la buena fe y la lealtad en los negocios, dejó a la segunda parte seguir actuando de ese modo.*

La crítica que nos merece el citado apartado no podrá sorprender. La consecuencia jurídica adecuada para los casos que contempla no es la indemnización de perjuicios que prevé (por cierto, sin mayor precisión sobre la medida de indemnización). Puesto que la conducta de «*la primera parte*» que describe amerita el calificativo de «dolosa», la consecuencia adecuada ha de ser que «*la primera parte*» no pueda ampararse frente a «*la segunda parte*» en la invalidez por falta de forma del contrato o acto jurídico en cuestión¹⁹.

¹⁹ Si se establece una determinada forma legal para la celebración del contrato de seguro, no debería considerarse requisito de validez del contrato, al menos en perjuicio del asegurado. Esta es, a mi juicio, la vía más adecuada para evitar resultados injustos en los casos en que, por causa imputable a (un dependiente de) la compañía aseguradora, no llega a formalizarse el contrato de seguro con quien seguidamente sufre un siniestro que realiza el riesgo objeto del contrato. Sin duda mejor que el recurso a la responsabilidad precontractual de la compañía aseguradora. Que no me parece tampoco la vía de solución adecuada para los casos en que la póliza del seguro contiene una cláusula de exclusión de la

Resta ocuparse de la responsabilidad precontractual en los casos de nulidad del contrato por razón de su ilegalidad: porque infringe una norma legal imperativa. Existen, al respecto, dos modelos de regulación, contenidos en el artículo 15:105 PECL y el artículo II.-7:303 DCFR, que transcribimos seguidamente.

Artículo 15:105 PECL: Indemnización de daños y perjuicios

(1) *Una parte de un contrato que resulta ineficaz conforme a los artículos 15:101 o 15:102 [contratos contrarios a principios fundamentales o que infringen normas imperativas] podrá exigir de la otra parte una indemnización de daños y perjuicios que ponga a la primera parte en la situación más semejante posible a la que habría tenido si el contrato no se hubiera celebrado, siempre que la otra parte conociera o debiera haber conocido la causa de la ineficacia.*

(2) *En orden a decidir si debe concederse la indemnización de daños y perjuicios prevista en el apartado (1), deberá tomarse en consideración los factores contemplados en el artículo 15:102(3). [Los factores para determinar la sanción adecuada para la infracción de la norma imperativa de que se trate].*

(3) *La indemnización de daños y perjuicios podrá denegarse si la primera parte conoció o debió haber conocido la causa de ineficacia.*

Artículo II.-7:304 DCFR: Indemnización de perjuicios

(1) *Una parte de un contrato que es nulo o anulado, en todo o en parte, bajo a esta Sección [titulada: «Infracción de principios fundamentales o normas imperativas»], tiene derecho a ser indemnizado por la otra parte de cualquier perjuicio sufrido a consecuencia de la invalidez, siempre que la primera parte no conociera ni pudiera razonablemente esperarse que hubiera conocido la infracción.*

(2) *La indemnización procedente será la necesaria para poner a la parte perjudicada en la situación más semejante posible a aquella en la que esa parte se habría encontrado si el contrato no se hubiera celebrado, o no hubiera incluido la cláusula prohibida.*

No tengo ninguna objeción fundamental a dichos modelos de regulación. La inicial confusión que podría crear la expresión «*de cualquier perjuicio sufrido a consecuencia de la invalidez*», en el apartado (1) del artículo II.- 7:304 DCFR, queda aclarada en su apartado (2). Sin duda, hay que entender las palabras «*si el contrato no se hubiera celebrado*» de ambos artículos en el sentido de «*si la parte perjudicada no hubiera confiado erróneamente, por culpa de la otra parte, en la validez del contrato*». Y las palabras «*o no hubiera incluido la cláusula prohibida*» del apartado (2) del artículo

cobertura de la que el asegurado no fue correctamente informado. La vía adecuada es una norma de no incorporación de tal cláusula al contenido del contrato: véanse, por ejemplo, el artículo 2:104 PECL y el artículo II.- 9:103 DCFR.

lo II.- 7:304 DCFR, permitirán a la parte perjudicada resarcirse, no sólo de cualquier gasto o inversión que haya hecho confiando erróneamente en la validez de la cláusula en cuestión y que haya devenido inútil, sino también de cualquier sanción que le haya reportado la inclusión de la cláusula prohibida; aunque será poco frecuente que se dé el caso, ya que se parte del supuesto de que la parte perjudicada no conoció ni debió haber conocido la infracción.

Ahora bien, entiendo que merece reconsideración que el hecho de que la parte perjudicada debiera razonablemente haber conocido la infracción de la norma imperativa de que se trate, sin haberla efectivamente conocido, excluya totalmente la indemnización, en vez de reducir, en su caso, su cuantía. Pienso, obviamente, en los casos en que la otra parte sí conociera la infracción, o pudiera haberla conocido con mucha mayor facilidad que la parte perjudicada.

1.3 Infracción del deber de confidencialidad

En esta materia, bastará transcribir los modelos de regulación recogidos en el artículo 2.1.16 PU; el artículo 2:302 PECL; el artículo II.- 3:302 DCFR; y los apartados 3 y 5, inciso primero, del artículo 1245 PMDOC.

