

InDret
REVISTA PARA EL
ANÁLISIS DEL DERECHO

WWW.INDRET.COM

La responsabilidad precontractual en el Derecho contractual europeo

María Paz García Rubio

Marta Otero Crespo

Facultad de Derecho
Universidad de Santiago de Compostela

BARCELONA, ABRIL DE 2010

*Abstract**

La preocupación doctrinal por la etapa que precede a la celebración de un contrato ha experimentado en los últimos años un incremento notable que corre paralelo con el aumento espectacular de las normas que, tanto a nivel estatal como internacional o comunitario, se detienen precisamente en esa fase de la vida del contrato. No debe extrañar, pues, que los nuevos parámetros obliguen a someter a revisión y análisis la figura de la responsabilidad precontractual o *culpa in contrahendo*, que tanto ha dado de sí en algunos ordenamientos, singularmente el alemán, y que los nuevos tiempos obligan a analizar también con nuevos ojos. La mención y comentario de las normas que en el ámbito comparado recogen los deberes propios de la negociación contractual y las consecuencias que acarrea su incumplimiento, así como el *aggiornamento* de los problemas que se plantean en los distintos grupos de casos que dan lugar a responsabilidad precontractual, constituyen los temas de este artículo.

This article deals with culpa in contrahendo from a comparative perspective, including national, international and communitarian regulations on the matter. During the last years there has been an increasing academic debate focused on the role and boundaries of this institution. Departing from its German roots we study the issue of precontractual liability and its impact primarily in some continental and anglosaxon legal systems, and secondly, in some recent texts like DCFR; we are also concerned with the duties at the precontractual stage and the consequences of the non-fulfillment of those in Comparative law, as well as the problems arising on the pockets of cases giving rise to precontractual liability.

Title: Precontractual Liability in European Contract Law

Palabras clave: responsabilidad precontractual, buena fe, deberes de negociación y confidencialidad, deberes de información, deber de confidencialidad, ruptura de tratos, interés negativo, interés positivo

Keywords: Precontractual liability, *Culpa in contrahendo*, Good faith and fair dealing, Negotiation and confidentiality duties, Duty of disclosure, Duty of confidentiality, Break off of negotiations, Negative interest, Positive interest

* Este trabajo se enmarca en las actividades de la "Red Española de Derecho Privado Europeo y Comparado" (REDPEC) (SEJ2006-27567-E/JURI), coordinada por el Profesor Dr. D. Miquel Martín Casals.

Sumario

1.Introducción

2.El desarrollo de la figura en el moderno Derecho europeo. De la literatura jurídica y la jurisprudencia al reconocimiento legal

2.1. Síntesis de la evolución en las dos últimas décadas

2.2. Reconocimiento en normas materiales de ámbito internacional del llamado *soft law*

2.2.1. Principles of European Contract Law (PECL)

2.2.2. Principios Unidroit

2.2.3. La relación precontractual en el Draft Common Frame of Reference (DCFR)

2.3. Reconocimiento en normas materiales de derecho interno

2.3.1. Bürgerliches Gesetzbuch (BGB)

2.3.2. Código civil de Cataluña

2.4. Reconocimiento de la figura en normas europeas de Derecho internacional privado (Reglamento Roma II)

3.La relación precontractual. Principios informadores y deberes dimanantes

3.1. La tensión entre los principios de libertad contractual y el principio de buena fe objetiva

3.2. Los deberes derivados de la buena fe precontractual

3.2.1. Deberes de información

3.2.2. Otros deberes de lealtad en la negociación

4.Los grupos de casos de culpa in contrahendo o responsabilidad precontractual y sus consecuencias jurídicas. La medida del resarcimiento

4.1. La ruptura injustificada de las negociaciones

4.1.1. Derecho comparado

4.1.2. Especial referencia al Derecho español

4.1.3. Síntesis

4.2. La celebración de un contrato inválido por violación de la buena fe precontractual

4.3. La celebración de un contrato válido que resulta desventajoso para la otra parte como consecuencia de la violación de los deberes precontractuales

5.Conclusiones

6.Bibliografía

7.Tabla de jurisprudencia citada

1. *Introducción*

Nacida y dejada crecer hasta límites muy extensos en el Derecho alemán, la *culpa in contrahendo*, o mejor aún, la responsabilidad precontractual, constituye, por su carácter esencialmente dinámico y por los nuevos contornos que la dibujan en el moderno proceso de construcción de un Derecho privado europeo, una figura sobre la que merece la pena seguir trabajando.

No sobra recordar, antes de dar los grandes trazos de esos nuevos contornos, los orígenes y las principales líneas de desarrollo de la mencionada institución.

El origen de la teoría de la *culpa in contrahendo* (c.i.c.) se remonta a la segunda mitad del siglo XIX, cuando Rudolf VON IHERING trató de responder a la cuestión de si la parte que había cometido un error esencial en la celebración de un contrato respondía frente a la otra del daño causado por su culpa¹. El análisis de las fuentes romanas le lleva a sostener que la parte que ocasiona la nulidad del contrato responde frente a la otra del daño causado por la anulación, no porque el contrato sea nulo, sino porque debiendo tener conocimiento de ello, no previno a la otra, causándole con ello un daño². La idea fue recogida por autores posteriores y recibida en diversos preceptos, tanto del *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB) como del Código civil suizo y el Código de Obligaciones de este mismo país, si bien en ninguno de ellos se formula un principio general de responsabilidad surgida en la fase precontractual³. Habrá que esperar hasta mediados del siglo XIX para que dicho principio se consagre expresamente en los arts. 197 y 198 del Código civil griego (1940), primero, y en los arts. 1.337 y 1.339 del Código civil italiano, poco después⁴. En las décadas siguientes se sumaron a la idea algunos otros códigos, como el portugués o el ZGB de la República Democrática Alemana.

Sin embargo, la vitalidad de la figura ha derivado mayormente de la práctica jurisprudencial alemana que, considerándola como un supuesto de responsabilidad basada en la confianza (*Vertrauenshaftung*), ha construido sus bases teóricas, ha extendido su ámbito de aplicación de manera inicialmente insospechada y ha servido, en mayor o menor medida, como modelo a la literatura jurídica y la jurisprudencia de buena parte de los países europeos hasta fechas muy recientes.

¹ VON IHERING (1861, pp. 1-113).

² El desarrollo de la teoría de IHERING está bosquejado en GARCÍA RUBIO (1991, pp. 27-30).

³ GARCÍA RUBIO (1991, pp. 34-36).

⁴ También en el § 45 del Código civil checoslovaco de 1950.

2. *El desarrollo de la figura en el moderno Derecho europeo. De la literatura jurídica y la jurisprudencia al reconocimiento legal*

2.1. Síntesis de la evolución en las dos últimas décadas

La línea gruesa de la evolución experimentada por la figura de la responsabilidad precontractual en el contexto europeo en las dos últimas décadas marca una señalada tendencia hacia el establecimiento expreso, en normas escritas de diverso contenido y alcance, de un deber general de actuar de conformidad con la buena fe en la fase precontractual, si bien en cierta medida de esa tendencia parece que se alejan, en el ámbito estrictamente interno, los ordenamientos del *Common Law*⁵, incluso en presencia de acuerdos que pretenden contractualizar la etapa prenegocial, como demuestra el caso *Walford v. Miles*⁶, sobre el que tendremos ocasión de volver.

En este sentido, cabe apuntar que dentro del marco europeo entendido en su sentido más amplio, que abarca los sistemas jurídicos estatales, el Derecho comunitario y el moderno *ius commune*, ya son abundantes y significativos los pasos dados para positivizar los deberes precontractuales, así como las consecuencias derivadas de su incumplimiento. Mencionaremos a continuación algunos de los hitos legislativos más importantes, tanto internos como comunitarios.

2.2. Reconocimiento en normas materiales de ámbito internacional del llamado *soft law*

2.2.1. Principles of European Contract Law (PECL)

Después de que el art. 1:201 PECL consagre, entre los deberes generales incluidos en la Sección 2 de su Capítulo 1, el principio general de buena fe y lealtad en los tratos⁷, los propios PECL contienen varios preceptos que resultan especificaciones concretas del mismo. Así, bajo la rúbrica *Responsabilidad por negociaciones*, la Sección 3 del Capítulo 2 incluye dos artículos que se denominan, respectivamente, *Negociaciones contrarias a la buena fe* (art. 2:301) y *Ruptura de la confidencialidad* (art. 2:302). A su vez, en el art. 4:106, relativo a la validez de los contratos, se

⁵ BEALE et al. (2002, p. 238).

⁶ [1992] 2 AC 128.

⁷ La versión oficial inglesa dice lo siguiente: “Article 1:201: Good Faith and Fair Dealing “(1) Each party must act in accordance with good faith and fair dealing. (2) The parties may not exclude or limit this duty”.

Según los comentaristas de los Principios, el término *good faith* tiene un sentido subjetivo y hace referencia a la representación mental de un individuo que actúa en la creencia de hacerlo de forma correcta, mientras que *fair dealing* alude a la connotación objetiva que implica la observancia de un determinado estándar de conducta (LANDO et al., 2000, p. 189). Los propios autores reconocen que ambas expresiones estarían cubiertas en francés por el término *bonne foi*, lo que también ocurriría en español, mientras que en alemán la expresión sería la conocida *Treu and Glaube* [véase, no obstante, ZIMMERMANN (2000, p. 30), que reserva el término para el sentido subjetivo, mientras que el objetivo sería *Guter Glaube*] Por su parte, VOGENAUER (2009, p. 174) señala que la combinación de términos *Good Faith and Fair Dealing* corresponde a la terminología del derecho contractual norteamericano, empleada en el UCC y en el *Restatement of Contracts*.

contiene un precepto dedicado al supuesto de celebración del contrato bajo la premisa de haber sufrido “información incorrecta”, claramente relacionado con otros preceptos de este mismo capítulo, como los arts. 4:107 y 4:109. Todos ellos inciden, sin duda, en el tema que nos ocupa.

En virtud del precitado art. 2:301:

- “(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 hubiera negociado o roto las negociaciones en forma contraria a la buena fe y a la lealtad, es responsable de las pérdidas causadas a la otra parte.
- (3) Es contrario a la buena fe y a la lealtad, en particular, que una de las partes inicie o continúe negociaciones sin intención real de alcanzar un acuerdo con la otra”⁸.

Aunque, a nuestro juicio, el tenor literal del citado art. 2:301 no deriva necesariamente en esa conclusión, puesto que en él se recoge con carácter general la prohibición de actuación contraria a la buena fe en la fase precontractual, los comentaristas de los PECL reservan el precepto a los supuestos en los que una de las partes inicia las negociaciones con la intención de no llegar a ningún acuerdo o bien para los de ruptura de las negociaciones contraria a la buena fe, mientras que sitúan en sede del capítulo que incluye el mencionado 4:106 los supuestos en los que una de las partes utiliza medios ilegítimos para alcanzar la celebración del contrato y efectivamente lo celebra⁹.

Desde luego, debe destacarse que el artículo reproducido comienza estableciendo el principio general de libertad de negociación y libertad de ruptura de las negociaciones sin necesidad de alegar razón alguna para ello, de suerte que la regla general es que no existe responsabilidad por el hecho de la ruptura antes de llegar a un acuerdo¹⁰. En el párrafo tercero se enuncian, como supuestos particulares¹¹ –por consiguiente, no exhaustivos– de actuación contraria a la buena fe, la iniciación o la continuación de las negociaciones sin una intención real de llegar a un acuerdo, añadiendo los comentaristas como supuesto de hecho el de la ruptura de las negociaciones contraria a la buena fe¹². Es el punto segundo el que enuncia la regla de responsabilidad precontractual y determina su alcance mencionando como montante de la indemnización las

⁸ Según la versión original: (1) *A party is free to negotiate and is not liable for failure to reach an agreement.* (2) *However, a party which has negotiated or broken off negotiations contrary to good faith and fair dealing is liable for the losses caused to the other party.* (3) *It is contrary to good faith and fair dealing, in particular, for a party to enter into or continue negotiations with no real intention of reaching an agreement with the other party*”. La traducción española recogida en el texto se corresponde con la realizada por DIEZ-PICAZO et al. (2002, p. 33).

⁹ LANDO et al. (2000, p. 189).

¹⁰ DIEZ-PICAZO et al. (2002, p. 198).

¹¹ “(...) *in particular (...)*”, dice claramente el precepto.

¹² LANDO et al. (2000, p. 190).

“pérdidas causadas a la otra parte”, entre las que los autores de los comentarios originales entienden que puede estar incluida, en algunos casos, la pérdida de otras oportunidades (de contratar)¹³, si bien estiman que en ningún caso la parte lesionada en sus intereses podrá exigir ser colocada en la posición en la que estaría de haberse celebrado y cumplido el contrato.

Por su parte, el art. 2:302 contiene lo que algunos autores consideran una regla especial de c.i.c. relativa a la violación de los deberes de confidencialidad cuando señala:

“Si en el curso de una negociación una de las partes facilita a la otra una información confidencial, esta última queda obligada a no revelar la información recibida, ni a utilizarla para sus propios fines, tanto si el contrato queda posteriormente concluido como si no. La inobservancia de este deber puede incluir una compensación por pérdida sufrida y la restitución del beneficio obtenido por la otra parte”¹⁴.

Por consiguiente, de nuevo la regla general es una regla de libertad: la de tratar la información recibida de la otra parte conegociadora como no confidencial. Ahora bien, si la información recibida se ha suministrado expresa, implícita o tácitamente, con el carácter de confidencial, el otro no puede revelarla ni utilizarla para sus propios fines, lo que supondría un caso concreto de actuación contraria a la buena fe. En este supuesto se interpreta que el art. 2:302 establece el derecho a un resarcimiento integral y una regla de restitución de beneficios que, para DÍEZ-PICAZO, es asimilable a la restitución de los enriquecimientos injustificados¹⁵ y es aplicable incluso si la otra parte no ha sufrido ningún daño¹⁶.

2.2.2. Principios Unidroit

Los [Principios Unidroit](#) sobre los contratos comerciales internacionales contienen, en su versión de 2004, normas que inciden también en los deberes propios de la fase anterior a la celebración de un contrato y recogen ciertas consecuencias de su incumplimiento¹⁷. En muchos casos se trata de

¹³ LANDO et al. (2000, p. 191). Parece que en contra, excluyendo cualquier otro elemento distinto de las pérdidas sufridas y en particular el lucro cesante, se manifiestan DIEZ-PICAZO et al. (2002, p. 199).

¹⁴ “If confidential information is given by one party in the course of negotiations, the other party is under a duty not to disclose that information or use it for its own purposes whether or not a contract is subsequently concluded. The remedy for breach of this duty may include compensation for loss suffered of the benefit received by the other party”.

¹⁵ DIEZ-PICAZO et al. (2002, p. 200; 2007, p. 314).

¹⁶ LANDO et al. (2000, p. 194).

¹⁷ La versión española de los Principios Unidroit se puede encontrar en <http://www.unidroit.org/english/principles/contracts/main.htm>. Según reza su Preámbulo, que recoge los *Propósitos de los Principios*: “Estos Principios establecen reglas generales aplicables a los contratos mercantiles internacionales. Estos Principios deberán aplicarse cuando las partes hayan acordado que su contrato se rija por ellos. Estos Principios pueden aplicarse cuando las partes hayan acordado que su contrato se rija por principios generales del derecho, la “lex mercatoria” o expresiones semejantes. Estos Principios pueden aplicarse cuando las partes no han escogido el derecho aplicable al contrato. Estos Principios pueden ser utilizados para interpretar o

disposiciones que guardan gran similitud con las que se acaban de reproducir en relación con los PECL.

En el art. 2.1.15, bajo la rúbrica Negociaciones de mala fe, se dice:

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

Por su parte, según el art. 2.1.16, rotulado Deber de confidencialidad:

“Si una de las partes proporciona información como confidencial durante el curso de las negociaciones, la otra 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”.

En los comentarios oficiales de ambos preceptos¹⁸ se resalta que el párrafo primero del art. 2.1.15 es lógica derivación del principio fundamental de libertad de contratación enunciado en el art. 1.1 de los propios *Principios Unidroit*¹⁹ y que se considera de suma importancia en el contexto del comercio internacional²⁰. El segundo y tercer párrafo del artículo son asimismo consecuencia del otro gran principio que caracteriza el Derecho contractual moderno: el de buena fe y lealtad negocial en el comercio internacional²¹. Éste es considerado una de las ideas básicas que se subrayan en los *Principios Unidroit*, que posee manifestaciones concretas a lo largo de su articulado y que se debe calificar como principio informador incluso en ausencia de previsión

complementar instrumentos internacionales de derecho uniforme. Estos Principios pueden ser utilizados para interpretar o complementar el derecho nacional. Estos Principios pueden servir como modelo para los legisladores nacionales e internacionales”.

¹⁸ INTERNATIONAL INSTITUTE FOR THE UNIFICATION OF PRIVATE LAW (UNIDROIT) (2004), *Unidroit Principles of International Commercial Contracts*, Roma (disponibles en <http://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2004/integralversionprinciples2004-e.pdf>).

¹⁹ De conformidad con el art. 1.1: “Las partes son libres para celebrar un contrato y para determinar su contenido”.

²⁰ Hasta el punto de que KLEINHEISTERKAMP (2009, p. 299), en su comentario al precepto, afirma que puede parecer trivial e incluso superfluo establecer una declaración como la antedicha, de suerte que la declaración esencial de la norma es la que establece la no responsabilidad por la falta de acuerdo.

²¹ Enunciado en el art. 1.7, bajo el rótulo de *Buena fe y lealtad negocial*, a tenor del cual: “(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”.

concreta al respecto²². Obsérvese que no se alude sin más a la buena fe o a la lealtad, sino que ésta se califica como la propia del comercio internacional, lo cual implica que los estándares aplicables no son los propios de uno u otro sistema nacional, sino aquéllos que sean generalmente aceptados por la mayor parte de ellos²³.

El precepto reproducido no impide, a falta de otro tipo de acuerdos, la realización de negociaciones paralelas, circunstancia que se considera perfectamente racional desde el punto de vista económico. Lo que sí se señala como situación particular contraria a la buena fe es la de entrar en o continuar negociaciones sin seria intención de alcanzar un acuerdo, si bien en los primeros comentarios se pone el énfasis en que hay otras posibles actuaciones calificables como de mala fe, como el inducir dolosa o negligentemente a error a la otra parte sobre las características o términos del contrato²⁴ o como la violación de deberes de información²⁵.

Los comentarios al segundo párrafo, que sanciona el deber de indemnizar los daños causados a la otra parte²⁶, estiman que el lesionado puede exigir el resarcimiento de los gastos ocasionados por la negociación, así como ser compensado por las pérdidas de oportunidad de concluir el contrato con un tercero, es decir, por el interés de la confianza o interés negativo. Sin embargo, se estima que, generalmente, no puede reclamar los beneficios que se hubieran derivado del contrato primeramente negociado (interés positivo), aunque se añade que las partes pueden haber pactado expresamente un deber de negociar de buena fe, en el cual puedan ser contemplados todos los remedios del incumplimiento, incluyendo también el derecho a exigir el cumplimiento.

Los comentaristas resaltan, sobremanera, el sometimiento del derecho a la ruptura de las negociaciones al principio general de buena fe y lealtad negocial. En el caso de que se haya producido una oferta, este derecho está limitado en los términos del art. 2.1.4 (2) (b) [Principios](#)

²² *Unidroit Principles* (2004, p. 18).

²³ *Unidroit Principles* (2004, p. 18).

²⁴ Situación que, por el contrario, para KLEINHEISTERKAMP (2009, p. 303), se gobierna por el art. 3.18 [Principios Unidroit](#) y no por el que ahora nos ocupa.

²⁵ Para KLEINHEISTERKAMP (2009, p. 300), la disposición normativa ofrece una solución intermedia que puede ser aceptable por las partes desde la mayoría de los ordenamientos jurídicos.

²⁶ KLEINHEISTERKAMP (2009, p. 302), pone de relieve la diferencia entre el tenor del art. 2:301 de los [PECL](#), que declara responsable a quien rompe las negociaciones de forma contraria a la buena fe y la lealtad y el art. 2.1.15 de los *Principios Unidroit* que exigen explícitamente que se rompan o interrumpan las negociaciones de mala fe, lo cual implica una actuación manifiestamente deshonesto o vejatoria para que surja la responsabilidad.

Unidroit²⁷. Pero, incluso cuando el proceso negociador no se haya realizado según la secuencia de oferta y aceptación, llega un momento en el que las partes dejan de tener la libertad de romper abruptamente sus negociaciones. Este punto de no retorno, que se va alcanzando de manera gradual, depende de las circunstancias del caso, en particular de la medida en que la otra parte, teniendo en cuenta la conducta de la primera, tenga razones para confiar en el resultado positivo de las referidas negociaciones, así como el número de temas relativos al futuro contrato sobre los que las partes ya han llegado a un acuerdo²⁸. Comentaristas posteriores mantienen una postura más liberal, de suerte que admiten la posibilidad de renuncia previa a la exigencia de la responsabilidad derivada del precepto que nos ocupa, puesto que en su opinión, las reglas generales que proscriben el fraude y la intimidación (arts. 3.8 y 3.9 **Principios Unidroit**), así como la prohibición de ir contra los actos propios (art. 1.8 **Principios Unidroit**) constituyen reglas imperativas suficientes para garantizar el nivel mínimo de protección²⁹.

El art. 2.1.16 **Principios Unidroit** alude al deber de confidencialidad en la etapa contractual que frecuentemente se formaliza a través de acuerdos expresos de confidencialidad. El precepto viene a significar que, incluso en ausencia de tales acuerdos explícitos, existe una obligación de reserva de la información obtenida durante la negociación precontractual si la misma ha sido suministrada como información confidencial, lo cual exige una labor de interpretación que puede depender, entre otras cosas, de la naturaleza y fin del contrato. Si la información no ha sido dada, expresa o implícitamente, como confidencial, las partes son libres de disponer de ella. La consecuencia de la ruptura de la obligación de confidencialidad, caso de existir, es de ordinario la indemnización de los daños de la confianza, esto es, del llamado interés negativo, aunque el precepto prevé que el beneficio obtenido por la otra parte pueda llegar a ser tomado en consideración para la determinación de la compensación debida³⁰.