Artículo 2.1.16 PU (Deber de confidencialidad)

Si una de las partes proporciona información como confidencial durante el curso de las negociaciones, la otra parte tiene el deber de no revelarla ni utilizarla injustificadamente en provecho propio, independientemente de que con posterioridad se perfeccione o no el contrato. Cuando fuere apropiado, la responsabilidad derivada del incumplimiento de esta obligación podrá incluir una compensación basada en el beneficio recibido por la otra parte.

Artículo 2:302 PECL: Infracción de la confidencialidad

Si una parte proporciona información confidencial en el curso de las negociaciones, la otra parte tiene el deber de no revelar esa información ni utilizarla para sus propios fines, se haya posteriormente celebrado un contrato, o no. El remedio por la infracción de este deber puede incluir una compensación por el perjuicio sufrido y la restitución del beneficio obtenido por la otra parte.

Artículo II.-3:302 DCFR: Infracción de la confidencialidad

(1) Si una parte proporciona información confidencial en el curso de las negociaciones, la otra parte tiene el deber de no revelar esa información ni utilizarla para sus propios fines, se haya posteriormente celebrado un contrato, o no.

(2) En este artículo «información confidencial» significa información que, por su naturaleza o por las circunstancias en que fue obtenida, la parte que recibe la información sabe o puede razonablemente esperarse que sepa que es confidencial de la otra parte.

(3) *La parte que razonablemente prevea una infracción del deber podrá obtener una orden judicial que la prohíba.*

(4) *La parte que haya infringido el deber será responsable de cualquier perjuicio causado a la otra parte por la infracción y podrá ser condenada a transferir a la otra parte cualquier beneficio obtenido mediante el incumplimiento.*

Artículo 1245 PMDOC

1. [Transcrito supra, en el apartado II.1.1]
2. [Transcrito supra, en el apartado II.1.1]
3. *Si durante las negociaciones, una de las partes hubiera facilitado a la otra una información con carácter confidencial, el que la hubiera recibido sólo podrá revelarla o utilizarla en la medida que resulte del contenido del contrato que hubiera llegado a celebrarse.*
4. [Transcrito supra, en el apartado II.1.1]
5. *La infracción de los deberes de que tratan los apartados anteriores dará lugar a la indemnización de daños y perjuicios.* [El resto transcrito supra, en el apartado II.1.1]

El modelo contenido en el DCFR parece el más adecuado. La redacción del apartado 3 del artículo 1245 PMDOC es poco clara; aunque sin duda quiere decir que la información sólo se podrá revelar o utilizar si el contrato efectivamente se celebra, y en la medida en que resulte de su contenido. Bastaría añadir al final del apartado (1) del artículo II.-3:302 DCFR la frase «*salvo en la medida que resulte del contrato que llegue efectivamente a celebrarse*». Parece, en fin, plausible admitir la posibilidad de que el infractor del deber de confidencialidad deba transferir a la otra parte el beneficio obtenido mediante la infracción.

2. INFRACCIÓN DEL DEBER DE REVELAR INFORMACIÓN O DE INFORMAR CORRECTAMENTE A LA OTRA PARTE EN LAS NEGOCIACIONES, QUE PROVOCA QUE ÉSTA CONSIENTA UN CONTRATO QUE, SI EL DEBER NO SE HUBIESE INFRINGIDO, NO HABRÍA CELEBRADO, O NO HABRÍA CELEBRADO CON LOS TÉRMINOS Y CONDICIONES CON LOS QUE LO CELEBRÓ

2.1 Caracterización general del grupo de casos. Precisiones terminológicas

La caracterización de esta constelación de casos es, en principio, bastante sencilla. Cuando, durante las negociaciones de un contrato, una de las partes infringe dolosa o culposamente un

deber de revelar a la otra parte cierta información, o le proporciona una información falsa o incorrecta, y ello provoca que la otra parte consienta un contrato que, si hubiera recibido la información debida o correcta, no habría celebrado, o no habría celebrado con los términos y condiciones con los que lo celebró, la parte infractora deberá indemnizar a la otra parte en la medida necesaria para dejarla en la situación en la que se habría encontrado si, al tiempo de contratar, hubiera contado con la información debida o correcta; o dicho de otra manera, si al tiempo de contratar hubiera sabido la verdad, la realidad de las cosas, acerca de los hechos o circunstancias objeto de la información omitida, falsa o incorrecta.

Nótese bien: no, en la medida necesaria para dejar a la otra parte en la situación en que la se habría encontrado si la realidad de las cosas hubiera sido la que aquélla razonablemente se representó a causa de la falta de información o de la información incorrecta. Esta sería la medida de la indemnización que es propia de la responsabilidad contractual: indemnización en la medida del *expectation interest*; que es la expresión, en lengua inglesa, para designar nuestro interés en el cumplimiento o interés contractual positivo, y que resulta especialmente plástica para el presente grupo de casos. La descrita más arriba es, en cambio, la medida de la indemnización característica de la responsabilidad precontractual por infracción del deber de información: la medida del *reliance interest* o interés de confianza. Bien que advirtiéndolo de inmediato que, en la presente constelación de casos, a diferencia de en las analizadas en las páginas precedentes, no se trata de la errónea confianza en que llegaría a celebrarse un contrato y que sería un contrato válido –en los casos que nos ocupan, se celebra un contrato que puede ser perfectamente válido, o que, si fuese anulable por error o por dolo, podría no ser anulado por la otra parte–, sino la errónea confianza en la representación de la realidad producto de la información omitida o incorrecta; confianza ésa, que habría provocado que la parte a quien se le generó consintiese un contrato que, de haber conocido la realidad de las cosas al tiempo de contratar, no habría celebrado, o no habría celebrado con los términos y condiciones con los que lo celebró. En fin, aunque es cierto que los conceptos contrapuestos «interés contractual positivo» e «interés contractual negativo» nacieron contemplando sólo los supuestos de *culpa in contrahendo* en los que no se llega a concluir un contrato o el contrato celebrado es nulo, pueden también utilizarse en este grupo de casos en el sentido siguiente: indemnizar al perjudica-