Interesante es, asimismo, en relación con el tema que nos ocupa, el art. 3.18 de los **Principios Unidroit**, norma que ha sido calificada de *lex specialis* respecto al 2.1.15; a diferencia de éste, no necesariamente implica una actuación de mala fe y que debe ser reservado para toda actuación en la que concurra error o dolo en la fase precontractual³¹. Este precepto, ya en sede de validez de los contratos y bajo la denominación *Daños y perjuicios*, tiene el siguiente enunciado:

²⁷ Revocación de la oferta: “(1) La oferta puede ser revocada hasta que se perfeccione el contrato, si la revocación llega al destinatario antes de que éste haya enviado la aceptación. (2) Sin embargo, la oferta no podrá revocarse: (a) si en ella se indica, al señalar un plazo fijo para la aceptación o de otro modo, que es irrevocable, o (b) si el destinatario pudo razonablemente considerar que la oferta era irrevocable y haya actuado en consonancia con dicha oferta”.

²⁸ *Unidroit Principles* (2004, p. 61).

²⁹ KLEINHEISTERKAMP (2009, pp. 300-301).

³⁰ KLEINHEISTERKAMP (2009, p. 309).

³¹ KLEINHEISTERKAMP (2009, pp. 301-302).

“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”.

Del texto se deriva que la indemnización se debe aunque la parte no responsable no esté interesada en anular el contrato o, incluso, cuando esta anulación ya no sea técnicamente posible. En efecto, los primeros comentarios a la disposición destacan que los daños se deben con independencia de si el contrato ha sido o no invalidado, así como la diferencia entre los daños previstos en este precepto y los derivados del incumplimiento del contrato, pues mientras en este segundo caso se prevé un resarcimiento integral que incluye la compensación de todo tipo de daños, tanto patrimoniales como no patrimoniales (art. 7.4.2), aquí se alude exclusivamente al llamado interés negativo, que pone a la parte dañada en la misma posición en la que estaría si el contrato no se hubiera llegado a celebrar, lo que al decir de algunos no excluye necesariamente la pérdida de beneficios derivada de la imposibilidad de contratar con un tercero³².

2.2.3. La relación precontractual en el Draft Common Frame of Reference (DCFR)

El último de los ejemplos de normas de *soft law* destinadas a regular la fase precontractual nos lo muestra el *Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, donde se establecen los *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law*³³. Este trabajo, de naturaleza estrictamente académica³⁴, realizado a iniciativa de un nutrido grupo de juristas europeos, pretende, entre otros fines, servir de modelo para la elaboración del Marco Común de Referencia que fue previsto por la Comisión Europea en el llamado “Plan de acción para un Derecho Contractual Europeo más coherente” en enero de 2003³⁵. Ha sido elaborado a través del estudio y comparación de los sistemas jurídicos nacionales, tomando también como importante punto de apoyo los trabajos ya existentes tendentes a la armonización y/o unificación del Derecho privado europeo, muy señaladamente, las Directivas comunitarias en materia de protección de los consumidores y los PECL³⁶.

Pues bien, en el aludido DCFR se proclama la libertad y, en particular, la libertad de contratar, entendiendo por tal la norma según la cual las personas físicas y jurídicas son libres de decidir tanto si contratan o no, como el contenido de su contrato. El principio de libertad de contratación se enuncia como uno de los principios u objetivos nucleares (*core aims*) del Derecho privado

³² HUBER (2009, p. 484).

³³ Publicado en su segunda y más reciente edición preparada por el *Study Group on a European Civil Code* y el *Research Group on EC Private Law (Acquis Group)*, Sellier, Munich, 2009.

³⁴ Según se especifica en la Introducción (pp. 3-46) del propio DCFR en la publicación precitada.

³⁵ COM (2003), final, DOCE C 63/1.

³⁶ EIDENMÜLLER et al. (2008, pp. 659-708); CASTRONOVO (2009, pp. 559-571, espec. p. 560).

europeo, si bien también se admite que puede quedar en ocasiones sometido a límites o restricciones en virtud de las partes implicadas (por ejemplo, para evitar la discriminación) o, en relación a su contenido, por el desigual poder negociador de ambas. Con todo, ya en su formulación inicial, recogida en el precepto II-1:102 (1) se dice que “[l]as partes son libres de celebrar un contrato u otro acto jurídico y de establecer su contenido (...)”, añadiéndose seguidamente “(...) sometidas a cualquier norma imperativa aplicable”³⁷.

Prueba palpable del interés por la fase anterior a la celebración del contrato por parte de los académicos que han elaborado esta versión del [DCFR](#) es el número y extensión de las previsiones legales referidas a los deberes precontractuales a los que, bajo la rúbrica *Marketing and pre-contractual duties*, se dedica la práctica totalidad del Capítulo 3 del Libro II, con un total de trece extensos artículos³⁸. Destaca la enorme importancia que sus autores dan al deber precontractual de información que, como regla general, debe cubrir las expectativas razonables del destinatario de la misma y que no se limita al caso de los contratos con consumidores, sino que también se aplica a las relaciones entre profesionales cuando la provisión de información se corresponde con la buena práctica comercial [II-3:101, párrafos (1) y (2)]³⁹.

En concreto, en el marco de las relaciones con consumidores se especifica la necesidad de proporcionar la información que un consumidor medio necesita para, teniendo en cuenta el contexto, tomar una decisión informada sobre la conclusión del contrato (II-3:102). El deber de informar se intensifica cuando el profesional pretende la celebración de un contrato con un consumidor que está en una situación de particular desventaja, sea por el medio técnico empleado en la contratación, sea por la distancia existente entre profesional y consumidor o por la naturaleza de la transacción (II-3:103), y se establecen disposiciones especiales en relación con los deberes de información en contratos con contacto directo o a “distancia inmediata”, como el teléfono, los chats (II-3:103), o los contratos electrónicos (II-3:105). Se exige que la información reclamada en las precedentes disposiciones sea clara y precisa y esté expresada en un lenguaje simple y comprensible; en algunos supuestos se precisan además determinados requisitos de

³⁷ No deja de ser relevante destacar la desaparición en esta segunda versión del [DCFR](#) de la referencia expresa que se hacía en la primera edición de este mismo precepto a las reglas derivadas de la buena fe como límite a la autonomía de las partes, que fue duramente criticada por EIDENMÜLLER et al. (2008, pp. 678-679), porque según su criterio permitía un escrutinio judicial del contrato muy superior al reconocido en el Derecho de algunos países europeos.

³⁸ El capítulo 3 del Libro II está dividido en cinco secciones, referidas respectivamente a los deberes de información, el deber de prevenir errores inducidos, los deberes de negociación y confidencialidad, los bienes y servicios no solicitados y la indemnización debida por la violación de los deberes previstos en el mismo capítulo. Para LEHMANN (2009, p. 704) constituye una de las novedades más importantes del [DCFR](#) en el contexto comparado, en la medida en que significa la construcción del núcleo de una responsabilidad precontractual europea.

³⁹ Para GEEST / KOVAC (2009, p. 124), la referencia a las expectativas razonables es tautológica, pues lo que el consumidor puede razonablemente esperar depende de lo que la ley imponga hacer a los vendedores.

forma para que la información se considere correctamente suministrada (II-3:106)⁴⁰.

Especialmente interesantes por su condición de novedosas, y hasta cierto punto innovadoras, son las normas destinadas a establecer los remedios frente el incumplimiento de los deberes de información precontractual. En este sentido, además de recoger una regla en relación con los contratos con consumidores que se encuentran en especial situación de desventaja de conformidad con la cual, existiendo derecho de desistimiento por parte del consumidor e incumplimiento de los deberes de información por parte del profesional, el plazo de ejercicio del citado derecho de desistir del contrato no comenzará a correr hasta que la información haya sido efectivamente suministrada [II.-3:109 (1)]⁴¹, el DCFR contiene remedios aún más radicales. Así, en el II.-3:109 (2) se prevé el supuesto de que el contrato se haya llegado efectivamente a celebrar y el profesional no haya cumplido algunos de los deberes de información exigidos⁴², situación en la que el profesional queda obligado por el contrato a todo lo que la otra parte hubiera podido razonablemente esperar como consecuencia de la ausencia o defecto de la información⁴³. De este modo, el contenido contractual queda integrado, no sólo por el estricto acuerdo de las partes, sino también por las legítimas expectativas de la parte que ha visto violados sus derechos de información lo cual, según alguna opinión, supone transformar un mero deber en una garantía⁴⁴. Aún se da un paso más allá, pues el mismo párrafo inmediatamente precitado añade que el acreedor de los deberes de información incumplidos tiene a su disposición todos los remedios derivados del incumplimiento de las obligaciones, lo cual parece significar la transformación de los deberes de información en verdaderas obligaciones⁴⁵; o, en términos clásicos, que este supuesto concreto de responsabilidad precontractual está recibiendo el tratamiento de la

⁴⁰ Critican la amplitud de estos deberes, EIDENMÜLLER et al. (2008, pp. 695 y ss.).

⁴¹ Si bien se añade que en todo caso el derecho de desistimiento caducará un año después de la conclusión del contrato.

⁴² Sin distinguir según qué tipo de informaciones han fallado, lo que genera oposición en la literatura jurídica; así, EIDENMÜLLER et al. (2008, p. 697), quienes lamentan que el DCFR no haya puesto orden en la jungla de los deberes de información reconocidos en las Directivas comunitarias; también, en sentido similar, CASTRONOVO (2009, p. 570).

⁴³ "(...) *the business has such obligations under the contract as the other party has reasonable expected as a consequence of the absence or incorrectness of the information*".

⁴⁴ CASTRONOVO (2009, p. 570).

⁴⁵ CASTRONOVO (2009, p. 570). Para este autor, el precepto debe ser interpretado de modo que no se dé alcance general a la señalada transformación. Así, en su opinión, debe diferenciarse el supuesto que denomina de información interna, que sería la que contribuye a definir el contenido contractual, y de información externa, relativa a cuestiones accesorias como el mejor uso del bien. A su juicio, únicamente la violación de los deberes referentes a la primera daría lugar a los remedios del incumplimiento contractual, mientras que la segunda impondría únicamente la obligación de pagar los daños, se haya o no celebrado el contrato, como dice el párrafo tercero del mismo precepto.

genuinamente contractual. Ello debe compatibilizarse con lo establecido en el párrafo siguiente [II.-3:109 (3)], según el cual, haya sido o no celebrado un contrato, un profesional que ha incumplido con los deberes de información impuestos en los artículos precedentes es responsable de los perjuicios causados a la otra parte en la transacción, derivados de tal incumplimiento⁴⁶, lo que parece hacer alusión a la indemnización del interés de la confianza o interés negativo. Se establece así una general consecuencia derivada del incumplimiento de los deberes precontractuales de información, cual es la responsabilidad por la confianza derivada de todo tipo de daños causados a la otra parte como consecuencia del mentado incumplimiento, y ello con independencia de que haya llegado o no a existir vinculación contractual, si bien este remedio concurrirá con la posibilidad de exigir el cumplimiento (interés positivo) en los términos esperados por el afectado por el déficit de información en caso de que el contrato se haya llegado efectivamente a celebrar.

Por añadidura, se dejan a salvo los derechos derivados del error en el consentimiento contractual, siguiendo la senda de los PECL, y se declara expresamente que, en las relaciones entre empresarios y consumidores, las partes no pueden, en perjuicio del consumidor, excluir la aplicación de los remedios previstos, derogarlos o modificar sus efectos [II.-3:109 (5)]. Esto es tanto como decir que, en las relaciones con consumidores, no se admitirá la validez de las cláusulas de exoneración o limitación de la responsabilidad precontractual derivada de la ausencia o defectuosa información en la fase previa a la celebración del contrato⁴⁷.

La Sección 3 del Capítulo 3 del Libro II del DCFR recoge dos preceptos que ya nos resultan familiares, al estar claramente inspirados en los más arriba reproducidos arts. 2:301 y 2:302 PECL. El primero de ellos (II.-3:301) se rubrica *Negociaciones contrarias a la buena fe y la lealtad en los tratos* (*Negotiations contrary to good faith and fair dealing*)⁴⁸ y se compone de cuatro párrafos. El primero reitera el principio general, tantas veces referido, según el cual existe libertad de negociar y nadie es responsable por no haber llegado a un acuerdo. La relativa novedad del DCFR es que trae al párrafo segundo de este artículo regulador de las negociaciones precontractuales el deber general de actuar de conformidad con la buena fe. Lo declara además de naturaleza imperativa, al señalar que una persona incurso en negociaciones tiene el deber de negociar de acuerdo con la buena fe y la lealtad, y que tal deber no puede ser excluido o limitado por el contrato⁴⁹. El párrafo tercero establece que, quien ha violado el deber derivado de la buena fe y la lealtad, es responsable por

⁴⁶ "(...) is liable for any loss caused to the other party to the transaction by such failure".

⁴⁷ Interpretado a contrario parece que habría de concluir que las cláusulas exoneratorias o limitativas de la responsabilidad precontractual sí serían válidas en las relaciones entre profesionales.

⁴⁸ El Anexo I DCFR incluye la definición de *Good faith and fair dealing* con el siguiente tenor: "*Good faith and fair dealing refers to an objective standard of conduct characterised by honesty, openness and considerations for the interests of the other party to the transaction on relationship in question*". Por su parte, *Good faith* sin aditamentos es definida como "*a mental attitude characterised by honesty and absence of knowledge that an apparent situation is not the true situation*". Ambos términos aluden pues, respectivamente, a los conceptos de buena fe en sentido objetivo y subjetivo.

⁴⁹ "*A person who is engaged in negotiations has a duty to negotiate in accordance with good faith and fair dealing. This duty may not be excluded or limited by contract*".

cualquier pérdida causada a la otra parte como consecuencia de tal violación. Aunque tal vez sea hilar demasiado fino, merece la pena subrayar que la expresión ahora utilizada es *any loss*, lo que indudablemente hace referencia a cualquier tipo de daño y hace difícil la limitación *a priori* del alcance de la indemnización debida⁵⁰, cuestión siempre discutida cuando se habla de c.i.c., sobre todo en caso de ruptura de tratos. Por su parte, el párrafo cuarto repite la conocida regla según la cual es contrario a la buena fe y a la lealtad, en particular, iniciar o continuar negociaciones sin la real intención de llegar a un acuerdo con la otra parte, lo cual no excluye, por ejemplo, que también se considere contrario al mismo principio la falta de información o información insuficiente suministrada por una de las partes a la otra⁵¹.

El art. II.-3:302 [DCFR](#) se destina a la ruptura de la confidencialidad, siguiendo también las pautas que marcan otras reglas, como la concedida en el art. 2:302 [PECL](#). Conforme a esta nueva norma, si en el curso de las negociaciones una parte da a la otra una información confidencial, la otra parte tiene el deber de no comunicar dicha información y no puede usarla en su propio provecho, con independencia de que llegue o no a celebrarse entre ambas un contrato. El párrafo segundo define lo que es información confidencial, entendiendo por tal la que, por su naturaleza o las circunstancias en las que ha sido obtenida, la parte que la recibe sabe o podría razonablemente saber que es confidencial para la otra. Los dos párrafos siguientes establecen las consecuencias de la ruptura del deber de confidencialidad; incluso cuando una parte razonablemente puede anticipar la ruptura de tal deber puede obtener una orden prohibiendo la comunicación pública; por su parte, quien efectivamente viola tal deber es responsable y ha de pagar una indemnización a la otra por todos los daños causados por la ruptura, pudiendo ser obligado a pagar cualquier beneficio obtenido por esa misma razón.

Finalmente, la Sección 5, añadida en la segunda versión del [DCFR](#), se destina a regular la indemnización debida por la ruptura de los deberes establecidos en el Capítulo que venimos tratando. En concreto, el precepto que la compone (II.-3:501), bajo la rúbrica de responsabilidad por daños, afirma que las normas del capítulo que establecen la responsabilidad de una de las partes por daños derivados de los deberes establecidos otorgan a la otra parte el derecho a ser indemnizada por esos daños, lo que puede interpretarse como una remisión al Libro VI del propio [DCFR](#) (*Responsabilidad no contractual dimanante del daño causado a otro*), algunas de cuyas reglas consideran “daño jurídicamente relevante” precisamente el derivado de informaciones incorrectas (VI.-2:204), de la ruptura de deber de confidencialidad (VI.-2:205) y de la confianza en un consejo o información (VI.-2:207), haciendo en este último caso expresa mención a la realizada

⁵⁰ En el propio [DCFR](#), en el Capítulo 3 del Libro III, dedicado a los remedios frente al incumplimiento, el precepto destinado al derecho a la indemnización incluye un concepto de perjuicio absolutamente amplio, según el cual “‘Loss’ includes economic and non-economic loss. ‘Economic loss’ includes loss of income or profit, burdens incurred and a reduction in the value of property. ‘Non economic loss’ includes pain and suffering and impairment of the quality of life”. Este es también el concepto que se recoge en el Anexo I [DCFR](#), que contiene la definición de los conceptos jurídicos utilizados en el texto.

⁵¹ CASTRONOVO (2009, p. 569).

en el curso de los tratos. Se dice también que las normas de responsabilidad contractual relativas a los daños imputables al acreedor y al deber de reducir los daños por parte del deudor son también aplicables en este caso con las debidas adaptaciones.

2.3. Reconocimiento en normas materiales de derecho interno

2.3.1. Bürgerliches Gesetzbuch (BGB)

La importantísima reforma del Derecho de Obligaciones operada en el BGB en 2002⁵² tuvo como una de sus líneas de actuación la codificación del derecho privado de creación judicial y doctrinal, siendo precisamente el abundante desarrollo de la doctrina de la c.i.c. operado en este país a lo largo del siglo XX⁵³ uno de los ejemplos paradigmáticos de esta creación, puesto de relieve por la literatura jurídica⁵⁴.

Aunque en la versión original del BGB existían algunos supuestos concretos de la figura en cuestión⁵⁵, y ésta goza en el Derecho alemán de una larga tradición⁵⁶, la inclusión definitiva en el texto del BGB⁵⁷ se produce en el nuevo § 311, que pasa a denominarse *Relaciones negociales y obligatorias análogas (Rechtsgeschäftlich und rechtsgeschäftsähnliche Schuldverhältnisse Schuldverhältniss)*⁵⁸. El primer apartado transcribe literalmente el antiguo § 305, según el cual⁵⁹:

“[P]ara la constitución de una relación obligatoria por negocio jurídico, así como para la variación del contenido de una relación obligatoria, es necesaria la celebración de un contrato entre las partes interesadas, salvo disposición en contrario”.

En los dos párrafos siguientes se codifica la doctrina de la c.i.c. y se le da fundamento legal⁶⁰. El segundo párrafo recoge lo que la jurisprudencia y la doctrina designan como *geschäftlichen Kontakt ein Vertrauensverhältnis*, relación que expresamente se reconoce como obligatoria, aunque

⁵² A través de la *Schuldrechtsmodernisierungsgesetz*, que entró en vigor el 1 de enero de 2002, tras un largo proceso de elaboración.

⁵³ Emanación del proteico § 242 *BGB*, extendido a la fase precontractual, como señala ZIMMERMANN (2000, p. 27).

⁵⁴ En tal sentido, entre otros, VOGENAUER (2006, pp. 627-663, espec. pp. 643-645); destaca su enorme significado práctico, LOOSCHELDERS (2008, p. 63). También lo recogen como tal, entre los autores españoles, ALBIEZ DOHRMANN (2002, pp. 1135-1227) y LAMARCA (2002, pp. 2-10, espec. p. 7). Este último señala la opinión de una parte importante de los juristas alemanes en torno a la inconveniencia de convertir en derecho positivo las reglas surgidas de la praxis, pues tiene el riesgo de privarle de su potencial dinámico para resolver los problemas y corre el riesgo de obsolescencia, sin aportar nada nuevo ni mejor al derecho aplicado en Alemania.

⁵⁵ Así en §§ 179, 307 aF, 309aF, 523 I, 524 I, 600, 694. También se incorporó al § 11 Nr. 7 *AGBG aF.*, como se señala en SCHULZE et al. (2005, pp. 367 y ss.).

⁵⁶ LIEBLE (2008, p. 219).

⁵⁷ Donde es destacable que, a diferencia de lo que sucede con otros textos internacionales referidos *supra*, la figura no se liga de modo expreso con el principio de buena fe.

⁵⁸ La importancia real de esta incorporación legal es valorada de modo diferente por la literatura jurídica alemana, como ponen de manifiesto al recoger la codificación de la figura en el *BGB* en nuestra doctrina, ASÚA GONZÁLEZ / HUALDE SÁNCHEZ (2003, pp. 1415-1433, espec. pp. 1417-1418).

⁵⁹ El texto original alemán dice: § 311 *Rechtsgeschäftliche und rechtsgeschäftsähnliche Schuldverhältnisse*
 “(1) Zur Begründung eines Schuldverhältnisses durch Rechtsgeschäft sowie zur Änderung des Inhalts eines Schuldverhältnisses ist ein Vertrag zwischen den Beteiligten erforderlich, soweit nicht das Gesetz ein anderes vorschreibt.
 (2) Ein Schuldverhältnis mit Pflichten nach § 241 Abs. 2 entsteht auch durch
 1. die Aufnahme von Vertragsverhandlungen,
 2. die Anbahnung eines Vertrags, bei welcher der eine Teil im Hinblick auf eine etwaige rechtsgeschäftliche Beziehung dem anderen Teil die Möglichkeit zur Einwirkung auf seine Rechte, Rechtsgüter und Interessen gewährt oder ihm diese anvertraut, oder
 3. ähnliche geschäftliche Kontakte.
 (3) Ein Schuldverhältnis mit Pflichten nach § 241 Abs. 2 kann auch zu Personen entstehen, die nicht selbst Vertragspartei werden sollen. Ein solches Schuldverhältnis entsteht insbesondere, wenn der Dritte in besonderem Maße Vertrauen für sich in Anspruch nimmt und dadurch die Vertragsverhandlungen oder den Vertragsschluss erheblich beeinflusst”.

⁶⁰ PALANDT (2009, pp. 473-474).

lo sea sin deberes primarios de prestación⁶¹, en los términos que ahora recoge el § 241.2 BGB⁶². Según este apartado del § 311 BGB:

“Una relación obligatoria con deberes según lo previsto en el § 241, apartado 2 nace también mediante: 1. la iniciación de negociaciones contractuales. 2. la preparación de un contrato mediante el cual una parte concede a la otra, con vistas a una eventual relación negocial, la posibilidad de poder influir en sus derechos, bienes jurídicos o intereses, o se los confía o bien 3. contactos análogos de carácter negocial”⁶³.

El punto primero (*Aufnahme von Vertragsverhandlungen*) hace referencia al supuesto más clásico de c.i.c.⁶⁴. La mención a la preparación en el punto segundo (*Anbahnung*), sin duda de carácter más genérico⁶⁵, permite incluir en el ámbito de la c.i.c. situaciones encuadrables en un ámbito precontractual muy genérico, sin necesidad de precisar lo que se entiende por negociaciones o conversaciones, aludidas en el punto anterior⁶⁶. Por último, la alusión a otros contactos negociales opera a modo de cláusula residual abierta no muy clara, cuyo alcance requiere de una labor interpretativa para la que pueden servir de auxilio los dos supuestos anteriores⁶⁷ y donde pueden tener acogida supuestos ya reconocidos jurisprudencialmente que no caben en los dos precitados u otros nuevos susceptibles de ir apareciendo⁶⁸.

Finalmente, el tercer párrafo del § 311 BGB incorpora al texto legal la parte más innovadora de la

⁶¹ SCHULZE et al. (2005, p. 371), quien señala que en la relación obligatoria precontractual no existe ningún deber primario de prestación, sino únicamente deberes de protección, cuyo contenido y extensión depende de cada relación particular.

⁶² “§ 241 (1) Kraft des Schuldverhältnisses ist der Gläubiger berechtigt, von dem Schuldner eine Leistung zu fordern. Die Leistung kann auch in einem Unterlassen bestehen. (2) Das Schuldverhältnis kann nach seinem Inhalt jedem Teil zur Rücksicht auf die Recht, Rechtsgüter und Interessen des anderen Teils verpflichten“. Según este segundo y nuevo apartado, el contenido de la relación obligatoria puede obligar a que cada parte tenga en consideración los derechos, bienes jurídicos e intereses de la otra parte.

⁶³ Remisión que también ha de completarse con otra implícita al § 280.1 BGB, donde se permite al acreedor exigir indemnización en caso de lesión de un deber que nazca de una relación obligatoria: SCHULZE et al. (2005, p. 368).

⁶⁴ LOOSCHELDERS (2008, p. 64).

⁶⁵ De modo que este punto segundo se puede considerar el supuesto de hecho fundamental del § 311-2 BGB, del cual los números 1 y 3 constituirían reglas especiales (PALANDT, 2009, p. 475).

⁶⁶ ASÚA GONZÁLEZ / HUALDE SÁNCHEZ (2003, p. 1422).

⁶⁷ LEIBLE (2008, p. 225).

⁶⁸ LOOSCHELDERS (2008, p. 65). ALBIEZ DOHRMANN (2002, p. 1192) distingue entre los tres supuestos diciendo que, en el primero, se puede concluir en un contrato o no; el segundo supone simplemente una invitación a contratar, un primer contacto para captar posibles contratantes, y el tercero un supuesto residual que no tenga cabida en los otros dos y que implica un simple contacto negocial, aunque no sea negociando o invitando a contratar, lo que significa una amplitud que, aunque deseable, no deja de ser oscura en algunos casos concretos.

figura, al regular la c.i.c. de terceros distintos de las partes negociadoras según el siguiente tenor:

“[u]na relación obligatoria con deberes según lo previsto en el § 241, apartado 2, puede producirse entre personas que no vayan a ser luego parte en el contrato. Tal relación obligatoria se produce especialmente cuando un tercero reclama para sí una confianza especial y a través de ésta influye considerablemente en las negociaciones del contrato o en su perfeccionamiento”.

El supuesto se formula de modo extraordinariamente amplio y va más allá de situaciones clásicas de c.i.c. de terceros, como la del *falsus procurator*, si bien existen autores que, a pesar del nuevo texto legal, estiman que sólo se refiere a la c.i.c. de terceros que actúen como representantes o como auxiliares en las negociaciones de las partes. Para otros, la confianza de la que se sirve una tercera persona para que otros contraten no es la confianza normal que se exige en los contratos, sino una confianza especial, como sucede, por ejemplo, cuando el tercero manifiesta que garantiza o asegura la relación obligatoria que va a constituir. Así, también entraría en el supuesto de c.i.c. el tercero que informa a los contratantes cuando no hay un contrato establecido con ellos si bien, por la cualificación profesional y la neutralidad del tercero, los contratantes confían en él para contratar. De ser así, cabría preguntarse si el nuevo texto del BGB incluiría en su seno la responsabilidad de terceros por informaciones y consejos causantes de daños⁶⁹, es decir, supuestos de daños puramente económicos que, cuando son reconocidos en ciertos ordenamientos frente a terceros, lo hacen habitualmente por vía extracontractual⁷⁰. En fin, el supuesto normativo es tan abierto que permite no sólo la legitimación pasiva, sino también la legitimación activa de los terceros⁷¹, de modo que, por sus amplios y abiertos contornos, la figura aquí codificada es una invitación a seguir el desarrollo de la evolución jurisprudencial⁷².

La indemnización debida en caso de violación de la relación obligatoria ahora codificada en el § 311.2 y 3 BGB cuando cause un daño supone, tras la remisión implícita al § 241.1 BGB, que podrá exigirse una indemnización con base en el § 280.1 BGB, precepto en el que ahora se establece una fórmula general de responsabilidad obligacional⁷³, si bien las concreciones y particularidades

⁶⁹ Parece que hay precedentes jurisprudenciales en materia de asesores y expertos: EMMERICH (2007, pp. 655 y ss.).

⁷⁰ Este tipo de daños se incluyen entre los supuestos de responsabilidad no contractual derivada del daño causado a otro en el DCFR, al que más adelante se hará mención (VI. 2:207). No obstante, para la mayor parte de la doctrina alemana, la responsabilidad del experto (*Gutachter*) frente a terceros se canaliza a la través de la figura del *Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter* (PALANDT, 2009, p. 481).

⁷¹ Supuestos que ya cuentan con precedentes en la jurisprudencia del Tribunal Supremo Federal alemán (BGH), si bien en relación con los llamados deberes de protección: ASÚA GONZÁLEZ / HUALDE SÁNCHEZ (2003, p. 1425).

⁷² ALBIEZ DOHRMANN (2002, p. 1193).

⁷³ *Verletzt der Schuldner eine Pflicht aus dem Schuldverhältnis, so kann der Gläubiger Ersatz des hierdurch entstehenden Schadens verlangen. Dies gilt nicht, wenn der Schuldner die Pflichtverletzung nicht zu vertreten hat*, lo que viene a decir que, si el deudor lesiona un deber surgido de la relación obligatoria, el acreedor puede exigir la indemnización

para cada supuesto de c.i.c. quedarán en el ámbito de la aplicación jurisprudencial⁷⁴.

2.3.2. Código civil de Cataluña

Tras varios pasos previos que traen su causa en el art. 149.1.8^a CE y en la asunción de competencias por parte de la Comunidad Autónoma de Cataluña en su [Estatuto de Autonomía](#) se inició un proceso de desarrollo del derecho civil propio cuyo paso más importante ha sido la elaboración progresiva de un Código civil de Cataluña. Pues bien, esta elaboración se inició con la publicación de la [Ley 29/2002, de 30 de diciembre, denominada primera Ley del Código civil de Cataluña](#)⁷⁵, por la que se establece la estructura y sistemática del nuevo Código, se aprueba el Libro I del mencionado Código civil y se incluye una disposición, el art. 111-7, según la cual, bajo el epígrafe *Buena fe*, dice:

“[E]n las relaciones jurídicas privadas deben observarse siempre las exigencias de la buena fe y de la honradez en los tratos”.

De este modo, según reza el Preámbulo de la Ley, el artículo 111-7 incorpora una norma sobre la buena fe porque en la tradición del derecho catalán, en la línea del derecho continental europeo del que forma parte, es un principio que tiene carácter general y que, por lo tanto, no puede limitarse al ámbito contractual. También se refiere a la honradez de los tratos, como concepto diferenciado, porque, de acuerdo con la más reciente evolución del derecho privado europeo, quiere destacar su aspecto objetivo, independiente del conocimiento o la ignorancia de cada uno de los sujetos de la relación jurídica.

2.4. Reconocimiento de la figura en normas europeas de Derecho internacional privado (Reglamento Roma II)

Aunque no constituye una norma de derecho material, la inclusión expresa de la figura que nos viene ocupando en un artículo del [Reglamento \(CE\) núm. 864/2007, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales \(“Roma II”\)](#)⁷⁶, constituye una muestra más de su creciente consolidación en el derecho legislado.

En efecto, el art. 12, bajo la prístina denominación de *culpa in contrahendo*⁷⁷, contiene dos párrafos,

por el daño causado. Esto no sucederá si el deudor no ha sido responsable de la lesión del deber en cuestión.

⁷⁴ ASÚA GONZÁLEZ / HUALDE SÁNCHEZ (2003, p. 1429).

⁷⁵ BOE de 6 de febrero de 2003.

⁷⁶ DOCE L 199/40, de 31 de julio de 2007.

⁷⁷ Señala ARENAS GARCÍA (2008, p. 4) que la expresión *culpa in contrahendo* se utiliza en las versiones española, inglesa, francesa, italiana y portuguesa, mientras que en la versión holandesa el término utilizado es el de

del que nos interesa destacar especialmente el contenido del primero, conforme al cual:

“[L]a ley aplicable a una obligación extracontractual que se derive de los tratos previos a la celebración de un contrato, con independencia de que el contrato llegue o no a celebrarse realmente, será la ley aplicable al contrato o la que se habría aplicado al contrato si este se hubiera celebrado”⁷⁸.

La norma en cuestión constituye una novedad a nivel comparado⁷⁹ y, no tanto en su contenido como en su oportunidad, tiene su antecedente más inmediato en la STJCE de 17 de septiembre de 2002⁸⁰. En esta decisión, el tribunal comunitario no califica de forma global la figura de la responsabilidad precontractual, sino que únicamente constata que, en el supuesto concreto de ruptura de las negociaciones, no existe un compromiso libremente asumido por las partes que permita considerarla como contractual. Tal parece la concepción genérica que recibe ahora la figura recogida por vez primera en un texto positivo de Derecho internacional privado general que no termina de convencer a la doctrina consciente de la heterogeneidad de los supuestos

responsabilidad precontractual y, en la alemana, es “culpa por negociaciones contractuales”.

⁷⁸ El párrafo segundo contiene una serie de normas subsidiarias para el caso de que la ley aplicable no pudiera determinarse mediante el apartado 1.

⁷⁹ ARENAS GARCÍA (2008, p. 5).

⁸⁰ STJCE 17.9.2002 (Asunto C-334/00), *Fonderie Oficien Meccaniche Tacconi Spa v. H. Wagner Sinto Maschinenfabrik GMBH (HWS)*. La respuesta dada por el Tribunal en este caso, interpretando lo que era “materia contractual” en el art. 5.1 del Convenio de Bruselas, puede parecer en principio la contraria de la que después se adoptó como solución legal en Roma II, aunque en realidad no es así, pues de hecho se trata de un Reglamento relativo a obligaciones extracontractuales. En el caso, *Tacconi*, la empresa italiana, y la Comisión defendían que la responsabilidad precontractual se hallaba incluida en el art. 5.3 del mencionado Convenio, esto es, en la materia delictual o cuasidelictual, porque no tenía su origen en compromisos libremente asumidos por las partes; por su lado, HWS, la empresa alemana que se enfrentaba en el litigio principal a la aludida italiana, afirmaba que la responsabilidad precontractual tenía una naturaleza diferente de la delictual o cuasidelictual, pues ésta última se aplica a cualquier persona que contravenga la norma general de no dañar a otro y que atente contra unos derechos calificados como absolutos (según la concepción, evidentemente, alemana), mientras que la responsabilidad precontractual sólo puede imputarse a una persona que mantenga una estrecha relación con la persona perjudicada, a saber, la relación resultante de la negociación de un contrato, de suerte que en su opinión los criterios especiales de competencia del art. 5 mentado no podrían aplicarse a la responsabilidad precontractual, que quedaría sometida a la regla general del art. 2. La respuesta del Tribunal de Justicia, además de afirmar la necesidad de interpretar los términos del Convenio como conceptos autónomos, estima que, si bien el art. 5 número 1 no exige la celebración de un contrato, para que se aplique dicha disposición resulta indispensable identificar una obligación, lo que no estima que se dé en el caso de la obligación de reparar el perjuicio supuestamente derivado de una ruptura injustificada de las negociaciones, pues dicha obligación de reparación únicamente puede resultar de la infracción de normas jurídicas, en particular, de la que obliga a las partes a actuar de buena fe en las negociaciones encaminadas a la celebración de un contrato. El Tribunal descarta, así, su naturaleza contractual, estimando por el contrario que la acción sí puede entenderse comprendida en la materia delictual o cuasidelictual, en el sentido del art. 5, número 3 del Convenio de Bruselas. Sobre esta decisión, REQUEJO ISIDRO (2002, pp. 878-888) y MANKONWSKI (2003, pp. 127-135).

incluidos bajo el término⁸¹.

Por otro lado, tanto o más interesante que el texto del precepto reproducido es, a los efectos que ahora nos interesan, el contenido del Considerando núm. 30 del referido [Reglamento Roma II](#), conforme al cual:

“[L]a *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 o cualquier otra disposición pertinente del Reglamento”.

A nuestro juicio, son varias las consecuencias interesantes que pueden deducirse del párrafo reproducido. En primer lugar, el reconocimiento del carácter autónomo de la c.i.c. en el seno del Reglamento y, en consecuencia, su independencia de las legislaciones nacionales, supone la asunción implícita de que se trata de una figura de contornos y características heterogéneas en los distintos derechos materiales internos, por lo que su concepto en el seno de esta norma se ha de independizar del propio de cada sistema nacional. Ello no obstante, claramente apuesta porque se trata de supuestos de “obligaciones extracontractuales” en el sentido del Reglamento, si bien únicamente pueden ser consideradas obligaciones extracontractuales surgidas de la c.i.c. y sometidas, por tanto, como principio general, a la ley aplicable al contrato, aquéllas que posean un “vínculo directo” con los tratos previos, incluyendo en este supuesto la violación del deber de información y la ruptura de tratos, y excluyendo explícitamente, por el contrario, las lesiones personales sufridas por una persona en el curso de unas negociaciones que, parafraseando el Considerando 30, no estarían vinculadas directamente con los tratos y quedarían fuera del marco de la c.i.c. para insertarse en el precepto del [Reglamento Roma II](#) que resulte adecuado. Ello excluye de este régimen los casos derivados de los llamados “deberes de protección” nacidos en la doctrina y jurisprudencia alemanas a partir del conocido caso *Linoleum*, los cuales también en nuestra opinión deben quedar al margen de la figura de la responsabilidad precontractual, cuestión sobre la que más adelante volveremos. Los supuestos más complejos de ubicar en el sistema son, probablemente, los derivados de la nulidad del contrato que tiene su origen directo en la fase de tratos previos y, más en concreto, los que tienen su origen en la violación del deber de información precontractual, supuesto que discutiblemente puede calificarse de “extracontractual” en el sentido aludido en el mentado Considerando núm. 30 del [Reglamento Roma II](#)⁸².

⁸¹ ARENAS GARCÍA (2008, p. 11), donde pone además de manifiesto la existencia de decisiones aparentemente contrarias a la solución adoptada en la propia jurisprudencia comunitaria, en concreto, la STJCE 11.7.2002 (Asunto C-96/00), *Rudolf Gabriel*.

⁸² ARENAS GARCÍA (2008, p. 14), partidario de situar el supuesto en el seno de Roma I.

Por otro lado, se ha dicho que la solución adoptada por el art. 12.1 [Reglamento Roma II](#) establece un puente entre la calificación extracontractual de la responsabilidad precontractual y su vinculación con la materia contractual⁸³ el cual, sin embargo, resulta discutiblemente adaptado al supuesto más relevante de c.i.c., cual es la ruptura injustificada de negociaciones, y favorece al oferente de bienes y servicios respecto de la otra parte negociadora, si bien tal solución puede ser evitada *a priori* con el recurso a la autonomía de la voluntad previsto en el art. 14 del citado [Reglamento Roma II](#), que también puede tener virtualidad en el caso de c.i.c.⁸⁴.

3. *La relación precontractual. Principios informadores y deberes dimanantes*

3.1. *La tensión entre los principios de libertad contractual y el principio de buena fe objetiva*

Como ha sido puesto de manifiesto en los apartados anteriores al mencionar las abundantes normas que se ocupan de la cuestión en los textos modernos, y con los matices que se han expuesto en relación con algunos ordenamientos, señaladamente el alemán, se pudiera decir que, antes de llegar al acuerdo contractual, no existe en puridad una relación jurídica generadora de derechos y obligaciones entre las partes⁸⁵. Ello es así puesto que en la fase previa a la vinculación contractual, rige el principio de libertad contractual, vertebrador de cualquier ordenamiento privado moderno⁸⁶, incluido el Derecho privado europeo⁸⁷ y que en el ordenamiento español, como en otros vecinos, cuenta incluso con respaldo constitucional⁸⁸.

⁸³ ARENAS GARCÍA (2008, p. 14).

⁸⁴ ARENAS GARCÍA (2008, pp. 15 y ss.), con argumentación más extensa.

⁸⁵ En tal sentido se manifiesta BARROS BOURIE (2007, pp. 1003-1004), quien estima que mientras no haya consentimiento no nacen obligaciones contractuales entre las partes, sino deberes de cuidado, si bien matiza que no se trata de los mismos deberes de cuidado que se tienen respecto de terceros extraños absolutos, sino de deberes impuestos por el contacto negocial.

⁸⁶ Así, por ejemplo, en el art. 15 del *Projet français de réforme du droit des contrats* de 2008 se dice expresamente que cada uno es libre de contratar o de no contratar.

⁸⁷ Señala SCHULZE (2006, pp. 29-58, espec., p. 31) que uno de los principios generales básicos del derecho comunitario es la libertad de contratación, añadiendo que su carácter europeo viene propiciado por la coincidencia que sobre este punto manifiestan todos los Estados miembros, pero, sin duda, también viene dado por el hecho de que en sí mismo representa un principio autónomo del Derecho privado comunitario, resultante de los valores en que se inspiran los TUE y TCE, puesto que la filosofía en que se inspira la economía de mercado y el libre comercio entre los Estados miembros lleva consigo la autodeterminación, tanto para determinar si se desea concluir un contrato, como para fijar su contenido.

⁸⁸ Por lo que atañe al Derecho español, este respaldo se puede ubicar en el art. 38 del texto constitucional (libertad de empresa en el marco de una economía de mercado) e incluso en el art. 10 (dignidad de la persona, de la que deriva su derecho de autodeterminación).

Aunque determinar el contenido de la libertad contractual no esté exento de dificultades⁸⁹, al objeto que ahora nos atañe parece claro que incluye la libertad de entablar negociaciones y, en su caso, contratar con quien y con el contenido que se desee⁹⁰, así como la de autotutelar los propios intereses en todas las fases de la vida del negocio, incluyendo la anterior a su celebración. Todo ello supone, entre otras cosas, que en principio existe libertad para romper las negociaciones sin incurrir por ello en responsabilidad.

Sin embargo, ni el principio de libertad contractual ni ningún otro tienen carácter absoluto y en la fase que nos ocupa parece que, al menos en los sistemas continentales, puede llegar a contraponerse a otro principio de máxima importancia: aquél que obliga a actuar de conformidad con la buena fe⁹¹. En la mayor parte de los ordenamientos europeos este último principio no solamente actúa en la fase de celebración y cumplimiento del contrato, sino que, según la tesis iniciada con éxito en su día por CANARIS, se extiende desde que se produce el primer contacto entre las partes hasta los últimos efectos de la transacción⁹², de tal suerte que también cabe hablar de una fase postcontractual, la cual en algunos aspectos actuaría a modo de imagen en el espejo respecto de la precontractual⁹³. La aplicación de este principio en todas las fases del contrato supone, al decir de algunos, la adopción de un modelo de Derecho contractual de cooperación, por oposición al más clásico y liberal de antagonismo entre las partes⁹⁴.

⁸⁹ Son muy interesantes las apreciaciones de SCHULZE (2006, p. 33) cuando, en relación con aquellas disposiciones imperativas de derecho comunitario que inciden sobre la libertad de contratar, aparentemente para limitarla, como sucede con las disposiciones destinadas a compensar ciertas ventajas estructurales que tiene una de las partes, señala que su objetivo es precisamente el aseguramiento de tal libertad, de suerte que en definitiva los límites a tal libertad son su garantía.

⁹⁰ FLÜME (1998, p. 46). En el ya aludido *Projet francés* de 2008 se afirma que la libertad contractual incluye la de elegir al cocontratante, así como la de determinar el contenido y la forma del contrato (art. 16).

⁹¹ Como dice CANARIS (1998, pp. 151-152), pertenece a la esencia misma de los principios generales del derecho el entrar frecuentemente en conflicto los unos con los otros y empujar a soluciones contrapuestas cuando cada uno de ellos se toma por sí solo. Por consiguiente, ha de alcanzarse un compromiso con arreglo al cual se asigne a cada principio un determinado ámbito de aplicación, de forma que se limiten recíprocamente sin romper la coherencia del sistema. Por ello, el autor germano distingue entre contraposiciones y contradicciones de principios, y señala que la expresión contradicciones entre principios debe reservarse para las auténticas contradicciones, esto es, las contradicciones valorativas que dañan la coherencia y unidad internas del ordenamiento jurídico, su armonía, y que, por tanto, deben ser, en lo posible, evitadas o eliminadas. El caso que nos ocupa es, siguiendo esta terminología, un paradigma de “contraposición” de principios.