do por el deber de información en la medida de su «interés contractual negativo» significará «ponerle en la situación en la que se habría encontrado si el contrato no se hubiese celebrado»; indemnizarle en la medida del «interés contractual positivo» significará «ponerle en la situación en que se habría encontrado si el contrato se hubiese celebrado con términos y condiciones más favorables para aquél». En este sentido –nótese bien– el «interés contractual positivo» no se identifica con el *expectation interest* o interés en el cumplimiento, sino que es una de las dos variantes alternativas del *reliance interest* o interés de confianza, más arriba definido. La otra variante sería el aquí llamado «interés contractual negativo».

Es esencial que las precisiones terminológicas anteriores queden bien claras, ya que rompen con la tradicional identificación entre el *expectation interest* o interés en el cumplimiento y el interés contractual positivo, utilizada en los grupos de casos precedentes. A fin de ilustrarlas mejor, pongamos el ejemplo de un contrato de compraventa en el que haya sido el vendedor quien infringió dolosa o culposamente un deber precontractual de información, generando en el comprador falsas expectativas sobre la utilidad para él de la cosa comprada. Y sea *VR*: el valor real de la cosa comprada; *P*: el precio pagado por el comprador; *VI*: el valor que la cosa habría tenido, si su utilidad para el comprador se hubiese correspondido con las expectativas generadas por la falta de información o la información incorrecta; y *PH*: el precio que habría pagado el comprador (y aceptado cobrar el vendedor) por la cosa si no se hubiese producido la infracción del deber de información, esto es, si el comprador hubiera conocido la realidad de las cosas al tiempo de contratar. Pues bien:

La medida típica de la indemnización del *expectation interest* o interés en el cumplimiento vendría representada por la fórmula $VI - VR$ ²⁰; la del *reliance interest* o interés de confianza en su variante «interés contractual negativo», vendría representada por la fórmula $P - VR$; y en su variante «interés contractual positivo», por la fórmula $P - PH$.²¹

²⁰ O, alternativamente, por el coste para el comprador de hacer realidad las expectativas de utilidad de la cosa para él generadas por la infracción del deber precontractual de información. Que serían, una o la otra, las medidas de la indemnización que indudablemente podría exigir el comprador por la responsabilidad contractual del vendedor, en caso de que aquellas expectativas debieran considerarse incorporadas al contrato de compraventa como un término del mismo.

²¹ La fórmula correspondiente a la acción de reducción del precio o *quanti minoris*, que también correspondería al comprador en el supuesto contemplado en la precedente nota 20, sería $P - P \times VR/VI$, o lo es lo mismo, $P(1 - VR/VI)$.

2.2 Alcance del deber precontractual de revelar información a la otra parte

La esencial cuestión de hasta dónde llega, o debería hacerse llegar, el deber precontractual de revelar información –o como quizá sería más correcto decir, al menos para la contratación entre partes sin sustanciales asimetrías informativas, hasta dónde llega o debería hacerse llegar el reconocimiento, a una parte de un contrato, de remedios anulatorios, resolutorios o indemnizatorios basados en el hecho de que la otra parte no le proporcionó una información relevante para su decisión de celebrar el contrato en los términos y condiciones pactados, en lugar de atenerse a las exigencias del principio general de autorresponsabilidad o carga de autoinformarse–, no puede afrontarse en este trabajo ni siquiera con un mínimo detalle. Nos limitaremos a señalar que los Artículos II.- 3:101 a II.- 3:108 DCFR han tratado de establecer reglas generales al respecto, de las que transcribimos a continuación las más generales.

Artículo II.-3:101 DCFR: Deber de revelar información sobre bienes, otros activos y servicios

(1) Con anterioridad a la celebración de un contrato para el suministro de bienes, otros activos y servicios por un empresario a otra persona, el empresario tiene el deber de revelar a la otra persona aquella información relativa a los bienes, otros activos o servicios que se suministrarán que la otra persona pueda esperar razonablemente, teniendo en cuenta los estándares de calidad y cumplimiento que serían normales según las circunstancias.

(2) Para valorar qué información puede la otra parte esperar razonablemente que le sea relevada, el criterio que se aplicará, cuando la otra parte sea un empresario, será el de si el no proporcionar la información se apartaría de las buenas prácticas comerciales.

Artículo II.-3:102 DCFR: Deberes específicos para los empresarios que comercian con consumidores

(1) Cuando un empresario comercialice bienes, otros activos o servicios con un consumidor, el empresario tendrá el deber de no proporcionar información engañosa. La información es engañosa si no representa correctamente u omite hechos relevantes que el consumidor medio podía esperar que se le dieran para tomar una decisión informada sobre si dar pasos o no hacia la celebración de un contrato. Para valorar qué podía esperar un consumidor medio que se le diera, deberán tenerse en cuenta todas las circunstancias y las limitaciones del medio de comunicación utilizado [...]