⁹² Su fundamento se ve, como CANARIS extensivamente argumenta en su trabajo de habilitación en 1971, en un principio de confianza que constituye un aspecto del principio general de buena fe establecido en el § 242 del CC.

⁹³ ERP (2004, p. 364).

⁹⁴ WILHELMSSON (1999, p. 182).

En el caso español, la jurisprudencia reconoce ya sin ambages la aplicación del principio de buena fe en la fase preparatoria del contrato⁹⁵. No parece que ocurra otro tanto, sin embargo, en el ámbito del *common law*, donde de forma coherente con su escasa afición por las cláusulas y los conceptos generales, no se reconoce la existencia de un deber general de buena fe tampoco en la fase precontractual⁹⁶, según ha afirmado su más conspicua jurisprudencia⁹⁷, si bien existen mecanismos que conducen a resultados que pueden considerarse en cierta medida parangonables con los derivados de la aplicación práctica del principio general en cuestión.

Cabe apreciar no obstante que, en aquellos sistemas donde es reconocido, se plantean dificultades para la concreción del contenido del principio general de buena fe objetiva aplicado a la fase precontractual. Nos hallamos ante una genuina cláusula general y, como es sabido, es característico de este tipo de figuras el estar necesitadas de relleno valorativo, lo cual es tanto como decir que por sí mismas no indican los criterios que para su concreción se necesitan, de modo que éstos sólo pueden establecerse “en atención al respectivo caso concreto”⁹⁸. Por ello, bien puede decirse que el contenido de una cláusula general nunca se agota o cierra⁹⁹. Aún así, tanto la literatura jurídica como la jurisprudencia, especialmente las alemanas que se han ocupado ampliamente del tema, no cejan en el empeño de diseccionar los diferentes deberes que surgen en la fase precontractual y que vendrían a suponer concreciones dimanantes de la cláusula general de buena fe. A ellos vamos a hacer seguidamente alusión.

3.2. Los deberes derivados de la buena fe precontractual

Creemos que, tras lo antedicho, se puede afirmar que el elenco de deberes derivados de la buena fe en la fase precontractual susceptibles de generar responsabilidad por su violación puede llegar a ser casi tan extenso como se desee. No obstante, existen ciertos deberes más concretos que ya pueden considerarse típicos y que se vienen repitiendo tanto entre los autores que estudian el

⁹⁵ Así, por ejemplo, la STS 31.10.2001 (RJ 2001\9639), que cita la de STS, 1ª, 26.2.1994 (RJ 1994\1198).

⁹⁶ Es generalmente admitido que el derecho inglés no reconoce la existencia de un principio general de buena fe durante las negociaciones precontractuales, e incluso en su formulación más extrema rechaza la noción de deberes entre las partes negociadoras, más allá de los que puedan surgir de las promesas vinculantes o del concepto de *misrepresentation*: WHITTAKER (2000, pp. 39-48); CARTWRIGHT (2007, p. 537); con matices, BANAKAS (2009, pp. 4-8).

⁹⁷ En *Walford v Miles* ([1992] 2 AC 128), en la que Lord ACKNER afirma que “*a duty to negotiate in good faith is as unworkable in practice as it is inherently inconsistent with the position of a negotiating party*”.

⁹⁸ En palabras del propio CANARIS (1998, p. 93).

⁹⁹ Como muy bien señala SINDE MONTEIRO (2003, pp. 5-14, espec., p. 10). En similar sentido, BARROS BOURIE (2007, p. 1001), cuando dice que no es posible definir con precisión el deber de negociar de buena fe, porque la buena fe es un estándar abierto. La considera una norma totalmente abierta, hasta el punto de calificarla de “no norma”, HESSELINK (2004, p. 473).

tema, como en los textos que lo recogen.

Durante mucho tiempo, gran parte de la literatura jurídica, influida sin duda por el peso de la doctrina y la jurisprudencia alemanas, ha incluido entre tales deberes precontractuales los llamados deberes de protección¹⁰⁰. La idea de que en la fase precontractual nacen este tipo de deberes entre las partes que entran en negociaciones con vistas a la celebración de un contrato surge a partir del famoso caso *Linoleum*, que se remonta a 1911¹⁰¹, y es desarrollada doctrinalmente sobre todo en Alemania, con aportaciones tan relevantes como las de CANARIS y su teoría de la *Vertrauenshaftung*. Según esta tesis, en la fase de negociación de un contrato surge entre las partes un específico deber de protección de su salud e integridad física de naturaleza recíproca cuyo incumplimiento generaría también un supuesto de responsabilidad precontractual. Sin embargo, parece claro que esta calificación, bastante artificial¹⁰², deriva en buena medida de las históricas deficiencias del Derecho alemán en materia de responsabilidad civil por daños extracontractuales¹⁰³, por lo cual resulta innecesaria en aquellos sistemas como el español, donde existe una cláusula general de responsabilidad extracontractual como la del art. 1902 CC.

La naturaleza puramente extracontractual de este tipo de supuestos en el marco del Derecho español, que ya tuvimos ocasión de afirmar en su día¹⁰⁴, queda corroborada por la abundante jurisprudencia del Tribunal Supremo que, en situaciones parangonables a las del caso *Linoleum*,

¹⁰⁰ GARCÍA RUBIO (1991, pp. 43 y ss.).

¹⁰¹ Los hechos eran, más o menos, los siguientes: una cliente, después de realizar determinadas compras en un establecimiento comercial, pretendió adquirir un tapete de linóleo; con este objetivo, se dirigió a la sección correspondiente, donde por negligencia del empleado, la cliente es atrapada, junto con su hijo, por varios rollos del material en cuestión. El *Reichsgericht* estimó entonces que había surgido entre las partes una relación preparatoria de naturaleza semejante a la comercial, de la que nacían deberes de custodia y protección para con la otra parte que, en este caso, habían sido violados y obligaban al dueño del establecimiento a pagar la correspondiente indemnización [GARCÍA RUBIO (1991, p. 56); la sentencia del RG 7-12-1911, algunos de cuyos párrafos se recogen en inglés en BEALE et al. (2002, pp. 291-292), puede consultarse en *Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen*, 1912, pp. 239-241].

¹⁰² Así la califican BEALE et al. (2002, p. 292), que entre otras cosas se plantean que en muchos de estos casos no existe entre el cliente y el dueño del establecimiento una verdadera relación precontractual, por ejemplo, porque el dañado no entraba con intención alguna de comprar.

¹⁰³ Deficiencias que enumeran BEALE et al. (2002, pp. 292-293), mencionando también autores alemanes que estiman que deberían ser tratados estos casos como supuestos de responsabilidad civil extracontractual. Sin embargo, parece que los trabajos preparatorios de la codificación de la figura de la c.i.c. en el § 311 BGB ponen de relieve que se quieren seguir incluyendo en el régimen de este precepto las lesiones y daños en la propiedad con ocasión de la preparación del contrato; al menos así lo entienden ASÚA GONZÁLEZ / HUALDE SÁNCHEZ (2003, pp. 1422-1424), quienes los consideran evocados directamente en el § 311.2.2.

¹⁰⁴ GARCÍA RUBIO (1991, pp. 57-58). En similar sentido para el Derecho portugués, SINDE MONTEIRO (2003, p. 10).

no menciona en absoluto la c.i.c. y las ubica exclusivamente en la sede extracontractual¹⁰⁵. Aunque las resoluciones judiciales relativas a este tipo de caídas en establecimientos hosteleros o comerciales son muy numerosas, queremos destacar la STS de 31 de marzo de 2003 (RJ 2003\2839), referente a un supuesto en el que la cliente de un salón de té resbaló en el suelo mojado que había sido fregado tras el vertido de una coca-cola; en este caso, el Tribunal Supremo, a diferencia de los dos tribunales anteriores que dictaron resolución sobre el caso, estimó la demanda al entender, previa inversión de la carga de la prueba, que no se habían agotado las medidas de precaución y seguridad exigibles al titular del establecimiento, pues el suelo había sido fregado pero no secado, con lo que concurre el reproche culpabilístico exigido por el art. 1902 CC, que era el precepto alegado por la demandante y que nunca fue puesto en cuestión por ninguno de los tribunales. Para resolver en sentido contrario a la víctima se puede citar, entre las más características, la STS de 22 de febrero de 2007 (RJ 2007\1520), en un supuesto en el que la demandante, que se disponía a hacer sus compras en un supermercado, sufrió una caída cuando se dirigía a recoger uno de los carritos de la compra en el suelo mojado y resbaladizo; basó su demanda en el art. 1902 CC, calificación que nunca le fue discutida ni por el tribunal de instancia que efectivamente condenó a los demandados (el supermercado y la aseguradora), ni por el de apelación que la rechazó, al no apreciar el elemento culpabilístico y considerar que no era suficiente para mantener la responsabilidad extracontractual con el factor representado por el riesgo empresarial. Tal parece ser también el criterio del Tribunal Supremo cuando estima, aludiendo a otras muchas anteriores, que en este tipo de hipótesis de caídas en edificios en régimen de propiedad horizontal o en establecimientos comerciales existe responsabilidad, por supuesto, extracontractual, si se identifica el criterio subjetivo derivado de la “omisión de medidas de vigilancia, mantenimiento, señalización, cuidado o precaución que deben considerarse exigibles”, pero no en el caso de que la caída se deba a la distracción del perjudicado “o se explique en el marco de los riesgos generales de la vida”, situación ésta que fue la que apreció el alto tribunal al considerar que no resultó probada la negligencia del titular del establecimiento¹⁰⁶. Similar en razonamiento y en solución es la STS de 30 de mayo de 2007 (RJ 2007\4338) en un supuesto en el que, tras realizar la compra en un supermercado¹⁰⁷, el cliente resbaló a la salida y sufrió lesiones corporales, por lo que demandó tanto al supermercado como a la entidad aseguradora, reclamando el resarcimiento de los daños y perjuicios causados por la lesión. La demanda fue desestimada en los diferentes tribunales, incluyendo la sentencia que resuelve el recurso de casación, al entender el Tribunal Supremo que lo que el demandante

¹⁰⁵ Una relación compendiada y comentada de la copiosa jurisprudencia existente en el sistema español sobre caídas de personas en establecimientos y comercios, así como en la vía o transporte público, puede verse en DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ / ARANA DE LA FUENTE (2009, pp. 317 y ss.).

¹⁰⁶ Otras sentencias similares, que rechazan la existencia de responsabilidad en los casos en los que la caída se debe a la distracción del perjudicado o se explica en el marco de los riesgos generales de la vida por tratarse de un obstáculo que se encuentra dentro de la normalidad o tiene carácter previsible para la víctima, en DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ / ARANA DE LA FUENTE (2009, p. 319).

¹⁰⁷ Luego, de considerarlo un supuesto de responsabilidad por la confianza, sería más bien de naturaleza “postcontractual”.

intentaba al interponerlo era una nueva revisión de la prueba, algo que está vedado en este tipo de recurso. Sin embargo, lo que interesa destacar aquí es que tanto la demanda como el razonamiento de las diferentes instancias sitúan su sede normativa en el ámbito del art. 1902 CC, estimándose que el actor no llegó a probar la omisión de la diligencia debida por el supermercado para evitar accidentes de ese tipo, criterio de imputación subjetiva determinante de la imposición de la responsabilidad exigida.

De todos los casos expuestos, y de muchos otros de características similares, lo que interesa ahora no es ni el fundamento de la responsabilidad –si ésta ha de obedecer o no a un reproche culpabilístico o si basta con el riesgo creado por la empresa que obtiene los beneficios derivados de la contratación–, ni siquiera si las soluciones son o no contradictorias para casos similares, sino la absoluta unanimidad en la consideración de que haya habido o no contrato entre el cliente o posible cliente y la empresa comercial u hostelera, en cuyo caso el fundamento de la eventual responsabilidad es pura y simplemente extracontractual y tiene su base en los arts. 1902 y siguientes del CC. En realidad, en estos supuestos se trata de proteger bienes jurídicos (en la mayor parte de las veces, la integridad física de las personas) totalmente ajenos al contrato que se puede o no haber celebrado, o incluso que nunca tuvo posibilidad de celebrarse¹⁰⁸, por lo que creemos que su incardinación en sede precontractual no es la más ajustada. Recordemos que este es también el criterio adoptado por el [Reglamento Roma II](#), que en el Considerando núm. 30 que ya tuvimos ocasión de reproducir considera que, a las hipótesis de lesiones personales sufridas en el curso de las negociaciones de un contrato, se aplicaría la norma general del art. 4 o, en su caso, cualquier otra pertinente, pero nunca el art. 12 relativo a la c.i.c.

Una vez excluidos los deberes de protección entre los negociadores como deberes precontractuales típicos derivados de la buena fe nos limitaremos a hacer una división bipartita en relación con estos últimos distinguiendo, por un lado, los deberes de información y, por otro, un grupo de situaciones más heterogéneas que rotularemos como (otros) deberes de lealtad en la negociación. Volvemos a recordar que se trata de una perspectiva propia de los derechos de corte continental, entre ellos el español, pero que no se corresponde las más de las veces con lo que sucede en el Derecho inglés, que aborda este tipo de situación de modo diferente y a veces hasta antagónico¹⁰⁹.

3.2.1. Deberes de información

A pesar de la general afirmación de partida según la cual cada cual debe procurarse la información necesaria para velar por sus propios intereses¹¹⁰, no es menos cierto que en la mayor

¹⁰⁸ No todos los clientes de un establecimiento comercial entran en él con intención de comprar.

¹⁰⁹ ERP (2004, p. 368).

¹¹⁰ BASOZABAL (2009, p. 649).

parte de los ordenamientos europeos¹¹¹ resulta hoy bastante común considerar que, en ocasiones, las reglas derivadas de la buena fe que imponen entre las partes negociadoras deberes de cooperación son susceptibles de hacer recaer sobre una de ellas el de informar espontáneamente a la otra acerca de circunstancias que esta última ignora y que pueden ser fundamentales para la decisión de contratar o para la conformación del vínculo¹¹². De esta suerte, el consentimiento otorgado sobre realidades cada vez más complejas y tecnificadas¹¹³ será un consentimiento informado¹¹⁴, aunque la muestra de los textos sobre Derecho contractual europeo parece revelar que el énfasis se pone no tanto en la relación entre deberes de información y consentimiento, cuanto en su conexión con el derecho de la otra parte a ser informado sobre el contenido del contrato¹¹⁵. Así se reconoce en muchos de los textos a los que hemos tenido ocasión de hacer referencia, particularmente cuando, como sucede en los contratos con consumidores, los conocimientos de las partes en la etapa prenegocial no son homogéneos por la distinta posición que ambas tienen respecto al acceso a la mentada información, de modo que el establecimiento de tal tipo de deberes pretende reequilibrar la original asimetría informativa. Como consecuencia de ello, en ciertos tipos de contratos las informaciones de la fase precontractual entran a formar parte del contrato y el incumplimiento de los deberes informativos se asimila en cierta medida al incumplimiento contractual¹¹⁶. Sin embargo, en otras muchas ocasiones, no resulta fácil concretar cuándo y en qué medida estos deberes de información existen y pueden llegar a generar responsabilidad a cargo de su infractor, lo que exige analizar el caso concreto¹¹⁷. Tampoco es pacífica la respuesta que ha de darse ante la violación de los citados deberes, la cual además puede concurrir con otras instituciones como las derivadas de los vicios del consentimiento o del

¹¹¹ Incluidos los países nórdicos, donde el reconocimiento de un deber precontractual de información constituye el ejemplo paradigmático de aplicación del principio de buena fe; al respecto, WILHELMSSON (1999, pp. 165 y ss.).

¹¹² Cuáles son esas ocasiones y las circunstancias acerca de las que se debe o no informar constituyen interrogantes controvertidos y de solución parcialmente diferenciada entre los ordenamientos, en cuyos matices no podemos entrar aquí; un elenco de criterios a tener en cuenta es propuesto por BASOZABAL (2009, p. 684). Desde la perspectiva del análisis económico del derecho, sintetizan los criterios que deben guiar el intercambio de información en la fase precontractual, GEEST / KOVAC (2009, pp. 114 y ss.).

¹¹³ Sobre los fundamentos empíricos y sociológicos que justifican la progresiva mayor importancia de los deberes precontractuales, especialmente los relacionados con la información, en los ordenamientos jurídicos modernos LEHMANN (2009, p. 700).

¹¹⁴ ERP (2004, p. 366).

¹¹⁵ SEFTON-GREEN (2005, p. 388).

¹¹⁶ Véase el art. 6:101 PECL y II-9:102 DCFR. En el derecho contractual de los países nórdicos, WILHELMSSON (1999, p. 170).

¹¹⁷ Véase, por ejemplo, la STS, 1ª, 5.5.2009 (RJ 2009\2907), en un supuesto en el que se aprecia la existencia de *dolo in contrahendo* y en el que se afirma que “la buena fe, lealtad contractual y los usos del tráfico exigen, en el caso, el deber de informar (...)”.

incumplimiento; sobre esta cuestión hemos, no obstante, de volver¹¹⁸.

Como ya se ha dicho, muy diferente debe considerarse en principio la situación en el Derecho inglés donde, como principio general, se parte del rechazo a imponer deberes de información entre los sujetos en la fase precontractual. Situación que, según señala CARTWRIGHT, se explica por dos particularidades del Derecho inglés de contratos: el singular punto de vista que este sistema posee de la relación entre las partes durante las negociaciones y el significado dado al error de una de las partes en el proceso de formación del contrato. Respecto de lo primero, por la ya mencionada inexistencia del principio de buena fe en las relaciones precontractuales; en relación con lo segundo, por la relativa menor importancia que, comparado con el sistema de los países continentales, este ordenamiento da al error en el consentimiento, poniendo más énfasis en la responsabilidad de la otra parte en haber causado efectivamente ese error a través de la *misrepresentation*¹¹⁹. No obstante, el reconocimiento de la regla general de no existencia de un deber de información precontractual entre las partes negociadoras no impide que se reconozca la existencia de casos en los que los tribunales imponen efectivamente ese deber de información. Estas excepciones pueden venir determinadas por el particular tipo de contrato que impone a una o ambas partes el mencionado deber; además, con independencia del tipo de contrato, a veces la clase de relación entre los negociadores impone también el deber de información; finalmente, en ocasiones una parte puede ser obligada por la ley a dar información a la otra en la fase precontractual¹²⁰.

Como ha sido puesto de relieve al mencionar los textos de Derecho contractual europeo más señeros, son precisamente los deberes precontractuales de información una de las preocupaciones más evidentes de nuestro tiempo. Su conexión con una concepción del contrato alejada de la liberal, basada ahora en la solidaridad entre las partes más que en la oposición entre ellas, así como la necesidad de situarlos en su marco propio, más allá de las tradicionales figuras del error y el dolo, explican también la preocupación que por ellos siente la literatura jurídica de nuestros días¹²¹.

3.2.2. Otros deberes de lealtad en la negociación

Bajo esta rúbrica tratamos de recoger todo el conjunto de deberes que, al margen de los relativos

¹¹⁸ Véase *infra*.

¹¹⁹ Lo cual no significa que, en ocasiones, una actitud de silencio por una de las partes negociadoras no pueda ser considerada como *misrepresentation*. Según CARTWRIGHT (2007, p. 538), la clave está en distinguir entre el silencio que conduce a la confusión de la otra parte y el silencio que simplemente deja de iluminar los hechos a las circunstancias que rodean el contrato y que la otra parte creía (erróneamente) que eran correctas.

¹²⁰ CARTWRIGHT (2007, pp. 541 y ss.).

¹²¹ Recomendable, SEFTON-GREEN (2005).

a la información, obligan a los negociadores a tener y mantener un comportamiento correcto y leal en el curso de los tratos. Entre ellos están el de actuar serio y consecuentemente en la negociación, el de reserva o secreto (deber de confidencialidad en los [PECL](#) y en los [Principios Unidroit](#)), así como los relacionados con las negociaciones paralelas¹²².

Para respetar el primero de ellos nadie debe iniciar o continuar unas negociaciones si no tiene intención de concluir el contrato¹²³ o si sabe que el contrato que va a celebrarse no es válido. Y ello tanto si la falta de intención aludida resulta dolosa, por ejemplo, porque se entra en negociaciones o se continúa con ellas con el solo propósito de obtener informaciones ventajosas de la otra parte, o porque se pretende evitar que celebre el contrato con un tercero, como si la ausencia de serio deseo de celebrar el contrato, original o sobrevenido, resulta ser meramente negligente. En ambos casos parece que los daños indemnizables deben incluir la pérdida de otras oportunidades de contratar. Lo mismo cabe para el supuesto en el que se sabe, o negligentemente se ignora, que se va a celebrar un contrato inválido.

Dentro de estos deberes generales de lealtad se incluye el deber de no romper injustificadamente las negociaciones llevadas hasta un punto que haya generado la confianza suficiente en la otra parte como para haberle provocado daños como consecuencia de esa ruptura, situación sobre la que volveremos posteriormente como uno de los supuestos tipo de c.i.c.

El principio general de libertad en la fase de tratos no impone el deber de reserva o secreto, denominado más modernamente de confidencialidad en los [PECL](#) (art. 2:302), en los [Principios Unidroit](#) (art. 2.1.16) o en el [DCFR](#) (art. II.-3:302)¹²⁴, de suerte que, como ya se dijo más arriba, ninguna de las partes que negocian un contrato tiene, como regla, el deber de tratar la información que recibe como si fuera confidencial. Ahora bien, no es infrecuente que en negocios de cierta importancia, donde la información recibida tiene un alto valor económico, las partes celebren acuerdos expresos de confidencialidad que, de no ser respetados, bien por la divulgación de la información a terceros, bien por su utilización en provecho propio, implicarán un genuino incumplimiento contractual. Tales acuerdos a veces pueden resultar implícitos o derivarse de comportamientos concluyentes de las partes, en cuyo caso también deberán ser respetados en idénticos términos. Incluso a falta de cualquier tipo de acuerdo, no es descabellado estimar que, por la particular naturaleza de la información (*know-how*, estrategias comerciales, listas de clientes, resultados de auditorías o investigaciones), o por las características de los sujetos destinatarios de la información revelada (potenciales competidores, por ejemplo), existen

¹²² También pudiera plantearse la existencia de posibles deberes de conservación y custodia, en los que no vamos a entrar en esta sede [véase al respecto GARCIA RUBIO (1991, pp. 54-55)].

¹²³ Recuérdese, por ejemplo, el art. 2:301 [PECL](#). En la jurisprudencia de distintos países europeos pueden encontrarse casos de este tipo, como el italiano *Niki*, sintetizado en BEALE et al. (2002, pp. 243-244).

¹²⁴ También en la doctrina, BEALE et al. (2002, pp. 287 y ss.).

circunstancias en las que el principio de buena fe en los tratos impone la confidencialidad¹²⁵. En las situaciones de violación de la confidencialidad, la indemnización prevista en los PECL y en los Principios Unidroit, con base en jurisprudencia comparada, se aparta de las consideraciones generales en torno a los supuestos de c.i.c. que basculan en la dicotomía entre el llamado interés negativo o de la confianza y el interés positivo o en el cumplimiento, puesto que aquí se suele incluir una regla de restitución de los beneficios obtenidos a causa de la divulgación o el provecho de la información¹²⁶, lo cual no exige la existencia de producción efectiva de daño¹²⁷ y aproxima la figura a la restitución de los enriquecimientos injustificados¹²⁸. No es ésta, sin embargo, la intención de la Propuesta para la modernización del Derecho de obligaciones y contratos presentada por la Comisión General de Codificación en 2009 con la intención de realizar una reforma radical de nuestro CC. Aún cuando en la mencionada Propuesta se reconoce la existencia de un cierto deber de confidencialidad (art. 1245.3), su infracción produce los mismos efectos que la del resto de los deberes precontractuales, de suerte que el obligado a indemnizar lo será únicamente por el interés de la confianza, esto es, el que le coloca en la misma situación en la que estaría si no hubiera iniciado las negociaciones (art. 1245.5). Ocurre, sin embargo, que el cálculo del interés negativo puede resultar bastante complicado en caso de violación del deber de confidencialidad. Además, en las relaciones entre ciertos empresarios, este tipo de violaciones muchas veces puede llegar a implicar la devaluación de la propiedad intelectual de la parte agraviada, que puede ver mermada en gran medida su inversión en investigación¹²⁹, razón por la cual el fundamento restitutorio del beneficio no parece descabellado.

En relación con las negociaciones paralelas, el principio general debe ser de nuevo el inspirado en la idea de libertad, salvando la existencia de acuerdos de exclusividad, cuyo alcance también es matizable, como veremos posteriormente. En nuestros sistemas jurídicos, la regla es que las negociaciones simultáneas con varios sujetos no son en sí mismas contrarias a la buena fe. Más bien se estima que la existencia de una oportunidad mejor de contratar, lógica consecuencia de

¹²⁵ BEALE et al. (2002, p. 290), con cita de jurisprudencia de procedencia diversa.

¹²⁶ También es la consecuencia en el derecho alemán vigente, según señala HAGER (2000, p. 78). Este beneficio normalmente consistirá en el ahorro de los costes en investigación y desarrollo en los casos en los que la otra parte haya utilizado la información en provecho propio, según KLEINHEITERKAMP (2009, p. 309).

¹²⁷ Así, para los PECL, LANDO et al. (2000, p. 194). No se considera así en alguna jurisprudencia y doctrina alemanas, HAGER (2000 p. 78).

¹²⁸ Como señalan, respecto de los PECL, DIEZ-PICAZO et al. (2002, p. 200). En el art. 21 del *Projet français de Reforme du Droit des contrats* de 2008 se dice que, quien utiliza sin autorización una información confidencial obtenida durante las negociaciones contractuales, incurre en responsabilidad delictual, pero no se especifica la medida del resarcimiento.

¹²⁹ Como señala KLEINHEINSTERKAMP (2009, p. 308).

las negociaciones simultáneas, es una causa justificada de la ruptura de tratos¹³⁰. Incluso se aprecia que una parte no tiene por qué informar espontáneamente a la otra sobre la existencia de negociaciones paralelas¹³¹, pues la existencia de éstas suele ser la situación más normal en una economía de mercado¹³². No obstante, tal vez la afirmación debería ser matizada en función de la situación de las partes y el tipo de negocio. En todo caso, resulta contrario a la buena fe hacer creer erróneamente a la otra parte que la negociación es exclusiva.

4. Los grupos de casos de culpa in contrahendo o responsabilidad precontractual y sus consecuencias jurídicas. La medida del resarcimiento

Aún cuando pudieran existir otros criterios de clasificación igualmente válidos para sistematizar los grupos de casos constitutivos de responsabilidad precontractual o por c.i.c. nacida de la violación de los deberes dimanantes de la buena fe en la fase precontractual¹³³, a efectos expositivos sigue siendo adecuada la tradicional clasificación de los diversos supuestos en tres grandes grupos de casos: (1) la ruptura injustificada de las negociaciones, (2) la celebración de un contrato que a la postre resulta inválido y cuya invalidez trae causa en la violación de la buena fe precontractual y (3) la celebración de un contrato válido pero desventajoso para una de las partes como consecuencia de la actuación desleal de la otra en la fase precontractual.

4.1. La ruptura injustificada de las negociaciones

4.1.1. Derecho comparado

A estas alturas ya podemos afirmar que, tanto en la mayor parte de los ordenamientos jurídicos internos como en los textos europeos e internacionales de diferente naturaleza y alcance que se han ocupado de la materia en las dos últimas décadas, se considera que la parte que sin motivo justificado rompe las negociaciones contractuales después de haber hecho confiar a la otra en que podía llegarse a un acuerdo, es responsable de las consecuencias patrimoniales negativas que la ruptura le causa a esta otra parte. Así lo reconocen, por ejemplo, el art. 1337 del Código civil italiano, el art. 227 del Código civil portugués, el art. 197 del Código civil griego, el art. 2:301 PECL o el art. 2.1.15 [Principios Unidroit](#).

Por contar con una abundante jurisprudencia y literatura jurídica comenzaremos con el caso italiano. Conforme al mencionado art. 1337 del *Codice civile*:

¹³⁰ GARCÍA RUBIO (1991, pp. 43 y ss.).

¹³¹ BEALE et al. (2002, pp. 246 y ss.), con cita de algunas sentencias comparadas.

¹³² HESSELINK (2005, pp. 443-447), refiriéndose en concreto a la práctica de los tribunales holandeses.

¹³³ Véanse otros posibles criterios en GARCÍA RUBIO (1991, pp. 93-94).

“Las partes, en el desarrollo de los tratos y en la formación del contrato, se deben comportar de acuerdo con la buena fe”¹³⁴.

El precepto tiene ya un abultado bagaje jurisprudencial del que deriva, en el punto que ahora nos atañe, la exigencia de ciertos presupuestos para que resulte de aplicación. Así, partiendo del principio de libertad contractual, los tribunales italianos han reconocido que, para apreciar la violación del mismo, los tratos preliminares dirigidos a la conclusión de un contrato han debido alcanzar un estadio que justifique objetivamente la confianza en la conclusión del contrato¹³⁵; además, será preciso que una de las partes haya interrumpido los tratos eludiendo las expectativas razonables de la otra; sobremanera, la parte que había confiado en la conclusión del contrato debería haber sido inducida a realizar gastos con vistas al acuerdo o a renunciar a otras ocasiones de contratar más favorables (¿?) y, finalmente, el comportamiento del autor de la ruptura ha de ser calificado, si no como de mala fe –en el sentido de dolo–, sí al menos de culposo, al no hallarse amparado por una justa causa¹³⁶. Por otra parte, se ha afirmado tajantemente que la responsabilidad precontractual prevista en el precepto reproducido constituye una forma de responsabilidad extracontractual¹³⁷ que se liga a la violación de una regla de conducta, de modo que tanto la resarcibilidad del daño como su valoración se rigen por las normas generales contenidas en los arts. 2043 y 2056 del *Codice Civile*¹³⁸, incluyéndose también las normas sobre prescripción¹³⁹ y sobre carga de la prueba, lo cual corresponde a la parte que afirma que la otra ha interrumpido las negociaciones violando la buena fe¹⁴⁰. Algunas decisiones señalan explícitamente que la indemnización por violar la obligación de comportarse de

¹³⁴ “*Le parti, nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto devono comportarsi secondo buona fede*”.

¹³⁵ Aunque, según la sentencia de Cass. civ. sez III, 14 de febrero de 2000, n. 1632, no es preciso que hayan llegado necesariamente a la situación de oferta y aceptación que integran “el verdadero y propio proceso formativo” en el sentido del art. 1337; tampoco se ha considerado argumento para eludir la responsabilidad la eventual breve duración de los tratos, en Cass. civ. sez II, 12 de noviembre de 1986, n. 6629. Sin embargo, en otras decisiones se afirma que, para que pueda darse la responsabilidad, es preciso que en el curso de los tratos las partes hayan tomado en consideración, cuando menos, los elementos esenciales del contrato, como por ejemplo, la naturaleza de las prestaciones y la entidad de las correspondientes (Cass. civ. sez. III, 13 de marzo de 1996, n. 2057).

¹³⁶ Cass. civ. sez. lav., 7 de mayo de 2004, n. 8723, entre otras.

¹³⁷ BIANCA (2000, pp. 157 y ss.); GALGANO (2004, p. 634).

¹³⁸ Cass. civ., sezioni unite, 16 de julio de 2001, n. 9645. Similar, exigiendo también el requisito de la culpa, Cass. civ. sez. I, 30 de agosto de 1995, n. 9157, que también afirma, como otras muchas, que no es precisa una particular intención de causar daño al otro.

¹³⁹ Cass. civ. sez I, 11 mayo de 1990, n. 4051.

¹⁴⁰ Cass. civ. sez. III, 5 de agosto de 2004, n. 15040.

conformidad con la buena fe contenida en este precepto se limita al interés negativo¹⁴¹, representado por los gastos inútilmente soportados en el curso de las negociaciones, así como por la pérdida de ulteriores ocasiones de estipular otro contrato igual o más ventajoso¹⁴². En fin, sobre la posible responsabilidad de terceros distintos de los negociadores por la ruptura, cumple señalar que la jurisprudencia italiana ha negado tajantemente que la responsabilidad precontractual prevista en el art. 1137 pueda afectar a relaciones entre sujetos que, en el contrato a celebrar con otro, no constituyan una de las partes¹⁴³.

Del repaso de los ordenamientos estatales que carecen de una disposición directa sobre esta cuestión se derivan respuestas no del todo coincidentes: la doctrina francesa relativa a la ruptura injustificada de las negociaciones, sustentada en criterios generales como el abuso del derecho o la equidad, suele considerar resarcibles las pérdidas sufridas por la otra parte, pero basándose en las normas de responsabilidad delictual. No hay unanimidad ni en la literatura ni en los tribunales respecto de si el resarcimiento debe incluir la pérdida de otras oportunidades de contratar, si bien cabe señalar que son unánimes en no admitir la reparación *in natura*, esto es, la conclusión forzosa del contrato. Con todo, los tribunales franceses no son muy proclives a admitir supuestos de responsabilidad por ruptura injustificada de las negociaciones, argumentando precisamente con el principio de libertad contractual. Esto es aún más evidente en el caso de que ambos negociadores sean profesionales, al estimarse que el coste de las negociaciones fallidas forma parte de los gastos profesionales y puede ser incorporado en el precio de los contratos que efectivamente se lleguen a celebrar¹⁴⁴. No obstante, existen algunos casos relevantes, precisamente entre profesionales, que mantienen la postura contraria que conviene traer aquí a colación. Así, en una decisión de la *Cour de Cassation* de 1972¹⁴⁵ se consideró que la conducta de una de las partes al romper las negociaciones abruptamente y celebrar el contrato con un competidor había incurrido en responsabilidad precontractual¹⁴⁶. Basándose en el conocimiento de los gastos efectuados por la otra parte y la continuación de las negociaciones

¹⁴¹ Cass. civ. sez. III, 14 de febrero de 2000, n. 1632; Cass civ. sez I, 10 de junio de 2005, n. 12313, entre otras muchas. También, afectando a las Administraciones Públicas, Cass. civ. sez II, 7 de febrero de 2006, n. 2525.

¹⁴² Cass. civ. sez. II, 25 de junio de 1988, n. 582; también, GALGANO (2004, p. 635), y la doctrina y jurisprudencia allí citadas.

¹⁴³ Cass. civ. sez. II., 29 de mayo de 1991, n. 6058.

¹⁴⁴ BEALE et.al. (2003, p. 275).

¹⁴⁵ Cass. Com. 20 Mar 1972, JCP 1973 II, 17543, nota de SCHMIDT.

¹⁴⁶ Las negociaciones se habían producido entre el actor y un distribuidor exclusivo para Francia de unas máquinas americanas destinadas a la manufactura de contenedores de cemento. En el curso de las negociaciones el actor había visitado EEUU para observar el funcionamiento de las máquinas, realizando gastos considerables. Después de la repentina ruptura de los tratos, el distribuidor decidió celebrar el contrato con un competidor, con el que acordó además no suministrar una máquina similar en esa región en los siguientes 42 meses.

hasta el punto de hacer creer al otro que el contrato se celebraría, el tribunal concluyó que la ruptura se había producido de forma ilegítima, contraria a las reglas de la buena fe propias de las relaciones comerciales. En la misma línea cabe citar una decisión de 1998¹⁴⁷, en la que tras unas largas negociaciones de cuatro años con la empresa Puleva, Sandoz desistió alegando dificultades internas que, según reconoció, no tenían relación con la calidad del producto objeto de la negociación; la *Cour de cassation* estimó que, actuando así, Sandoz había actuado de forma contraria a la lealtad debida y que no había una buena razón para la ruptura.

Más reciente es la sentencia de *Cour de Cassation* de 26 de noviembre de 2003¹⁴⁸, que incide sobre todo en dos cuestiones fundamentales sobre la materia: la extensión de la indemnización debida y la posible responsabilidad del tercero que interviene también en la ruptura¹⁴⁹. En cuanto al primer punto, la corte suprema coincide con el tribunal de apelación al estimar que, en ausencia de acuerdo definitivo, el perjuicio sufrido por el demandante incluye los gastos ocasionados por las negociaciones fallidas y los derivados de los estudios previos para llevar a cabo la negociación, pero en ningún caso se deben considerar incluidas las ganancias que se habrían obtenido en caso de conclusión del contrato ni tampoco, a diferencia de lo dicho en alguna otra decisión, el valor de la pérdida de la oportunidad de obtenerlas, al estimar que no existía nexo causal entre la ruptura y dicha pérdida de oportunidad. Esta conclusión no es considerada acertada por buena parte de la doctrina francesa, que estima que el “hilo de Ariadna” que lleva a la ilicitud de la ruptura de las negociaciones está en la frustración de las legítimas expectativas de la otra parte, de suerte que no parece coherente admitir, por un lado, que en este supuesto se han roto las expectativas legítimas de una de las partes y por eso existe un acto ilícito y que, sin embargo, el perjuicio que consiste en la pérdida de la oportunidad de ganancia derivada de dichas expectativas frustradas no constituye un daño resarcible¹⁵⁰. En cuanto a la responsabilidad del tercero con el que finalmente contrata la parte que rompe las negociaciones, la Corte de Casación la niega tajantemente, incluso en caso de conocimiento de causa (esto es, conocimiento de la negociación paralela con el perjudicado), salvo que ese tercero tenga intención de dañar o realice maniobras fraudulentas. Solución que los comentaristas de la sentencia consideran adecuada.

¹⁴⁷ *Cass. Com. 7 avril 1998, D, 1999, 514*, nota CHAUVEL. También recogida por GILIKER (2003, p. 981).

¹⁴⁸ *Cass. Com. 26 nov 2003 n° 00-10.243 y n° 00-10.949*, comentada por MESTRE / FAGES (2004, pp. 80 y ss.).

¹⁴⁹ Los hechos los podemos resumir así: A (dos socios de la sociedad Stuck) siguen negociaciones con B (la sociedad Alain Manoukian) con vistas a concluir un contrato cuando en realidad no tiene –o, mejor sería decir, a partir de determinado momento ha dejado de tener– intención de celebrar ese contrato. Paralelamente, A realiza también tratos preliminares con otro sujeto C (la sociedad Les Complices!!), con el que finalmente llega a un acuerdo del que no informa a B. Concluido el contrato con C, A rompe las ya avanzadas negociaciones con B. B pide responsabilidad a A y a C. Habría que añadir que, en sus relaciones bilaterales, C se había comprometido con A a garantizar la indemnidad frente a una eventual reclamación de responsabilidad por parte de un tercero por ruptura de los tratos.

¹⁵⁰ MESTRE / FAGES (2004, p. 84).

Es de señalar que el *Projet de Reforme du Droit des contrats* presentado en julio de 2008 aborda directamente la cuestión de la ruptura de las negociaciones precontractuales, declarando como principio general la libertad de tal ruptura, si bien a continuación añade que la conducta o la ruptura culpable de las negociaciones obliga a su autor a la reparación del daño sobre la base de la responsabilidad delictual, señalando asimismo que la indemnización no puede tener por objeto la compensación de los beneficios derivados del contrato no concluido¹⁵¹.

En el Derecho alemán, la práctica de los tribunales relacionada con la ruptura de tratos *ohne triftigen Grund* ha ido progresivamente creciendo, sobre todo a partir de mediados del siglo XX¹⁵². A pesar de ello, no resulta claro si el fundamento de la responsabilidad se hallaba en la frustración de la confianza del otro, por parte de quien provoca la ruptura de los tratos, en que el contrato se iba efectivamente a celebrar, o si la causa última era el carácter injustificado de la ruptura¹⁵³. En relación a la indemnización debida por la ruptura de las negociaciones de forma contraria a la buena fe, generalmente se venía considerando compensable el llamado interés contractual negativo¹⁵⁴, de suerte que no era posible que el tribunal ordenara la continuación forzosa de las negociaciones ni, mucho menos, obligara a concluir el contrato¹⁵⁵. Esto fue fuertemente criticado por una parte de la doctrina germana, que no estima coherente que, por una parte, se entendiera que se podía llegar a confiar legítimamente en un determinado punto de las negociaciones en que se realizaría el negocio en cuestión y, sin embargo, después se le denegara al perjudicado el derecho a reclamar la conclusión del mentado negocio o el interés contractual positivo derivado del mismo. No parece que la positivización de la figura en el § 311 BGB haya servido para resolver de una buena vez esta cuestión.

El Derecho holandés, cuyo CC, a pesar de su juventud (1992), no contiene ninguna previsión sobre la responsabilidad precontractual¹⁵⁶, se aparta de la línea según la cual la indemnización en

¹⁵¹ Art. 20 del mencionado *Projet*.

¹⁵² GARCÍA RUBIO (1991, pp. 115 y ss.).

¹⁵³ GARCÍA RUBIO (1991, pp. 116) y doctrina allí citada. Consideran que la c.i.c. se relaciona únicamente con la ruptura de las negociaciones y no con la generación de la confianza, por analogía con los establecido en el § 122 BGB, WHITTAKER / ZIMMERMANN (2000, p. 237) y la jurisprudencia allí citada. Sin embargo, otros autores aprecian que es la frustración de la confianza y no la ruptura misma de las negociaciones el fundamento de la responsabilidad [así, MÄSCH (2005, p. 454); PALANDT (2009, p. 476)].

¹⁵⁴ MÄSCH (2005, pp. 453-455), con citas de sentencias relativamente recientes.

¹⁵⁵ Aunque el interés positivo no opera como límite al importe de la indemnización.

¹⁵⁶ Señala HESSELINK (2005, pp. 442-443) que no se trata en absoluto de una omisión ridícula del legislador holandés, como prueba el hecho de que, en la fase de elaboración del Código, existía un precepto de este tipo; simplemente el legislador optó deliberadamente por dejar en manos de la jurisprudencia el desarrollo de esta cuestión, desarrollo que ha sido espectacular, hasta el punto de llamar la atención de la doctrina extranjera. En

caso de responsabilidad por ruptura de las negociaciones no puede alcanzar nunca el interés en el cumplimiento. Según los tribunales holandeses, el proceso negociador puede delimitarse en tres fases o estadios¹⁵⁷: en la primera fase, los negociadores pueden romper libremente su relación; en la segunda son todavía libres de hacerlo, pero a costa de indemnizar los gastos en los que hubiera incurrido la otra parte; finalmente, en la tercera, ya no existe libertad de ruptura. Esto sucede cuando la otra parte ha llegado a creer razonablemente que el contrato se celebrará, o cuando se dan otras circunstancias que convierten la ruptura en inaceptable, si bien es cierto que los tribunales son muy cautos a la hora de decidir que en un caso particular se ha llegado a este estadio¹⁵⁸. Por consiguiente, las negociaciones pueden llegar a una fase en la que ya no es lícito apartarse de ellas y, si eso se llega a hacer, el causante de la ruptura incurre en responsabilidad¹⁵⁹, cuyas consecuencias pueden alcanzar el llamado interés contractual positivo¹⁶⁰. Incluso el tribunal puede obligarle a continuar las negociaciones¹⁶¹ y, según una parte de la doctrina holandesa, también a celebrar el contrato¹⁶².

En el punto radicalmente opuesto parece situado el Derecho inglés que, como ya hemos señalado, desconoce la categoría de la responsabilidad precontractual¹⁶³ y parte de la idea de que el riesgo

sentido similar, WHITTAKER / ZIMMERMANN (2000, p. 247).