En fin, conviene transcribir también el apartado (3) del Artículo II.- 7:205 DCFR, de redacción prácticamente idéntica al apartado (3) del Artículo 4:107 PECL, porque, aunque incluido en sede

del dolo como vicio del consentimiento, tiene obviamente aplicación más general.

Artículo II.-7:205 DCFR: Dolo

(3) *Para determinar si las exigencias de la buena fe y la lealtad en los negocios requerían de una parte que revelase cierta información, se tendrán en cuenta todas las circunstancias, incluidas:*

- (a) *si esa parte tenía especiales conocimientos técnicos;*
- (b) *el coste para esa parte de adquirir la información relevante;*
- (c) *si la otra parte podía razonablemente adquirir la información por otros medios; y*
- (d) *la visible importancia de la información para la otra parte.*

2.3 Problemas de concurrencia de remedios

Como ya hemos avanzado, en los casos del grupo que venimos analizando, junto al remedio indemnizatorio característico de la responsabilidad precontractual, podrán concurrir (o no) los remedios propios del incumplimiento contractual: de la falta de conformidad con los términos del contrato de la prestación de la parte que infringió su deber de información. Así sucederá, cuando las expectativas que, sobre el contenido de esa prestación, generó en la otra parte la falta de información o la información incorrecta deban considerarse «términos» del contrato.²²

La respuesta a la cuestión de si, cuando efectivamente concurren, deban excluir el juego del remedio de la responsabilidad precontractual, es ciertamente discutible. En mi opinión, habrá de ser la misma que se adopte, con carácter general, para los supuestos de concurrencia de los remedios de la responsabilidad contractual y la responsabilidad extracontractual. Y que, por principio, deberá ser una que no permita que, mediante el simple recurso al segundo de ellos, se prive de eficacia a pactos de limitación de responsabilidad legalmente válidos, o se eluda la aplicación de aquellas normas reguladoras de la responsabilidad contractual cuya específica finalidad sea limitar su alcance. Pero, asegurado lo anterior, no parece rechazable permitir al perjudicado optar por pedir una indemnización en la medida del *reliance interest* o interés de confianza, cuando le resulte difícil probar con la necesaria certidumbre el importe de su *expectation interest* o interés en el cumplimiento; optar, esto es, por considerar el contra-

²² Véanse, por ejemplo, los artículos 6:101 PECL (Declaraciones de las que nacen obligaciones contractuales) y II.-9:102 DCFR (Determinadas declaraciones precontractuales consideradas términos del contrato).

to como «hecho dañoso» en lugar de como «promesa generadora de expectativas de lucro jurídicamente protegidas».

En fin, podrá también concurrir (o no) con el remedio de la responsabilidad precontractual el de la anulación del contrato por error o por dolo. Debe mantenerse, sin duda, la regla de que se trata de remedios perfectamente compatibles²³.

2.4 Medida de la indemnización

Procede distinguir los tres supuestos siguientes:

a) La infracción del deber de información fue constitutiva de dolo o causó a la otra parte un error legalmente bastantes para anular el contrato, y la otra parte opta por anularlo.

En mi opinión, en dicho supuesto, la medida de la indemnización procedente es la del interés contractual negativo de la otra parte: la necesaria para dejar a la otra parte en la situación en la que se habría encontrado si el contrato no se hubiese celebrado; o dicho de otro modo, si nunca hubiera entablado con el infractor del deber de información las negociaciones dirigidas a la celebración del contrato.

La tesis de que, en caso de engaño doloso, el perjudicado pueda exigir una indemnización en la medida de su *expectation interest* o interés en el cumplimiento no debe ser acogida, a pesar de su rai-gambre en el Derecho Romano y de que siempre ha contado con defensores muy autorizados. Ello sólo ocurrirá cuando la falsa representación generada en la otra parte por el engaño doloso deba considerarse incorporada al contrato como un término del mismo y, por lo tanto, el infractor doloso del deber precontractual de información haya efectivamente incurrido en un incumplimiento contractual por falta de conformidad de su prestación con los términos del contrato. Y no tiene por qué ser necesariamente así.

b) La infracción del deber de información fue constitutiva de dolo o causó a la otra parte un error legalmente bastantes para anular el contrato, pero aquélla opta por confirmarlo o pierde por caducidad la facultad de anularlo.

²³ También, la regla de que la concurrencia de los remedios propios del incumplimiento contractual no excluye el de la anulación del contrato por dolo. Más discutible es la cuestión respecto de la anulación por error. El Artículo 3.7 PU dice: «Una parte no puede anular el contrato a causa de error si los hechos en los que basa su pretensión le otorgan o le podrían haber otorgado remedios por incumplimiento». Los artículos 4:119 PECL y II.-7:216 DCFR, en cambio, reconocen la posibilidad de optar en todo caso por unos u otros remedios.

c) La infracción del deber de información no constituyó dolo ni causó a la otra parte un error legalmente bastantes para permitirle la anulación del contrato.