¹⁵⁷ WHITTAKER / ZIMMERMANN (2000, p. 246), con cita de jurisprudencia cuyo *leading case* es *Plas v. Valburg*; véase también la núm. 62 de las Conclusiones del Abogado General, Sr L.A. GEELHOED, en el ya conocido asunto del TJCE C-334/00 (*Tacconi v. HWS*), donde se cita también la sentencia del *Hoge Raad* de 18 de junio de 1982, recogida sucintamente y comentada en BEALE et al. (2002, pp. 262-264), así como por HESSELINK (2005, pp. 471-475).

¹⁵⁸ ERP (2004, p. 374).

¹⁵⁹ Aunque una decisión más reciente del *Hoge Raad* de 14 de junio de 1996 parece mitigar la doctrina citada, como señalan BEALE et al. (2002, p. 263, nota 291).

¹⁶⁰ Aunque no siempre resulta resarcible el interés positivo o en el cumplimiento, pues también en este tercer grado de la negociación ha de tenerse en cuenta el interés de la parte que rompe las negociaciones, por ejemplo, si a pesar de ser inminente la celebración del contrato y, por tanto, estar ya en el tercer nivel de negociación, cambian las circunstancias del mercado, supuesto en el que se estima que se recupera la libertad de romper las negociaciones, lo que también sucede, según algunos autores, si a pesar de estar en ese tercer nivel, se recibe una oferta mejor siempre que se no se actúa de forma contraria a la buena fe, por ejemplo, continuando las negociaciones con el primero a pesar de conocer la mejor oferta del tercero sin comunicársela a aquél [HESSELINK (2005, pp. 445-446)].

¹⁶¹ Como se hace en la decisión del *Gerichtshof Amsterdam* de 7 de mayo de 1987, en un caso en el que la viuda de un escritor fue compelida a continuar las negociaciones con un director de cine relativas a la realización de una película basada en una famosa novela de su marido; la sentencia es citada y comentada por BEALE et al. (2002, pp. 275-277).

¹⁶² BEALE et al. (2002, pp. 277).

¹⁶³ Según CARTWRIGHT (2005, pp. 455-457), la idea general de responsabilidad precontractual no existe por dos

de que una parte rompa las negociaciones antes de haber llegado a un acuerdo se considera *business loss* y, por tanto, en principio no habría responsabilidad por su ruptura. Debe tenerse en cuenta que, como se ha dicho reiteradas veces, el principio de buena fe no se reconoce como tal en el *common law*, de tal manera que no existe ninguna obligación de comportarse durante las negociaciones con arreglo a sus dictados¹⁶⁴. El *leading case* en este punto es el ya citado caso *Walford v. Miles*¹⁶⁵, en el que Lord ACKNER afirma:

*“Each party to the negotiations is entitled to pursue his (o 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 [...]. In my judgment, while negotiations are in existence either party is entitled to withdraw from those negotiations, at any time and for any reason”*¹⁶⁶.

razones: en primer lugar, porque la culpa (en la ruptura) no es fuente de responsabilidad y, en segundo término, porque la fase precontractual no impone obligación alguna de una de las partes negociadoras respecto de la otra. Véanse también CARTWRIGHT (2007, p. 537); BANAKAS (2009, p. 4).

¹⁶⁴ WHITTAKER (2000, pp. 39-48); CARTWRIGHT (2005, p. 458); BANAKAS (2009, pp. 4 y ss.).

¹⁶⁵ *Martin Walford v. Charles Miles* ([1992] 2 AC 138). Se trataba de un caso en el que los hermanos Walford habían entrado en negociaciones con el matrimonio Miles para comprarles un laboratorio y un negocio de procesos fotográficos, propiedad de estos últimos. Tras conversaciones previas el 16 de marzo de 1987, Mr. Martin Walford remitió a los abogados de los Miles una carta en la que se fijaban los términos de la compra y se señalaba que Mr. Miles les había asegurado que, acordado que recibiría una clara indicación de la intención de proceder a la compra no más tarde del viernes de esa semana, no trataría entre tanto con terceros ni concedería otras ofertas. Los abogados contestaron al día siguiente que no tenían instrucciones al respecto del negocio y que no conocían la garantía de no negociación alegada; la carta se acompañó, no obstante, de conversaciones realizadas el mismo día entre Mr. Walford y Mr. Miles y, el 18 de marzo, Mr. Walford volvió a escribir al abogado confirmando el acuerdo al que habían llegado durante la conversación telefónica. La carta de 18 de marzo se acompañaba de otra del Lloyd's Bank de la misma fecha, dirigida a los mencionados abogados y en la que se confirmaban las facilidades para que los hermanos Walford obtuvieran el crédito de dos millones de libras destinados a la compra de la propiedad y los negocios de los Miles. El 25 de marzo, Mr. Randall, el abogado, escribió a Mr. Walford acusando recibo de las cartas y confirmando que, sometido a contrato, su cliente estaba conforme con la venta de la propiedad y los negocios por el precio de dos millones de libras. Al mismo tiempo escribió otra carta a unos negociadores anteriores, auditores de la compañía, informando que su cliente había concluido los términos de la venta de la compañía con otra parte y que estaba esperando a recibir el proyecto de contrato. El 26 de marzo, los abogados de Mr. Walford enviaron el proyecto de contrato a Mr. Randall que, al día siguiente, se lo envió a Mr. Miles. Mr. Walford trató ese mismo día de hablar con Mr. Miles quien no estuvo en ningún momento disponible. El 30 de marzo, Mr. Randall escribió a Mr. Walford informando de que, después de cuidadosas deliberaciones, sus clientes habían decidido vender la compañía a un tercero, y que esperaban que aceptaran la decisión de sus clientes sin discusión, lo que evidentemente no hicieron.

¹⁶⁶ La afirmación resulta todavía más significativa si se tiene en cuenta que en el caso en cuestión había un acuerdo de no negociación con terceros (*lock-out agreement*), si bien Lord ACKNER consideró que le faltaba una característica esencial para ser un acuerdo vinculante, al no especificar la duración del mismo [BANAKAS (2009, p. 8)].

Ello no significa que la responsabilidad por ruptura de tratos carezca de toda base jurídica en el ámbito británico, pues además de los eventuales derechos de restitución que pueden corresponder frente al injustamente enriquecido a causa de la ruptura¹⁶⁷, supuestos de c.i.c pueden encontrar su base en figuras como la *negligent misrepresentation* aludida por Lord ACKNER en el párrafo reproducido, con la consiguiente posibilidad de utilizar un *tort of negligence*, una *claim of restitution*¹⁶⁸, o algunos casos concretos de *estoppel*¹⁶⁹, lo cual permite que una parte no pueda volverse atrás de una declaración anterior si la otra parte ha sufrido un daño como consecuencia de esta declaración y la convierte en un instrumento que cumple una función similar a los conceptos continentales de buena fe y lealtad en los tratos. La responsabilidad en estos casos se basa en actos que ocasionan un *tort* y la medida del resarcimiento será únicamente la relativa a los daños en la confianza, pues para que se tuviese derecho al llamado interés contractual positivo haría falta un contrato (*binding promise*)¹⁷⁰. No obstante, parece que se abre en la jurisprudencia más reciente la posibilidad de acuerdos de negociación de distinta índole, siempre que sean limitados en el tiempo y basados en la existencia de *consideration*¹⁷¹. Con todo, precisamente por lo restrictivo de los supuestos de responsabilidad por ruptura, lo frecuente en el Derecho inglés es que las partes que deseen protegerse frente a los riesgos de una posible ruptura de las negociaciones, sobre todo en el caso de los profesionales, celebren acuerdos destinados a asegurar el reembolso de los gastos para el caso de que el contrato no sea finalmente celebrado¹⁷².

4.1.2. Especial referencia al Derecho español

Por lo que atañe al Derecho español, en principio cabe decir que, al igual que sucede en la mayoría de los países de nuestro entorno, la libertad contractual incluye tanto la libertad de negociar simultánea o sucesivamente con varios posibles contratantes, como la libertad de

¹⁶⁷ GILIKER (2003, p. 970), que los juzga insuficientes.

¹⁶⁸ WHITTAKER / ZIMMERMANN (2000, p. 249); BANAKAS (2009, pp. 15-16).

¹⁶⁹ Doctrina citada por BEALE et al. (2003, p. 271), donde se menciona la introducción de un posible *promissory estoppel* para todo tipo de ruptura injustificada de las negociaciones, que tiene precedentes en algún otro ordenamiento del *common law*; véase también al respecto, WHITTAKER / ZIMMERMANN (2000, p. 249). Sobre la posibilidad excepcional de utilizar la doctrina del *proprietary estoppel* en caso de venta de terrenos, BANAKAS (2009, p. 14), con cita de jurisprudencia reciente.

¹⁷⁰ Pero existen casos en los que sí se han indemnizado las pérdidas de ganancia causadas por haber privado a la víctima de la ruptura de la posibilidad de contratar con otra persona (*East v. Maurer*, [1991] 2 All ER 733), citado por CARTWRIGHT (2005, p. 458).

¹⁷¹ BANAKAS (2009, pp. 11 y ss.), con citas de algunas decisiones judiciales.

¹⁷² CARTWRIGHT (2005, p. 458).

romper las negociaciones que no han llegado a concretarse en un vínculo contractual. En ambos casos, el principio general de libertad cuenta con límites que ya nos son conocidos.

En el primer caso, la libertad de negociación a varias bandas puede limitarse a través de un pacto por el que un sujeto se compromete a negociar exclusivamente con otro, obligación de no hacer que, incumplida, produciría las consecuencias derivadas de un incumplimiento contractual. Parece que, al margen de esta situación de exclusividad, el deber de buena fe no impone necesariamente que una parte informe espontáneamente a la otra sobre el hecho de que está negociando con otro u otros posibles contratantes, aunque sí sería contrario al aludido deber el llevar al otro a la falsa creencia de que la negociación es exclusiva cuando, efectivamente, ello no es así. Igualmente se violaría el deber general de buena fe y, por consiguiente, sería fuente de responsabilidad el mantener unas determinadas negociaciones con vistas a la celebración de un contrato cuando, en realidad, el contrato ya se había concluido con otra persona.

Por otra parte, tampoco el hecho de entrar en negociaciones con alguien e, incluso, el de llegar a un grado avanzado en ellas, implica en el ordenamiento español el deber de alcanzar un acuerdo, de suerte que la libertad contractual incluye también la libertad de apartarse de las negociaciones en cualquier fase en que éstas se encuentren¹⁷³. Ahora bien, en ciertas circunstancias, la ruptura de los tratos preliminares puede ser fuente de responsabilidad¹⁷⁴. Ello se produce cuando uno de los tratantes se retira, sin una justificación válida, de las negociaciones conducidas hasta el punto de inducir a la otra parte a confiar razonablemente en la conclusión del contrato¹⁷⁵. Por consiguiente, no es la ruptura sino la confianza generada en la otra parte y que se ha visto frustrada la que ocasiona el deber de indemnizar. Para que surja tal deber no se precisa la intención de dañar, ni una conducta particularmente dolosa o incluso ni siquiera negligente¹⁷⁶,

¹⁷³ Entre otras, STS, 1ª, 3.6.1998 (RJ 1998\3715), en la que existía además un “acuerdo de intenciones”. Así se afirma expresamente en el art. 1245.1 de la referida Propuesta para la modernización del Derecho de obligaciones y contratos, preparado por la Comisión General de Codificación y publicado en 2009.

¹⁷⁴ Aunque en algunos casos parece que se niega, como en la STS de 13 de diciembre de 1989 (RJ 1998\8824), al estimarse que se pide la indemnización por incumplimiento de un acuerdo que todavía no existía. Véase, en cambio, las SSTS, 1ª, 3.6.1994 (RJ 1998\4576) y 19.7.1994 (RJ 1998\6698), en las que tampoco se estima la responsabilidad por incumplimiento de un presunto precontrato, pero en las que *obiter dicta* se afirma que “(...) la fijación de una indemnización de daños y perjuicios no va siempre vinculada al incumplimiento de un precontrato, puesto que, también cabe *en casos excepcionales* que se atribuya a la ruptura de tratos preliminares al contrato” (el énfasis es añadido). En la STS 25.4.2008 (RJ 2008\1994) se desestima la demanda porque “no se pasó de conversaciones preliminares o actos previos al contrato de compraventa”, pero no se había pedido la responsabilidad por ruptura, sino el cumplimiento del contrato, que no se probó que hubiera sido celebrado.

¹⁷⁵ GARCÍA RUBIO (1991, p. 130; también 2005, pp. 447-452).

¹⁷⁶ En el sentido del texto, entre lo más reciente, MEDINA ALCOZ (2005, p. 104). Por el contrario, sí estima que la conducta ha de ser negligente para que surja responsabilidad la STS, 1ª, 16.12.1999 (RJ 1999\8978) si bien considera que esa negligencia “está constituida por una falta de lealtad cuyo núcleo fue una ruptura unilateral (...)”.

pero sí se exige una actuación generadora de la confianza, a la postre quebrada, de la otra parte. Para calibrar si se ha producido esa situación ha de valorarse la conducta de ambas partes en la creación de la mencionada confianza, de suerte que, por ejemplo, no existirá responsabilidad por ruptura de tratos si fue la parte perjudicada la que por precipitación o propia negligencia creyó en la celebración del contrato sin que el otro negociador hubiese hecho nada desleal para inducirlo a tal creencia¹⁷⁷.

En los casos en los que se aprecia la existencia de responsabilidad por ruptura de tratos, la doctrina más numerosa¹⁷⁸ y la jurisprudencia españolas la someten al régimen jurídico de la responsabilidad extracontractual¹⁷⁹. Como en cualquier supuesto de responsabilidad civil, para que se aprecie su existencia se exige la producción de un daño. También en España en los supuestos de ruptura injustificada de tratos preliminares existen ciertas dudas doctrinales sobre el exacto alcance del daño resarcible. En general se suele decir que el daño resarcible alcanza únicamente al interés negativo o interés de la confianza, que es aquél que el lesionado hubiese evitado si no hubiese confiado, sin culpa por su parte, en que la otra parte cumpliría, durante las negociaciones, con los deberes inherentes a los imperativos de la buena fe¹⁸⁰. No parece que, en el sistema español, el lesionado como consecuencia de la ruptura pueda exigir como compensación el llamado interés positivo, esto es, la efectiva celebración del contrato¹⁸¹.

Ahora bien, a pesar de la unánime consideración de que los daños resarcibles en caso de ruptura se corresponden únicamente con el interés negativo, no existe el mismo acuerdo a la hora de determinar el exacto alcance de este interés. Así cabe señalar que, además de autores y decisiones judiciales que aluden al interés negativo sin concretar su contenido¹⁸², la literatura jurídica más reputada menciona únicamente el reembolso de todos los gastos efectuados con motivo de aquellos tratos, como pago de asesores, desplazamientos, alquiler de almacenes o gastos bancarios; en todo caso, gastos efectivamente realizados que no incluirían la pérdida de otras oportunidades de contratar¹⁸³. Por nuestra parte, en cambio, mantenemos que el interés negativo

¹⁷⁷ Razón por la que no se apreció la concurrencia de responsabilidad por ruptura de tratos en la STS, 1ª, 14.6.1999 (RJ 1999\4105).

¹⁷⁸ No así MEDINA ALCOZ (2005, p. 104).

¹⁷⁹ Así, por ejemplo, en las ya citadas SSTs, 1ª, 14.6.1999 (RJ 1999\4105) y 16.12.1999 (RJ 1999\8978).

¹⁸⁰ GARCÍA RUBIO (1991, p. 232; 2005, p. 450).

¹⁸¹ Tampoco lo aprecia la Propuesta para la modernización del Derecho de obligaciones y contratos, que reconoce que "(...) la indemnización consistirá en dejar a la otra parte en la situación que tendría si no hubiera iniciado las negociaciones".

¹⁸² Caso de la precitada STS, 1ª, 16.12.1999 (RJ 1999\8978).

¹⁸³ Díez-PICAZO (2007, p. 325).

incluye tanto los gastos efectivamente realizados y que deben ser reembolsados, como la frustración de ganancias o lucros cesantes, que se concretan sustancialmente en la pérdida de otras oportunidades de contratar con un tercero¹⁸⁴. Cosa distinta es que existan dificultades probatorias –la carga incumbe al lesionado– para demostrar su existencia efectiva y no sustentada por meras conjeturas de esas otras oportunidades de negocio; pero esta es una dificultad común a la prueba de todos los lucros cesantes. Mayores dudas nos plantea si, entre esas “pérdidas de oportunidad” que puedan ser consideradas como daños, habrán de computarse también la pérdida de la oportunidad de obtener las ganancias derivadas del negocio frustrado que, entiéndase bien, no se identifican con el interés contractual positivo como demuestra la sentencia de la *Cour de Cassation* francesa de 2003 antes mencionada.

El último punto que nos interesa comentar es la eventual responsabilidad por la ruptura que pueda corresponder a un tercero extraño a las negociaciones finalmente fallidas. También en el Derecho español la respuesta ha de ser en principio negativa, salvo que el tercero hubiese actuado con mala fe o fraude, o incluso en caso de mera culpa o negligencia. En todos estos supuestos, el tercero habría incurrido en responsabilidad civil extracontractual, quedando por ello sometido a los arts. 1902 y concordantes del CC, de suerte que será el lesionado quien habrá de probar el dolo o la culpa del tercero, así como la entidad del daño y la relación de causalidad entre la actuación del tercero y la ruptura lesiva¹⁸⁵. En el caso de que efectivamente se aprecie la responsabilidad extracontractual del tercero, ello no significa, por supuesto, que concurriendo los requisitos más arriba mencionados, quede exonerado de toda responsabilidad el sujeto que rompió los tratos. Ambas responsabilidades, la precontractual del tratante desleal y la extracontractual del tercero concurrirían y, siguiendo la práctica de la jurisprudencia española en situaciones parangonables, lo más probable es que ambos respondan solidariamente frente al

¹⁸⁴ GARCÍA RUBIO (1991, pp. 232-233; 2005, p. 451).

¹⁸⁵ En GARCÍA RUBIO (2005, p. 452) nos planteamos, siguiendo los hechos del caso de la sentencia francesa, si cabía cuestionarse si la inserción en el contrato entre A y C de una cláusula por la que C garantiza a su contraparte A una salvaguarda de las hipotéticas responsabilidades en las que pudiera incurrir frente a otros por ruptura abusiva de tratos preliminares, supone o no prueba suficiente del dolo o culpa de C. Aunque no haya de ser necesariamente así, no cabe duda de que la cláusula de garantía mencionada puede resultar un indicio razonable para facilitar la prueba de la culpa. Todo ello sin dejar de mencionar que la citada cláusula producirá todos sus efectos entre A y C, de suerte que, condenado al pago de la indemnización frente a B, A puede reclamar a C el reintegro de lo pagado con fundamento en la mencionada cláusula contractual.

dañado¹⁸⁶.

4.1.3. Síntesis

Todos los sistemas jurídicos analizados arrancan de un idéntico punto de partida: la ruptura de las negociaciones precontractuales es una manifestación de la libertad contractual y, por ello, se configura como un derecho y no como un acto reprobable jurídicamente. En cambio, existen diferencias de cierta relevancia en torno a los límites de tal derecho, el alcance de la indemnización debida cuando tales límites se sobrepasan e incluso en la consideración de quiénes pueden responder por la ruptura, esto es, si únicamente la parte que rompe las negociaciones o si también dicha responsabilidad puede llegar a alcanzar a terceros.

En cuanto a los límites a la libertad de apartarse de las negociaciones parece que, salvo en el caso inglés, que es más restrictivo, existe relativa coincidencia en los requisitos que se exigen para la existencia de responsabilidad por ruptura de negociaciones (*test for liability*). Así, se considera¹⁸⁷ que (1) las negociaciones han tenido que llegar a un punto en el que la otra parte, inducida por el demandado, podía razonablemente esperar que el contrato se iba a concluir. No basta con la mera esperanza en que el contrato se celebrará. La confianza debe estar justificada atendidas las circunstancias del caso y ha debido ser generada por la conducta, las palabras o el silencio de la otra parte. En muchos casos se puede atender a parámetros objetivos, como la larga duración de las negociaciones o lo avanzado de las mismas, aunque no sean siempre requisitos necesarios para apreciar la responsabilidad. (2) No ha de existir una buena razón para la ruptura; tal buena razón puede ser la existencia de una oferta mejor, que en cualquier caso la buena fe exige que se haga saber a la otra parte en la negociación, o la aparición de nuevas exigencias por la otra parte, a pesar de lo avanzado de las negociaciones. No parecen admisibles, por el contrario, razones que no tengan que ver directamente con las negociaciones

En la mayoría de los sistemas, la ruptura de las negociaciones se configura como un supuesto de responsabilidad extracontractual y la indemnización se limita al interés negativo, existiendo discrepancias en torno a si en el mismo se incluyen o no las llamadas pérdidas de oportunidad, entendiendo por tales, sobre todo, la pérdida de oportunidad del perjudicado por la ruptura de

¹⁸⁶ Parcialmente distinta será la situación en la que una cláusula entre A y C del tipo descrito pueda interpretarse como una asunción de la deuda (futura) del primero por parte del segundo. Al no concurrir el consentimiento del posible acreedor (B), dicha asunción no puede significar la exención de responsabilidad del deudor, es decir de A, sino su acumulación con ella; esto es, tal cláusula significará una asunción de deuda de las llamadas acumulativas¹⁸⁶. En esta situación, B podrá igualmente reclamar la indemnización de los daños sufridos -incluida la pérdida de otras oportunidades de contratar- tanto a A como a C y de manera solidaria, pero entonces el fundamento de la responsabilidad de C no será extracontractual, sino la propia asunción de la deuda de A. En consecuencia, para apreciar la responsabilidad de C frente a B en este último caso no sería precisa prueba alguna de la culpa o dolo de C [GARCÍA RUBIO (2005, p. 452)].