En mi opinión, también en ambos supuestos, la medida de la indemnización procedente es la del interés contractual negativo de la otra parte: la necesaria para dejar a la otra parte en la situación en la que se habría encontrado si el contrato no se hubiese celebrado. Que, ahora, será normalmente igual a la diferencia entre el valor de la prestación contractual que realizó a favor del infractor del deber de información y el valor de la prestación recibida del infractor (la que, en nuestro ejemplo del apartado II.2.1, vendría representada por la fórmula $P - VR$); pero que podrá ser mayor, si de la celebración del contrato se derivasen ulteriores perjuicios (*consequential losses*) para la otra parte. Su eventual culpa concurrente, o la infracción de su deber de mitigar su daño, darán lugar a una reducción de la cuantía indemnizatoria²⁴.

En los supuestos que ahora nos ocupan, no hay razón alguna para sostener que el importe del *expectation interest* o interés en el cumplimiento de la otra parte ($VI - VR$ en el ejemplo del apartado II.2.1) deba ser el límite máximo de la indemnización en la medida de su interés contractual negativo. Es más, ni siquiera en el caso de que, en el contrato celebrado, el valor objetivo de la prestación de la parte que padeció la infracción del deber de información hubiera sido mayor que el de la prestación que aquella esperaba recibir del infractor del deber (en nuestro ejemplo, el caso de que $P > VI$, esto es, de que el comprador hubiera comprado con prima), habrá razón para que la referida parte no sea indemnizada también por dicho mayor valor, a no ser que infractor del deber de información lograse probar, sin lugar a duda razonable, que aquella también lo habría

²⁴ La jurisprudencia alemana permite que, en los supuestos de que se trata, la parte perjudicada por la infracción del deber precontractual de información pueda pedir, como resarcimiento en forma específica, la rescisión del contrato. No es una idea que merezca acogida. Se trata con ella de eludir las injustas consecuencias que puede provocar, por un lado, el demasiado estricto concepto del error bastante para anular el contrato que es propio del BGB; y por otro, el demasiado breve plazo que fija el BGB para el ejercicio de la facultad de anular el contrato por dolo. Partiendo de la base de que un futuro Código Latinoamericano de Contratos regularía dichos vicios del consentimiento de manera razonable, carecería de buen sentido que permitiera que dicha regulación pudiera ser eludida mediante el recurso a la responsabilidad precontractual; que no debe servir para que la parte que, pese a haber padecido la infracción del deber precontractual de información, no disponga, conforme a normas legales razonables, de la facultad de anular el contrato por vicio del consentimiento, pueda acabar liberándose de él a modo de resarcimiento en forma específica. En fin, dicha parte podría ciertamente liberarse del contrato resolviéndolo por incumplimiento. Pero ello presupondría que efectivamente se hubiera producido un (esencial) incumplimiento del contrato por parte del infractor del deber precontractual de información: una (esencial) falta de conformidad de su prestación con los términos del contrato. Lo que a su vez presupondría que la falsa representación generada por aquél en la otra parte con su infracción debiera considerarse incorporada al contrato como un término del mismo.

pagado si hubiera contado con la información debida o correcta, en vez de no haber celebrado en tal caso contrato alguno; una prueba que, en la práctica, será rarísimo que el infractor esté en condiciones de proporcionar. Lo que sí habrá que evitar es que la parte que padeció la infracción del deber de información consiga, mediante la indemnización en la medida de su interés contractual negativo, trasladar al infractor del deber un perjuicio que no pueda considerarse causado por (*rectius*: objetivamente imputable a) dicha infracción; como por ejemplo, una disminución sobrevenida del valor del objeto de la prestación del infractor (de *VR* en nuestro ejemplo) exclusivamente por razones de mercado.

Una notoria jurisprudencia alemana permite que la parte que padeció la infracción del deber precontractual de información pueda exigir del infractor una indemnización en la medida de su interés de confianza en la variante «interés contractual positivo» (la que, en el ejemplo del apartado II.2.1, viene representada por la fórmula $P - PH$)²⁵, sin necesidad de probar que, si hubiera contado con la información debida o correcta, habría logrado efectivamente celebrar un contrato más beneficioso para ella que el celebrado (en nuestro ejemplo, habría logrado que el vendedor consintiera celebrar la compraventa al precio *PH*), en vez de no celebrarse ninguno. Para comprender bien trascendencia de esa jurisprudencia, piénsese en que, en el hipotético contrato más beneficioso, el valor objetivo de la prestación de la parte que padeció la infracción del deber de información hubiera sido menor que el de la prestación del infractor del deber (esto es, en nuestro ejemplo del apartado II.2.1, una compraventa en la que $PH < VR$ ²⁶, por lo que $P - PH > P - VR$). Pero la referida jurisprudencia no merece ser imitada, ya que –como advierte la propia doctrina alemana– comporta indemnizar una ficción de daño; e impone al infractor de deber precontractual de información unos términos contractuales con los que es posible, e incluso probable, que nunca hubiera consentido contratar (que nunca hubiera consentido, por volver a nuestro ejemplo, vender la cosa al precio *PH*). Sólo cabría permitir a la parte que padeció la infracción del deber de información exigir del infractor una indemnización en la medida de su (interés de confianza en la variante) «interés contractual positivo», que superase el importe de su interés contractual negativo, en el supuesto de que la referida

²⁵ El perjuicio sufrido por del comprador consistente en «haber comprado demasiado caro». O, en el menos frecuente caso de que el infractor del deber precontractual de información hubiera sido el comprador, el perjuicio sufrido por el vendedor consistente en «haber vendido demasiado barato» (que vendría representado por la fórmula $PH - P$).

²⁶ Lo que bien podría ser el caso, si el comprador hubiera comprado con rebaja esto es, si $P < VI$.

parte pudiera probar, sin lugar a duda razonable, que, si hubiese contado con la información debida o correcta, habría logrado que el infractor del deber consintiera celebrar un contrato en el que el valor objetivo de la prestación de éste hubiese sido mayor que el de la prestación de aquélla (en nuestro ejemplo, una compraventa en la que $VR > PH$, por lo que $P - PH > P - VR$), en vez de no haberse celebrado contrato alguno. Una prueba que, en la práctica, será rarísimo que la parte que padeció la infracción del deber de información esté en condiciones de proporcionar.²⁷

2.5 Modelos de regulación

Procede analizar, en fin, a la luz de lo anterior, los modelos de regulación del presente grupo de casos que se contienen en el artículo 3.18 PU; en los artículos 4:106 y 4:117 PECL; y en los artículos II.- 3:109, II.- 7:204 y II.- 7214 DCFR.

Artículo 3.18 PU (Daños y perjuicios)

Independientemente de que el contrato sea o no anulado, la parte que conoció o debía haber conocido la causa de anulación se encuentra obligada a resarcir a la otra los daños y perjuicios causados, colocándola en la misma situación en que se encontraría de no haber celebrado el contrato.

Artículo 4:106 PECL: Información incorrecta

La parte que haya celebrado un contrato confiando en información incorrecta proporcionada por la otra parte podrá exigir una indemnización de daños y perjuicios conforme al artículo 4:117(2) y (3), incluso cuando la información no dé lugar a una facultad de

²⁷ En suma, y volviendo al ejemplo del apartado II.2.1, la «reducción del precio» que como regla podría lograr nuestro comprador, por compensación con la indemnización a que tendría derecho por la responsabilidad precontractual del vendedor, sería igual a $P - VR$ (y de no producirse *consequential losses*, podría no existir responsabilidad, por falta de daño, en la hipótesis de que $VR \geq P$). Ciertamente, el comprador podría obtener una reducción del precio mayor, mediante el específico remedio de ese nombre –la clásica acción *quantum minoris*– en caso de que $P - P \times VR/VI > P - VR$ (lo que sucederá siempre que $P < VI$, o sea, cuando el comprador hubiera comprado con rebaja); pero sólo si la falsa representación generada en el comprador por la infracción del deber precontractual de información debiera considerarse incorporada al contrato como un término del mismo. Por lo demás, se notará que el resultado de $P - P \times VR/VI$ no tiene por qué coincidir necesariamente con el resultado de $P - PH$.

Ahora bien, lo que sí nos enseña la jurisprudencia alemana que acabamos de mencionar es la conveniencia de que, en la regulación de los vicios del consentimiento en un futuro Código Latinoamericano de Contratos, se reconociera a la parte que contrató inducida por dolo, o por error esencial causado por la infracción por la otra parte de un deber precontractual de información, el remedio, opcional a la facultad de anulación, de pedir una «adaptación del contrato» como la que se prevé en el apartado (3) del Artículo 4:105 PECL y el apartado (3) del Artículo II.- 7:203 DCFR para el caso de error común a ambas partes. Ésta sería la manera técnico-jurídicamente correcta (y no deformar la lógica indemnizatoria que es propia de la responsabilidad precontractual) de atender a las exigencias de la razón práctica a las que obedece la repetida jurisprudencia alemana.

anular el contrato por error según el artículo 4:103, salvo que la parte que proporcionó la información tuviera razón para creer que la información era correcta.

Artículo 4:117 PECL: Indemnización de daños y perjuicios

(1) *La parte que anule un contrato conforme a este Capítulo podrá exigir de la otra parte una indemnización de daños y perjuicios que ponga a la parte que lo anuló en la situación más semejante posible a la que habría tenido si el contrato no se hubiera celebrado, siempre que la otra parte conociera o debiera haber conocido la existencia de error, dolo, intimidación u obtención de un beneficio excesivo o ventaja injusta.*

(2) *Si una parte tiene la facultad de anular un contrato conforme a este Capítulo, pero no la ejerce o la ha perdido a tenor de lo dispuesto en los artículos 4:113 [plazos de caducidad de la facultad de anulación] o 4:114 [confirmación] podrá exigir, con sujeción al apartado (1), una indemnización de daños y perjuicios limitada al perjuicio causado por el error, dolo, intimidación u obtención de un beneficio excesivo o ventaja injusta. La misma medida de indemnización de daños y perjuicios se aplicará cuando la parte fuera inducida a error por una información incorrecta en el sentido del artículo 4:106.*

(3) *En lo demás, y con las adecuadas adaptaciones, la indemnización de daños y perjuicios se regirá por las disposiciones relevantes del Capítulo 9, Sección 5 [Indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento de contrato].*

Artículo II.- 3:109 DCFR: Remedios por infracción de deberes de información

(1) [No relevante a los efectos del presente trabajo]

(2) *Cuando un empresario haya dejado de cumplir cualquiera de los deberes prescritos en los artículos precedentes de esta Sección, y se haya celebrado un contrato, el empresario tendrá aquellas obligaciones contractuales que la otra parte haya razonablemente esperado que tuviera a consecuencia de la omisión o la incorrección de la información. Los remedios previstos en el Libro III, Capítulo 3 [Remedios por incumplimiento de contrato] se aplicarán al incumplimiento de dichas obligaciones.*

(3) *Se haya celebrado o no un contrato, el empresario que ha dejado de cumplir cualquiera de los deberes prescritos en los artículos precedentes de esta Sección será responsable de cualquier perjuicio causado a la otra parte por tal falta de cumplimiento. Este apartado no se aplicará en la medida en que se disponga de un remedio por incumplimiento de una obligación contractual conforme al apartado precedente.*

(4) *Los remedios previstos en el presente Artículo no obstan a cualquier remedio que pueda corresponder conforme al artículo II.- 7:201 (Error).*

(5) *En las relaciones entre un empresario y un consumidor las partes no pueden, en perjuicio del consumidor, excluir la aplicación de este Artículo ni menoscabar o variar sus efectos.*

Artículo II.- 7:204 DCFR: Responsabilidad por perjuicios causados por la confianza en información incorrecta.