¹⁸⁷ BEALE et al. (2003, p. 273).

contratar con un tercero, si bien se han considerado también resarcibles, en algunos sistemas, como es el caso francés, la pérdida de oportunidad de obtener las ganancias derivadas del contrato frustrado. De todo ello se aparta el derecho holandés, en el que en el tercer estadio de las negociaciones se indemniza el interés positivo e incluso se puede llegar a imponer la celebración del contrato, lo que se aproximaría a una indemnización *in natura*¹⁸⁸. Esta diferencia en la cuantía indemnizatoria se explica, probablemente, porque en la mayor parte de los ordenamientos analizados el nexo causal que justifica la responsabilidad no se identifica con la ruptura de las negociaciones, sino con la quiebra de la confianza generada en la otra parte. Por el contrario, en el caso holandés se estima que es la ruptura misma la que supone la violación del principio de buena fe y, en consecuencia, la que técnicamente ha causado la no conclusión del contrato y, por ello, da derecho al resarcimiento de todos los daños derivados de esa no celebración¹⁸⁹. Se debe dejar constancia, no obstante, de que a pesar de ser la solución holandesa la minoritaria en la jurisprudencia europea comparada¹⁹⁰, de cara a un futuro derecho contractual europeo de contornos uniformes el II.-301 (3) DCFR (*any loss*) puede llegar a dejar abierta esta última posibilidad de indemnizar el interés contractual positivo, opción que desde luego también pueden exigir las víctimas de la ruptura en el caso de haber contractualizado esa consecuencia.

Respecto a la posible responsabilidad precontractual de terceros distintos del causante de la ruptura, cuestión ésta relativamente novedosa por su reciente incorporación al BGB y que ha tenido eco en la jurisprudencia de diversos países, cabe decir que la respuesta más general es que, en principio, los terceros no serán responsables por el hecho de entrar en negociaciones con una parte, aún en el caso de que conozcan que paralelamente ésta última también está negociando con otra, irresponsabilidad que ya no se dará si el tercero en cuestión realiza actos dolosos o fraudulentos destinados a hacer fracasar la negociación paralela en beneficio propio¹⁹¹. No obstante en el derecho español no vemos obstáculo para que el tercero también responda en caso de actuación con culpa o negligencia, siguiendo el régimen de responsabilidad extracontractual contenido en los arts. 1902 y concordantes del CC, de suerte que será el lesionado quien habrá de probar el dolo o la culpa del tercero, así como la entidad del daño y la relación de causalidad entre la actuación del tercero y la ruptura lesiva. Mucho más restrictivo en este punto se muestra el Derecho inglés, que sólo aprecia la existencia de un *tort of interfering* por parte de un tercero en el caso de un contrato existente y nunca lo ha apreciado en la fase de formación del contrato en cuestión¹⁹².

¹⁸⁸ SINDE MONTEIRO (2003, p. 11).

¹⁸⁹ HESSELINK (2005, p. 446).

¹⁹⁰ CARTWRIGHT (2005, p. 458).

¹⁹¹ Así se manifiesta la precitada sentencia francesa de la *Cour de Cassation* de 26 de noviembre de 2003.

¹⁹² CARTWRIGHT (2005, p. 461).

4.2. La celebración de un contrato inválido por violación de la buena fe precontractual

El supuesto de responsabilidad precontractual que conduce a la celebración de un contrato inválido como consecuencia de actuaciones precontractuales de una de las partes constituye el núcleo germinal de la figura de la c.i.c. propuesto por R. von JHERING. Fue reconocido de manera relativamente temprana en la jurisprudencia alemana¹⁹³ y, posteriormente, en el art. 1338 del *Codice civile* italiano¹⁹⁴, que es considerado una especificación del supuesto genérico de responsabilidad precontractual contenido en el artículo precedente¹⁹⁵. Desde la perspectiva más clásica, se da particularmente por violación de los deberes de lealtad existentes en este periodo, que pueden derivar en que una de las partes haya dado un consentimiento contractual no íntegro o con desconocimiento de que el contrato no es válido, por ejemplo, por defecto de una forma esencial o incluso de una *conditio iuris*¹⁹⁶. En el primer caso, los sistemas continentales permiten tradicionalmente al sujeto en cuestión deshacer el vínculo a través de la anulación del contrato por vicios del consentimiento, particularmente el error o el dolo cuando la violación de aquellos deberes por la otra parte puede ser reconducida a estas figuras tal y como son consideradas en cada uno de los sistemas.

En cualquiera de los supuestos, no parece discutible que la parte que, como consecuencia de la frustración contractual sufra daños imputables a la otra, tendrá derecho a su indemnización¹⁹⁷, a pesar de que los tribunales de algunos ordenamientos, como el español, no se hayan mostrado muy abiertos a la hora de conceder este tipo de indemnizaciones, si bien ha de decirse que tampoco parecen ser numerosas las veces en las que ese resarcimiento ha sido solicitado¹⁹⁸. Un

¹⁹³ En cuyo sistema se sigue considerando uno de los grupos de casos típico de la c.i.c, incluyendo tanto la invalidez total como la parcial [PALANDT (2009, p. 477)].

¹⁹⁴Según el cual *“La parte que, conoscendo o dovendo conoscere l’esistenza di una causa d’invalidità del contratto, non ne ha dato notizia all’altra parte e tenuta a risarcire il dannoda questa risentito per avere confidato, senza sua culpa, nella validità del contratto”*.

¹⁹⁵ BIANCA (2000, pp. 156 y 171).

¹⁹⁶ No obstante, la jurisprudencia italiana ha rechazado la aplicación del art. 1338 CC a un caso en el que una de las partes del contrato de compraventa no informó a la otra parte, extranjera, de la necesidad de contar con una licencia de exportación que, a la postre, le fue denegada, por lo que el contrato resultó ineficaz (Cass. It. 28 mayo 1954), citado por BEALE et al. (2002, pp. 284 y ss.), quien también pone de manifiesto el rechazo de la doctrina italiana a esta restrictiva aplicación del precepto.

¹⁹⁷ En Italia, BIANCA (2000, p. 175); GALGANO (2004, p. 636).

¹⁹⁸Existe en nuestro ordenamiento un precepto que reconoce expresamente la posibilidad de la indemnización derivada de una anulación contractual que tiene su origen en la fase precontractual. Nos referimos al art. 35 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, referente a los efectos de la declaración de nulidad, y cuyo primer párrafo señala que *“La declaración de nulidad de los actos preparatorios del contrato (...) llevará en todo caso consigo la del mismo contrato, que entrará en fase de liquidación, debiendo restituirse las partes recíprocamente las cosas que hubiesen recibido en virtud del mismo y si esto no fuese posible se devolverá*

caso paradigmático dentro de la jurisprudencia civil en este sentido, que nos permitimos destacar, es el resuelto por la STS de 2 de junio de 2000 (RJ 2000\5092), en el cual se había celebrado un contrato entre una sociedad anónima y un empresario individual, cuyas cláusulas esenciales tenían por objeto impedir o restringir el juego de la competencia, lo que por considerarse contrario al derecho comunitario implicaba la nulidad de pleno derecho del contrato en virtud del art. 6.3 CC. El tribunal, además de afirmar que no era óbice para la declaración de nulidad del contrato litigioso el que la nulidad hubiera sido alegada en el proceso precisamente por la parte favorecida con ella, deja abierta la posibilidad de que el demandante "(...) pueda promover en su caso otro juicio por la posible *culpa in contrahendo* de aquel con quien contrató", añadiendo a continuación "culpa que aquí no cabe declarar por cuanto lo pedido en la demanda fue muy expresa y exclusivamente la declaración de validez del contrato y la condena a su cumplimiento". De hecho, con posterioridad, el Tribunal Supremo, en la más conocida STS de 18 de enero de 2007 (RJ 2007\529)¹⁹⁹, con alguna exageración afirma que plantea por primera vez en la jurisprudencia una cuestión que había presentado la doctrina hace poco más de medio siglo (?), cual es el ejercicio de las acciones derivadas del dolo²⁰⁰. Partiendo de que en el caso en cuestión no se había pedido la nulidad de los negocios subyacentes, a pesar de que se apreciaba dolo, el tribunal estima que ante éste caben tres tipos de situaciones: primero, la acción de anulación del contrato y reclamación de indemnización de daños y perjuicios; segundo, la acción de anulación, sin reclamación de indemnización y, tercero, la acción de reclamación de indemnización de daños y perjuicios sin ejercitar la acción de nulidad, que era precisamente lo pedido en el caso. La argumentación utilizada para estimar que existen las tres posibilidades se basa tanto en la inexistencia de norma que las excluya como en la analogía con lo previsto en el art. 1124 CC en materia de resolución de los contratos, donde se admiten como perfectamente compatibles y, al tiempo, independientes, la acción de resolución y la de resarcimiento. Aunque sea discutible la necesidad de utilizar tal recurso a la semejanza relevante con el supuesto de resolución, existiendo otras posibilidades como la interpretación extensiva del art. 1270.2 CC²⁰¹, lo cierto es que la respuesta dada en la sentencia es, a nuestro juicio, adecuada. Aún más reciente es la STS de 5 de mayo de 2009 (RJ 2009\2907), en la que la actora reclama la nulidad del contrato por *dolo in contrahendo* y el resarcimiento de los daños y perjuicios causados, los cuales se le conceden, tanto en lo que atañe a los daños emergentes como a los lucros cesantes, incluyendo en

su valor. La parte que resulte culpable deberá indemnizar a la contraria de los daños y perjuicios que haya sufrido". De hecho, en la jurisprudencia contencioso-administrativa sí cabe rastrear precedentes que reconocen la responsabilidad precontractual, si bien en algún caso se aprecia que la indemnización se corresponde "con los gastos efectivamente realizados y constatados" [SSTS, 3ª, 2.7.2004 (RJ 2004\5226) y 10.10.2006 (RJ 2006\07679)].

¹⁹⁹ Comentada por TOMÁS (2008, pp. 65-75). Aún más reciente, DIEZ-PICAZO (2009, pp. 1043 y ss.).

²⁰⁰ Señala DIEZ-PICAZO (2009, p. 1044) que no es fácil saber si es verdad o no que se trata de la primera sentencia del Tribunal Supremo en que el tribunal afronta el problema de las acciones derivadas del dolo civil; añade también que el tratamiento doctrinal al que se refiere la sentencia es el trabajo de Alfonso DE COSSÍO sobre *El dolo en el Derecho civil*, publicado en 1955.

²⁰¹ En contra, VERDA Y BEAMONTE (2006, p. 776).

éstos las pérdidas derivadas de la frustración del negocio hasta que se produjo la posibilidad para la actora de llevar a cabo la inversión económica en otra zona.

En principio, el interés tutelado por la pretensión indemnizatoria cuando el contrato es anulado es el interés en no haber contratado de no haber padecido la circunstancia invalidante, esto es, el interés negativo o interés de la confianza²⁰². En él se incluye tanto el daño emergente (gastos derivados de la contratación que a la postre resultó frustrada), como el lucro cesante, que alcanza la pérdida de posibles oportunidades de contratar con terceros²⁰³. No obstante, como acabamos de señalar, también nuestro Tribunal Supremo en ocasiones acuerda el resarcimiento de la pérdida de las ganancias que el actor esperaba obtener y que se han visto frustradas por la nulidad del negocio²⁰⁴. Todo ello siempre que el deber de información precontractual no se haya “contractualizado”, transformándose entonces en una verdadera obligación cuyo incumplimiento pondrá en marcha los remedios propios de éste, entre los que destaca el remedio resolutorio con indemnización del interés positivo o interés en el cumplimiento. Cuestión a plantear en este último caso es si los remedios contractuales (particularmente, resolución más indemnización del interés positivo) y los precontractuales (anulación por vicio del consentimiento más indemnización del interés negativo) son o no compatibles, interrogante a la que no se da una respuesta uniforme²⁰⁵.

En el Derecho inglés, en aquellas ocasiones excepcionales en las que se reconoce la existencia de un deber precontractual de información entre las partes²⁰⁶, también se admite la posibilidad de rescisión del contrato por *misrepresentation*²⁰⁷, incluso cuando ésta no pueda ser calificada de fraudulenta. Sobremanera de la desvinculación contractual y de forma cumulativa, la parte que ha sufrido la *misrepresentation* tiene a su alcance remedios para ser indemnizada por los daños

²⁰² En la doctrina española, entre lo más reciente, VERDA Y BEAMONTE (2006, pp. 769-770).

²⁰³ GARCÍA RUBIO (1991, pp. 239 y ss.); BASOZÁBAL (2009, pp. 659 y ss.), quien siguiendo a MORALES MORENO estima que en caso de dolo cabe la indemnización del interés positivo.

²⁰⁴ Postura que ya nos parecía la correcta, apartándonos de la doctrina entonces mayoritaria, en GARCÍA RUBIO (1991, pp. 239 y ss.).

²⁰⁵ BASOZÁBAL (2009, p. 663). Por la incompatibilidad como “deber ser” entre las acciones derivadas del error y las del incumplimiento se pronuncia, siguiendo la tesis de MORALES MORENO, FENOY PICÓN (2006, pp. 187 ss.).

²⁰⁶ Se debe recordar que sólo en aquellos supuestos en los que por la naturaleza del contrato, por la especial relación de las partes o porque así lo establezca una norma jurídica, la omisión de información relevante para la otra parte puede derivar en un caso de *misrepresentation*; fuera de esos supuestos, la ausencia de información, aún cuando sea consciente y fraudulenta, no posibilita la desvinculación contractual [CARTWRIGHT (2007, p. 544)].

²⁰⁷ Normalmente es una *rescission of the contract ab initio*, aunque en ocasiones cabe la *termination of the contract*, con efectos únicamente *pro futuro*. Ambas acciones son similares a nuestra anulabilidad.

que haya podido sufrir como consecuencia de la mencionada frustración contractual²⁰⁸. Cuando la actuación de la otra parte sea considerada intencional, el remedio será una *tort of deceit*²⁰⁹; si sólo puede ser considerada negligente, tendrá a su alcance un *tort of negligence*; además, a partir de la *Misrepresentation Act 1967*, existe un nuevo remedio legal para reclamar daños debidos a *misrepresentación* precontractual²¹⁰. Con el primero de los *torts* mencionados el perjudicado tiene derecho a resarcirse de los daños causados por su confianza en la fraudulenta *misrepresentation*²¹¹, que normalmente serán los que le coloquen en la posición en la que estaría si no hubiera contratado, pero no su interés positivo en el contrato²¹²; se discute si además puede reclamar las ganancias obtenidas por la otra parte. En el caso del *tort of negligence*, la medida básica de los daños causados resarcibles es también el interés de la confianza, pero con un alcance más limitado: aquéllos que se deriven del particular *duty of care* violado por el causante y que éste haya podido razonablemente prever²¹³.

La diversidad de soluciones que se producen en los derechos internos respecto al déficit de información precontractual de una de las partes, y su repercusión posterior en el abanico de remedios que se abren a disposición del afectado, se reproduce e incluso se acrecienta en los diversos textos europeos e internacionales que hemos traído ya numerosas veces a colación. La compleja regulación del error y del dolo de los PECL contempla, para el error, la anulación y la indemnización del interés negativo [4:103 y 4:117 (1)], mientras que en el caso del dolo, además de la anulación (arts.4:103 y 4:107) y la indemnización (4:117), se prevé la llamada “adaptación del contrato” de conformidad con el 4:105²¹⁴; se recoge también la hipótesis en la que una de las partes haya concluido el contrato con informaciones incorrectas no constitutivas de error en el

²⁰⁸ GILIKER (2003, pp. 975-976).

²⁰⁹ El interés protegido en este *tort* es el interés económico del perjudicado como consecuencia de la confianza depositada en los hechos y circunstancias que le fueron fraudulentamente suministradas por la otra parte [CARTWRIGHT (2007, p. 130)].

²¹⁰ CARTWRIGHT (2007, pp. 237 y ss.), quien pone de manifiesto la cuestión, que permanece abierta, sobre si el alcance de la indemnización en este caso debe o no equipararse a la del *tort of deceit* (*ibid*, pp. 259 y ss.).

²¹¹ Teniendo siempre en cuenta el deber del perjudicado de mitigar sus daños una vez que haya descubierto la verdadera situación [CARTWRIGHT (2007, p. 151)].

²¹² CARTWRIGHT (2007, pp. 151 y ss.), quien también señala que en algunos casos pueden ser exigidos *exemplary damages* y *damages for intangible losses*.

²¹³ CARTWRIGHT (2007, pp. 165 y ss.).

²¹⁴ Recoge las críticas emitidas por miembros del *Acquis Group* al hecho de que este remedio se haya limitado al caso del dolo y no se haya generalizado en todo caso de incumplimiento de los deberes precontractuales de información, por resultar inoperante muchas veces el remedio indemnizatorio ante la dificultad de determinar el daño derivado de no haber contratado con la información debida, BASOZÁBAL (2009, p. 679). Esta generalización del remedio sí parece producirse en el ordenamiento español en el art. 65 del [Texto Refundido LGDCU](#), conforme al cual “Los contratos con los consumidores y usuarios se integrarán, en beneficio del consumidor, conforme al principio de buena fe objetiva, también en los supuestos de omisión de información precontractual relevante”.

consentimiento, supuesto en el que sólo tendrá derecho a reclamar daños (4:106). Es destacable además que, a diferencia de lo que sucede con los [Principios Unidroit](#) que han optado por dar preferencia a las consecuencias del incumplimiento, los [PECL](#) dan al interesado la posibilidad de optar entre los remedios previstos para el error y los derivados del incumplimiento²¹⁵.

Ya tuvimos ocasión de exponer más arriba la completa y bastante novedosa regulación del [DCFR](#) en relación con los deberes precontractuales de información que exceden de la tradicional relación con los vicios del consentimiento. Cumple recordar básicamente que si, se ha llegado a celebrar el contrato, el profesional quedará obligado a lo que la otra parte haya razonablemente podido esperar como consecuencia de la ausencia o incorrección de la información, poniéndose a disposición de la otra parte los remedios derivados del incumplimiento [II.-3:109 (2)]; sobremanera, se haya llegado o no a contratar, un profesional que ha incumplido sus deberes de información es responsable por los daños causados a la otra parte causados por el mentado incumplimiento [II.-3:109 (3)]; quedan además a salvo los remedios establecidos para el error ([II.-3:109 (4)]).

4.3. La celebración de un contrato válido que resulta desventajoso para la otra parte como consecuencia de la violación de los deberes precontractuales

Existen situaciones en las que, a pesar de no haberse respetado escrupulosamente los deberes precontractuales por una de las partes, no procede, al menos en un primer momento, la desvinculación del contrato. La situación puede ser especialmente relevante en casos de violación de deberes de información que conducen a uno de los contratantes a celebrar un contrato en condiciones desventajosas respecto de las que hubiera acordado de contar con la información íntegra y correcta²¹⁶.

En los sistemas continentales, la imposibilidad de desvinculación puede derivarse de que las circunstancias del caso no permitan considerar la existencia de un vicio en el consentimiento de la otra parte suficientemente relevante como para dar lugar a la anulación contractual²¹⁷ o porque a pesar de existir tal vicio, la anulación no es posible, como sucede cuando el vicio es descubierto una vez cumplido el contrato y extinguida la relación contractual o, en algunos ordenamientos, cuando con esa desvinculación se causarían perjuicios a un tercero de buena fe. En tales supuestos tradicionalmente se admite que, como regla general, la parte perjudicada por el contrato que le vincula en condiciones desventajosas como consecuencia de la responsabilidad precontractual de la otra tendrá derecho a una indemnización²¹⁸. Un ejemplo paradigmático de

²¹⁵ Más por extenso, BASOZÁBAL (2009, p. 678).

²¹⁶ En relación al Derecho alemán, PALANDT (2009, pp. 477-478), donde se desarrolla el supuesto en los principales tipos contractuales.

²¹⁷ Supuesto antes señalado del art. 4:106 [PECL](#).

²¹⁸ No considera, sin embargo, que esto suponga un supuesto de responsabilidad precontractual en el Derecho

esta situación lo podemos encontrar en el párrafo segundo del art. 1270 CC español cuando afirma que el dolo incidental sólo obliga al que lo empleó a indemnizar daños y perjuicios²¹⁹, si bien la doctrina más conspicua no deja de mostrar su perplejidad sobre el concepto y alcance del llamado dolo incidental y la concreción del daño producido en este caso²²⁰. La indemnización se correspondería en estos casos con el interés de la confianza o interés negativo, tal y como se recoge expresamente, por ejemplo, en el ya reproducido art. 3.18 Principios Unidroit²²¹, aunque ha de reconocerse que no existe, ni mucho menos, unanimidad al respecto. Así, en nuestro derecho, existen resoluciones judiciales que reconocen el resarcimiento de daños que exceden de tal interés negativo, como la contenida en la STS de 30 de junio de 2000 (RJ 2000\6747), en la que se apreció la existencia de una conducta precontractual omisiva por parte del vendedor que suponía, según la decisión citada, dolo incidental, pero que curiosamente fue considerado constitutivo de incumplimiento contractual, de suerte que la indemnización consistió en el valor de las obras necesarias para conseguir la licencia de apertura de cuya inexistencia no había sido informada la parte compradora²²².

No vemos obstáculo en entender que la misma solución procederá cuando la parte perjudicada por el contrato, a pesar de haber sufrido un vicio del consentimiento y tener a su disposición la acción de anulabilidad, no esté interesada en desvincularse del contrato, como se prevé expresamente, por ejemplo, en el art. 31.3 CO suizo²²³ y también ha reconocido nuestro Tribunal

español, VALÉS DUQUE (2006, p. 724).

²¹⁹ Se trata de una norma ampliamente difundida en los códigos de corte decimonónico, según señala DIEZ-PICAZO (2009, p. 1052). Decisiones judiciales al respecto, STS, 1ª, 27.11.1990 (RJ 1990\6908), que cita a efectos de la indemnización que reconoce el art. 1124 CC y no el 1270 CC; STS, 1ª, 8.11.1997 (RJ 1997\7891).

²²⁰ Para DIEZ-PICAZO (2009, p. 1054), la norma en cuestión parece fundada en reglas que *prima facie* cabe considerar como reglas de justicia. Inicialmente, añade el autor citado, podemos entender que experimenta un daño quien sufre un detrimento caracterizado por la desaparición de un valor patrimonial valioso o aquel a quien se le impone efectuar una salida de valores patrimoniales para cumplir. No obstante, en su opinión, en este caso sólo puede hablarse de daño en la medida en que existe un modelo contractual equitativo donde el intercambio se realiza justamente, probablemente porque no se puede hablar de plena libertad contractual y no nos encontramos en presencia de contratos cuya justicia deriva de haber sido limpia y lisamente aceptada (sic).