(1) *La parte que haya celebrado un contrato confiando razonablemente en información incorrecta proporcionada por la otra parte en el curso de las negociaciones tendrá derecho a una indemnización por el perjuicio sufrido como consecuencia, si el suministrador de la información:*

(a) *creía que la información era incorrecta o carecía de base razonable para creer que era correcta; y*

(b) *sabía o podía razonablemente esperarse que hubiera sabido que el receptor confiaría en la información al decidir si celebrar o no el contrato en los términos pactados.*

(2) *Este artículo se aplicará aunque no se tenga la facultad de anular el contrato.*

Artículo II.- 7:214 DCFR: Indemnización de perjuicios

(1) *La parte que tenga la facultad de anular un contrato conforme a esta Sección (o que tuviera dicha facultad antes de perderla por caducidad o confirmación) tiene derecho, sea el contrato anulado o no, a ser indemnizada por la otra parte de cualquier perjuicio sufrido a consecuencia del error, dolo, violencia, intimidación o explotación injusta, siempre que la otra conociera o pudiera esperarse razonablemente que conociera la causa de anulación.*

(2) *La indemnización procedente será la necesaria para poner a la parte perjudicada en la situación más semejante posible a aquella en la que esa parte se habría encontrado si el contrato no se hubiera celebrado, con la limitación añadida de que, si la parte no anula el contrato, la indemnización no podrá exceder el perjuicio causado por el error, dolo, violencia, intimidación o explotación injusta.*

(3) *En lo demás, se aplicarán, con cualquier adaptación que resulte adecuada, las reglas sobre indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento de una obligación contractual.*

Mis discrepancias más relevantes con los referidos modelos de regulación se centran en los apartados (2) y (3) del artículo II.- 3:109 DCFR. En el apartado (2), porque parece disponer que toda expectativa razonable sobre las futuras obligaciones contractuales del empresario que infringe un deber precontractual de información, generada en la otra parte incluso por la mera omisión de una información debida, habrá de entenderse incorporada al contrato, como un término del mismo; lo que, al menos para la contratación entre empresarios, carecería de buen sentido. Y respecto de lo previsto en el inciso final del apartado (3), dejé ya expresada, en el apartado II.2.3, la solución que estimo más correcta para la cuestión de la concurrencia entre los remedios de la responsabilidad contractual y la responsabilidad precontractual.

Ahora bien, es posible que la primera de las referidas discrepancias sea sólo aparente. De hecho, del Comentario oficial al artículo II.- 3:109 DCFR no resulta que en su apartado (2) se preconice una posición tan radical como arriba expuesta²⁸, que además no se compadecería con lo previsto, en materia de términos del contrato, en los artículos II.- 9:101 y 9:102 DCFR. Y el inciso final del apartado (3) del repetido Artículo II.- 3:109 no se encontraba en la *Interim Outline Edition* del DCFR de 2008; y en su *Full Edition*, en el Comentario oficial al Artículo II.- 7:214, puede leerse: «A veces, una declaración que se hace con dolo o que es incorrecta da también origen a una obligación contractual. En ese caso, el acreedor en la obligación puede elegir entre los remedios previstos en este capítulo y los remedios por incumplimiento de la obligación».²⁹ Lo que hace pensar que la cuestión de la concurrencia entre los remedios de la responsabilidad contractual y la responsabilidad precontractual no ha sido suficientemente meditada por los autores del DCFR.

El supuesto de hecho del Artículo 4:106 PECL y del artículo II.- 7:204 DCFR debería incluir también los casos de confianza en la «falta de información» precontractualmente debida. Y en lo demás, y prescindiendo de gustos personales sobre su redacción, los citados modelos de regulación resultan plausibles. Es claro que la expresión «limitada al perjuicio causado por el error, dolo, intimidación u obtención de un beneficio excesivo o ventaja injusta», del apartado (2) del artículo 4:117 PECL, y la equivalente «con la limitación añadida de que, si la parte no anula el contrato, la indemnización no podrá exceder el perjuicio causado por el error, dolo, violencia, intimidación o explotación injusta», en el apartado (2) del artículo II.- 7:214 DCFR, buscan evitar, sensatamente, que la parte que padeció la infracción del deber de información consiga trasladar al infractor del deber un perjuicio que no pueda considerarse causado por (*rectius*: objetivamente imputable a) esa infracción.³⁰ Y claro resulta también que la remisión contenida en

²⁸ En efecto, en *Principles, Definitions and Model Rules...*, cit., pag. 236, se dice al respecto: «Paragraph (2) reflects the general idea that information available in the pre-contractual context can have a bearing on the substance of a contract. Thus, if a contract has been concluded, failure to provide the required pre-contractual information, or to use the correct form, can affect the substance of the obligations assumed under the contract, and may result in the non-performance of contractual obligations».

²⁹ *Principles, Definitions and Model Rules...*, cit., pag. 529.

³⁰ Véase el *Ejemplo 5* del Comentario oficial al Artículo II.- 7:214 DCFR, en *Principles, Definitions and Mode Rules...*, cit., pág. 530. Acertadamente se ha prescindido, tanto en dicho Comentario como en el Comentario oficial al Artículo II.- 7:204 DCFR, págs. 489-490, del erróneo *Ejemplo 5*, que aparecía en el Comentario oficial al Artículo 4:106 PECL [cfr. P. BARRÉS BENLLOCH, J. M. EMBID IRUJO y F. MARTÍNEZ SANZ (eds.), *Principios del Derecho Contractual Europeo, Partes I y II*, Madrid 2003, pág. 358]: en dicho ejemplo, la indemnización a pagar al comprador debería ser 25.000 FF, no 10.000, salvo en

los apartados (3) de ambos artículos se dirige, respectivamente, a los artículos 9:504 y 9:505 PECL y a los artículos III.- 3:704 y 3:705 DCFR, con el fin de reducir la cuantía indemnizatoria en caso de culpa concurrente del perjudicado o de infracción de su deber de mitigar su daño³¹; no, en cambio, al artículo 9:503 PECL o al artículo III.-3:703 DCFR, sobre la previsibilidad del daño al tiempo de contratar, que es un criterio de imputación objetiva del daño exclusivo de la responsabilidad contractual.

III. CONCLUSIÓN

Existen ya modelos de regulación generalmente acertados, en los que pueden y, a mi juicio, deberían inspirarse las normas llamadas a disciplinar los grupos de casos más frecuentes de la responsabilidad precontractual en un futuro Código Latinoamericano de Contratos. No hay espacio en este campo –como seguramente tampoco en la inmensa mayoría de las materias que son propias del Derecho de los Contratos– para grandes innovaciones exigidas por una pretendida «idiosincrasia latinoamericana». Lo hay sólo para tomar decisiones normalmente nada dramáticas entre soluciones alternativas casi siempre perfectamente defendibles.

Ahora bien, para terminar, conviene insistir en una tesis cuya justificación ha ido quedando ilustrada en varios lugares de este trabajo, especialmente cuando se hacía referencia a las normas y a la jurisprudencia alemanas sobre la *culpa in contrahendo*. Hay que evitar que la responsabilidad precontractual sirva o continúe sirviendo de «herramienta oculta» con la que los Tribunales puedan «corregir» o eludir la aplicación de normas que se estiman incorrectas o inadecuadas en materia de responsabilidad extracontractual o de vicios de consentimiento; o puedan suplir, en esas y otras materias, la carencia de normas que se consideran necesarias. Porque, como nos enseñó Karl N. Llewellyn, «*covert tools are never reliable tools*».

NOTA BIBLIOGRÁFICA

Los mejores tratamientos generales de la materia en lengua española continúan siendo las monografías de C. ASÚA GONZÁ-

la rarísima hipótesis de que el vendedor lograra probar, sin lugar a duda razonable, que el comprador, de haber conocido el kilometraje real del coche, también lo habría comprado, y habría pagado por él un precio de 100.000 FF.

³¹ Véase el apartado (2) del artículo II.- 3:501 DCFR, transcrito *supra*, en la nota 15.

LEZ, *La culpa in contrahendo (Tratamiento en el Derecho alemán y presencia en otros ordenamientos)*, Bilbao 1989, y M.^a P. GARCIA RUBIO, *La responsabilidad contractual en el Derecho español*, Madrid 1991, en las que, además, podrá hallar el lector referencias muy completas a la mejor bibliografía española y europea hasta las fechas de sus respectivas publicaciones. Recientemente, E. BARROS BOURIÉ, *Tratado de responsabilidad extracontractual*, Santiago de Chile, 2006, pp. 1000 y siguientes; y M.^a P. GARCÍA RUBIO y M. OTERO CRESPO, «La responsabilidad precontractual en el Derecho contractual europeo», *Indret* 4 (2010) disponible en www.indret.com/pdf/731_es.pdf, con cita seleccionada de la bibliografía más reciente.

Un buen panorama del Derecho europeo comparado: J. CARTWRIGHT y M. HESSELINK (eds.), *Precontractual Liability in European Private Law*, Oxford, 2009; y del Derecho alemán: GRÜNEBERG, en *Palandt BGB*, 69.^a ed., Munich 2010, § 311. En fin, sobre la jurisprudencia alemana mencionada el apartado II.2.4, con abundantes referencias, C.H. KERSTING, «Die Rechtsfolge vorvertraglicher Informationspflichtverletzungen – Vertragsaufhebungsanspruch oder “Minderung” aus c.i.c.», en *Juristenzeitung*, 14 (2008), pp. 714 y siguientes, y H. HONSELL, «Negatives oder positives Interesse wegen Verletzung der Aufklärungspflicht bei culpa in contrahendo und Delikt», en *Perspektiven des Privatrechts am Anfang des 21. Jahrhunderts: Festschrift für Dieter Medicus zum 80. Geburtstag*, Colonia, 2009, pp. 181 y siguientes, disponible en www.honsell.at/Publikationen/FS%20Medicus.pdf.