²²¹ Por su parte, el art. 4:117 (2) PECL concreta la indemnización a los daños causados por el vicio o la incorrecta información, lo que según los comentaristas supone excluir de la posibilidad de indemnización ciertos daños de la confianza, como los derivados por ejemplo de la devaluación del objeto comprado por el perjudicado que no tienen relación causal con el comportamiento de la otra parte [LANDO et al. (2000, pp. 282-283)].

²²² También en el Derecho alemán se dan casos en los que se reconoce el interés positivo, PALANDT (2009, p. 480). En la doctrina y jurisprudencia italianas se estima que una vez celebrado el contrato no será resarcible el interés contractual negativo, sino que se deberá acudir a las reglas generales de resarcimiento del daño, según señala GALGANO (2004, p. 635).

²²³ KLEINHEISTERKAMP (2009, p. 301). En la jurisprudencia alemana existen casos en los que la víctima del vicio del consentimiento utiliza éste a modo de defensa procesal frente a la reclamación del cumplimiento de la otra parte, pero sigue interesada en el mantenimiento del vínculo, reconociéndose la modificación judicial a través de la

Supremo en la antecitada STS de 18 de enero de 2007²²⁴.

La respuesta indemnizatoria ante situaciones del tipo descrito tardó en producirse en el caso del derecho inglés. Hasta 1976, la *Court of Appeal of England* no ha tenido la oportunidad de reconocer la existencia de un *duty of care* debido por una de las partes a otra por las afirmaciones hechas durante la fase de negociación del contrato. Fue en el caso *Esso Petroleum Co. Ltd v. Mardon*²²⁵, en el que un representante de Esso dio informaciones inadecuadas a Mr. Mardon, que pretendía adquirir mediante *leasing* una futura estación de servicio y que le llevaron efectivamente a adquirirla en condiciones desventajosas, declarándose responsable por los daños al aludido representante²²⁶.

Por otra parte, más allá de un remedio estrictamente reparatorio, se debe señalar que en algunos ordenamientos como el alemán, en circunstancias en las que no cabe apreciar propiamente un vicio del consentimiento y, por tanto, en principio no existiría la posibilidad de anulación contractual, existen precedentes jurisprudenciales que estiman que la parte que por un déficit de información ha celebrado el contrato que a la postre le resulta desventajoso, puede exigir la desvinculación contractual precisamente a título indemnizatorio²²⁷. Sobremanera, la jurisprudencia más reciente reconoce en algunos casos la posibilidad de reclamar la modificación contractual²²⁸.

Incluso debemos recordar que algunos textos comunitarios en materia de protección de los consumidores primero, y sobre todo el ya mencionado [DCFR](#) después, dan un nuevo paso respecto de las consecuencias derivadas de un defecto de información precontractual acorde con una visión de los deberes precontractuales de información más relacionada con el contenido del

correspondiente reducción del precio [BEALE et al. (2002, p. 405)].

²²⁴ También, aunque con menos claridad en la argumentación, en la ya citada STS, 1ª, 27.9.1990 (RJ 1990\6908); en la doctrina, GARCÍA RUBIO (1991, p. 214).

²²⁵ [1976] 2 All ER 5. El supuesto de hecho del caso es extraordinariamente parecido al planteado en el resuelto por la ya citada STS, 1ª, 5.5.2009 (RJ 2009\2907).

²²⁶ CARTWRIGHT (2007, p. 544).

²²⁷ SINDE MONTEIRO (2003, p. 10), que pone como ejemplos el contrato de máquinas industriales para instalación en un local cuando el vendedor profesional bien sabía que no le estaría permitida tal colocación, o la contratación de un curso de enseñanza a distancia presuponiendo conocimientos que no tenía. Este autor cuida de resaltar que se trataría de una desvinculación a título indemnizatorio y no de una anulación. Cabe no obstante plantearse si en ambos casos no se produce error invalidante o incluso dolo omisivo por la otra parte. Se hace eco también de la jurisprudencia alemana, en el sentido señalado en el texto, BASOZABAL (2009, p. 659, nota 14).

²²⁸ PALANDT (2009, pp. 480-481).

contrato que con la integridad del consentimiento de las partes²²⁹. Así, como ya pusimos de manifiesto anteriormente, dejando siempre a salvo la solución puramente indemnizatoria por el interés negativo que también se recoge en su texto, aunque sin concretar su alcance[II.- 3:109 (3)], el II.-3:109 (2) prevé de modo expreso el supuesto de que el contrato se haya llegado efectivamente a celebrar y el profesional no haya cumplido algunos de los deberes de información exigidos, situación en la cual el profesional queda obligado por el contrato a todo lo que la otra parte hubiera podido razonablemente esperar como consecuencia de la ausencia o defecto de la información. Con ello, el contenido contractual queda integrado, no sólo por el estricto acuerdo de las partes, sino también por las legítimas expectativas de la parte que ha visto violados sus derechos de información, lo cual ya cuenta con antecedentes, por ejemplo, en el Derecho de los países nórdicos²³⁰.

Soluciones de este tipo vienen siendo reclamadas por la doctrina también para el Derecho español. Así, BASOZÁBAL estima que lo más correcto y acorde con nuestro sistema de protección sería que fuese el propio protegido en su falta de información (precontractual) quien decida cuál es el interés que prefiere proteger: si apostar por el contrato o desligarse de él. En el primer caso se requeriría una reconstrucción judicial del contrato que tenga en cuenta la información ignorada, lo que supone un modelo hipotético de contrato equitativo, que hubiera debido ser el celebrado de no concurrir el déficit de información precontractual²³¹; en el segundo se podría perseguir tanto el interés en no haber contratado como el interés positivo; allí se ejercitaría la acción de nulidad o la rescisoria, aquí la resolutoria²³².

5. Conclusiones

La complejidad y riqueza de matices que caracterizan a la etapa que precede a la celebración del contrato propiamente dicha, ha merecido en los últimos tiempos un creciente interés tanto por parte de la literatura jurídica del entorno jurídico europeo, como por los órganos de creación normativa. Particular relieve ha adquirido, en este contexto, la figura de la responsabilidad

²²⁹ SEFTON-GREEN (2005, p. 388).

²³⁰ WILHELMSSON (1999, p. 170), donde se transcribe el texto del art. 33 de la *Contracts Act*, en su versión finesa y sueca, con el siguiente tenor: "*An act that would otherwise be binding shall not be enforceable if it was done under circumstances that would make it incompatible with honour and good faith for anyone knowing of those circumstances to invoke the act and the person to whom the act was addressed must be presumed to have known of the circumstances*".

²³¹ En relación con la adaptación contractual, GARCÍA RUBIO (1991, p. 213), donde entendíamos que, en el supuesto de dolo *in contrahendo* que no daba lugar a la anulación contractual, el resarcimiento de los daños derivados de haber fijado cláusulas contractuales menos ventajosas que las que hubieran existido de no darse el dolo se concretaría, las más de las veces, en una reducción del precio pagado por la prestación.

²³² BASOZÁBAL (2009, p. 709). La posibilidad de integración contractual está claramente reconocida, como el propio autor señala, en el ya citado art. 65 del [Texto Refundido LGDCU](#).

precontractual por violación de los deberes propios de aquella fase de la vida del contrato. Cabe señalar así que, de la presencia de unas pocas y dispersas normas relativas a la llamada *culpa in contrahendo* en algunos Códigos civiles como el alemán o el italiano, se ha pasado a una situación caracterizada por una pléyade de disposiciones tanto del llamado *soft law* transnacional (PECL, Principios Unidroit, DCFR), como del derecho interno (especialmente significativa es la nueva regulación de la figura en el BGB tras la reforma del Derecho de Obligaciones de 2002), e incluso en normas de Derecho internacional privado (Reglamento Roma II). La mayor parte de estas normas reflejan el resultado de la ponderación de los principios de libertad contractual que incluye la libertad de elegir a la otra parte contratante, por un lado, y de buena fe aplicada a la fase negociadora, por otro. En un buen número de casos, dicha ponderación se resuelve con la indemnización de los daños y perjuicios causados por la ruptura del segundo de los principios, aunque no dejan de existir otro tipo de consecuencias parcialmente diferenciadas en los distintos sistemas y que, a veces, se canalizan por la vía estrictamente contractual.

Tratando de trazar unas líneas más o menos comunes a los sistemas jurídicos europeos en la materia, el trabajo analiza los principios informadores y los deberes dimanantes de esa fase precontractual, mostrando la creciente importancia que en la mayor parte de ellos (con la salvedad del derecho inglés) ha adquirido el principio de buena fe, cuya influencia se extiende a todas las fases de la vida del contrato, lo que al decir de algunos ha supuesto la decantación por un modelo de derecho contractual de cooperación, por oposición al más clásico y liberal de antagonismo entre las partes. La cláusula general de buena fe aplicada a la fase negociadora se concreta en una serie de deberes jurídicos que en algunos casos han adquirido ya un cierto carácter típico. Así sucede sobre todo con los llamados deberes de información que hacen recaer sobre una de las partes negociadoras el deber de informar espontáneamente a la otra acerca de circunstancias que ésta ignora y que pueden ser fundamentales para la decisión de contratar o para la configuración del vínculo. También han merecido atención otros deberes de lealtad entre los negociadores, como el de confidencialidad o reserva. No sucede así, al menos en la mayor parte de los sistemas analizados, con el llamado deber de protección, que suele encauzarse a través de la responsabilidad genuinamente extracontractual.

El análisis de los grupos de casos susceptibles de generar responsabilidad precontractual y las consecuencias jurídicas que acarrear constituyen la parte esencial del trabajo realizado. A este respecto, se ha optado por una organización tradicional en la materia, que clasifica las posibles situaciones de responsabilidad precontractual en tres grandes grupos: (1) la ruptura injustificada de las negociaciones, (2) la celebración de un contrato que a la postre resulta inválido y cuya invalidez trae causa en la violación de la buena fe precontractual, y (3) la celebración de un contrato válido pero desventajoso para una de las partes como consecuencia de la actuación desleal de la otra en la fase precontractual.

La responsabilidad por ruptura injustificada de las negociaciones es un supuesto clásico de *culpa in contrahendo* que tenía ya reflejo directo en algunos Códigos civiles, como el italiano, y que es reconocida desde hace tiempo en gran parte de los ordenamientos europeos. La mayor parte de los ordenamientos lo consideran un supuesto de responsabilidad delictual que da derecho a

obtener el resarcimiento del interés negativo, representado por los gastos inútilmente soportados en el curso de las negociaciones, así como por la pérdida de ulteriores ocasiones de estipular otro contrato igual o más ventajoso que el finalmente frustrado. No obstante, en algún caso se han llegado a considerar indemnizables las ganancias que se hubieran podido derivar del contrato frustrado o, incluso, en el caso concreto del Derecho holandés, se estima que puede llegar un momento en que ya no es lícito apartarse de las negociaciones, de tal manera que el tribunal puede obligar a quien lo pretende a continuarlas o también, según algunos autores, a celebrar el contrato. En el punto radicalmente opuesto se sitúa el sistema inglés, en el cual existe, en principio, una mayor libertad de ruptura, si bien precisamente por ello en este sistema son extraordinariamente frecuentes los acuerdos de negociación con los que se pretende asegurar *ex ante* la posibilidad de ruptura y cuyo incumplimiento genera una genuina responsabilidad contractual.

Por lo que atañe al Derecho español, cabe decir que, al igual que sucede en la mayoría de los países de nuestro entorno, la libertad contractual incluye tanto la libertad de negociar simultánea o sucesivamente con varios posibles contratantes, como la libertad de romper las negociaciones que no han llegado a concretarse en un vínculo contractual, si bien ambas libertades pueden limitarse a través de un acuerdo contractual. Además, en el ordenamiento español, el hecho de entrar en negociaciones con alguien, e incluso el de haber llegado a un grado avanzado en ellas, implica el deber de alcanzar un acuerdo, de suerte que la libertad contractual incluye también la libertad de apartarse de las negociaciones en cualquier fase en que éstas se encuentren. Ahora bien, en ciertas circunstancias, la ruptura de los tratos preliminares puede ser fuente de responsabilidad, lo cual se produce cuando uno de los tratantes se retira sin una justificación válida de las negociaciones conducidas hasta el punto de inducir a la otra parte a confiar razonablemente en la conclusión del contrato. Para que surja tal responsabilidad no se precisa la intención de dañar, ni una conducta particularmente dolosa o incluso ni siquiera negligente, pero sí se exige una actuación generadora de la confianza, a la postre quebrada, de la otra parte. En los casos en los que se aprecia la existencia de responsabilidad por ruptura de tratos, la doctrina más numerosa y la jurisprudencia españolas la someten al régimen jurídico de la responsabilidad extracontractual. Aunque la escasa jurisprudencia existente dista mucho de ser clara, en general se estima que el daño resarcible alcanza únicamente al interés negativo o interés de la confianza, que es aquél que el lesionado hubiese evitado si no hubiese confiado, sin culpa por su parte, en que durante las negociaciones la otra parte cumpliría con los deberes inherentes a los imperativos de la buena fe. No parece que en el sistema español el lesionado como consecuencia de la ruptura pueda exigir el llamado interés positivo, esto es, la efectiva celebración del contrato. Sin embargo, no existe acuerdo a la hora de determinar el exacto alcance del interés negativo, que para algunos alcanza únicamente el reembolso de todos los gastos efectuados con motivo de aquellos tratos, como el pago de asesores, desplazamientos, alquiler de almacenes o gastos bancarios; en todo caso, gastos efectivamente realizados que no incluirían la pérdida de otras oportunidades de contratar. Por nuestra parte, en cambio, mantenemos que el interés negativo incluye tanto los gastos efectivamente realizados y que deben ser reembolsados, como la frustración de ganancias o lucros cesantes, que se concretan sustancialmente en la pérdida de otras oportunidades de contratar con un tercero. Cosa distinta es que existan dificultades probatorias -la carga incumbe

al lesionado-, para demostrar su existencia efectiva y no sustentada por meras conjeturas de esas otras oportunidades de negocio; pero esta es una dificultad común a la prueba de todos los lucros cesantes. Mayores dudas nos plantea si entre esas “pérdidas de oportunidad” que puedan ser consideradas como daños habrá de computarse también la pérdida de la oportunidad de obtener las ganancias derivadas del negocio.

Por su parte, el supuesto de responsabilidad precontractual que conduce a la celebración de un contrato inválido como consecuencia de actuaciones previas a su celebración, y que fue el origen de la figura de la *culpa in contrahendo*, ha encontrado tradicionalmente cauce a través de los vicios del consentimiento, con los que no ha sido incompatible el reconocimiento del derecho de la parte perjudicada por la invalidez a obtener la pertinente indemnización, si bien ha de reconocerse que, al menos en el Derecho español, no han sido muy numerosos los casos en los que se solicita esa indemnización. En principio, el interés tutelado por la pretensión indemnizatoria cuando el contrato es anulado es el interés negativo o interés de la confianza, en el que se incluyen tanto el daño emergente (gastos derivados de la contratación que la postre resultó frustrada), como el lucro cesante que alcanza a la pérdida de posibles oportunidades de contratar con terceros, aunque existen decisiones judiciales, también en el caso español, que parecen alcanzar al interés positivo. Todo ello siempre que el deber de información precontractual no se haya “contractualizado”, transformándose entonces en una verdadera obligación cuyo incumplimiento pondrá en marcha los remedios propios de éste, entre los que destaca el resolutorio con indemnización del interés positivo o interés en el cumplimiento. Cuestión a plantear en este último caso es si los remedios contractuales (particularmente, resolución más indemnización del interés positivo) y los precontractuales (anulación por vicio del consentimiento más interés negativo) son o no compatibles, interrogante a la que nos se da una respuesta uniforme en la doctrina. Las normas internacionales que se ocupan de ésta toman posturas parcialmente divergentes sobre las consecuencias de la violación de la buena fe precontractual de la que derivan efectos invalidantes del contrato celebrado.

Por último, también es controvertido el supuesto de celebración de un contrato válido que resulta desventajoso para la otra parte como consecuencia de la violación de los deberes precontractuales. De nuevo en este caso los sistemas europeos y las normas internacionales reconocen un derecho a la indemnización que, no sin divergencias, alcanzaría el interés de la confianza o interés negativo. Algunos sistemas prevén sobremanera que, en circunstancias en las que a pesar de la violación de los deberes precontractuales no cabría en principio la anulación contractual, se pueda apreciar que la parte que por un déficit de información ha celebrado el contrato que a la postre resulta desventajoso, pueda exigir la desvinculación contractual precisamente a título indemnizatorio. Sobremanera, también se ha reconocido en algunos casos la posibilidad de reclamar la modificación contractual. De esta suerte, los remedios propiamente indemnizatorios ante violaciones precontractuales se conjugarían con remedios propiamente contractuales, sinergia que parece gozar de un reconocimiento progresivamente creciente.

6. Bibliografía

Klaus Jochen ALBIEZ DOHRMANN (2002), "Un nuevo Derecho de obligaciones. La Reforma 2002 del BGB", *ADC*, núm. LV-3, julio, pp. 1135-1227.

Clara ASÚA GONZÁLEZ / José Javier HUALDE SÁNCHEZ (2003), "Codificación de la *culpa in contrahendo* en el Derecho alemán", en VV.AA., *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Luís Díez-Picazo*, t. II, *Derecho civil. Derecho de obligaciones*, Thomson-Civitas, Madrid, pp. 1415-1433.

Rafael ARENAS GARCÍA (2008), "La regulación de la responsabilidad precontractual en el Reglamento Roma II", *InDret* 4/2008 (www.indret.com).

Stathis BANAKAS (2009), "*Liability for Contractual Negotiations in English Law: Looking for the Litmus Test*", *InDret* 1/2009 (www.indret.com).

Enrique BARROS BOURIÉ (2006), *Tratado de responsabilidad extracontractual*, Jurídica de Chile, Santiago de Chile.

Xabier BASOZÁBAL ARRÚE (2009), "En torno a las obligaciones precontractuales de información", *ADC*, vol. 60, núm. 2, pp. 647-711.

Hugh BEALE / Arthur HARTKAMP / Hein KÖTZ / Denis TALLON (2002), *Cases, Materials and Text on Contract Law*, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon.

Massimo BIANCA (2000), *Diritto civile, III, Il contratto*, 2ª ed., Giuffrè, Milano.

Claus-Wilhelm CANARIS (1971), *Die Vertrauenshaftung in deutschen Privatrecht*, Beck, München.

-- (1988), *El sistema en la Jurisprudencia*, Fundación Cultural del Notariado, Madrid.

John CARTWRIGHT (2005), "Nota sobre el Derecho inglés, a la sentencia de la *Cour de Cass*, 26.11.2003. *Perte de Chance (Expectation Interest) and Liability of a Third Person in Case of Breaking Off Negotiations*", *ERPL*, núm. 3, pp. 443-447.

-- (2007), *Misrepresentation, mistake and non-disclosure*, Sweet and Maxwell, London.

Carlo CASTRONOVO (2009), "*Information Duties and Precontractual Good Faith*", 4 *ERPL*, pp. 559-571.

Luís DIEZ-PICAZO / Encarna ROCA TRÍAS / Antonio Manuel MORALES MORENO (2002), *Los Principios del Derecho Europeo de Contratos*, Civitas, Madrid.

Luís DIEZ-PICAZO (2007), *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol. I, Thomson-Civitas, Madrid.

-- (2009), "Notas sobre la indemnización del daño causado por el dolo incidental", *ADC*, tomo LXII, fasc. III, pp. 1043- 1054.

Gemma DíEZ- PICAZO GIMÉNEZ / Isabel ARANA DE LA FUENTE (2009), *El desbordamiento del Derecho de daños*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, Navarra.

Volker EMMERICH (2007), "311 BGB", en VV.AA., *Münchener Kommentar zum BGB*, Beck, München.

Horst EIDENMÜLLER / Florian FAUST / Hans Christoph GRIGOLEIT / Nill JANSEN / Gerhard WAGNER / Reinhard ZIMMERMANN (2008), "The Common Frame of Reference for European Private Law- Policy Choices and Codification Problems", *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 28-4, pp. 659-708.

Sjef van ERP (2004), "The Pre-Contractual Stage", en S.A. HARTKAMP et al. (eds.), *Towards a European Civil Code*, 3ª ed, Kluwer Law International.

Nieves FENOY PICÓN (2006), *El sistema de protección del comprador*, Fundación Registral, Madrid.

Werner FLÜME (1998), *El negocio jurídico, Parte general del Derecho civil*, tomo 2º, 4ª ed., traducción de José María MIQUEL/ Esther GÓMEZ CALLE, Fundación Cultural del Notariado, Madrid.

Francesco GALGANO (2004), *Diritto civile e commerciale*, vol. secondo. *Le Obbligazioni e i Contratti*, t. primo. *Obbligazioni in generale*, 4ª ed., Cedam, Padova.

María Paz GARCÍA RUBIO (1991), *La responsabilidad precontractual en el Derecho español*, Tecnos, Madrid.

— (2005), "Nota sobre el Derecho español, a la sentencia de la *Cour de Cass.*, 26.11.2003. *Perte de Chance (Expectation Interest) and Liability of a Third Person in Case of Breaking Off Negotiations*", 3 *ERPL*, pp. 443-447.

Gerrit de GEEST / Mitja KOVAC (2009), "The formation of Contracts in the Draft Common Frame of Reference", 2 *ERPL*, vol. 17, pp. 113-132.

Paula GILIKER (2003), "A role for Tort in precontractual negotiations?: an examination of English, French, and Canadian Law", 52 *ICLQ*, pp. 969-994.

Christian GRÜNEBERG et al. (2009), "§ 311 BGB", en VV.AA., *Palandt Bürgerliches Gesetzbuch*, 68 Auf., Verlag C.H. Beck, München.

Johannes HAGER (2000), "Die culpa in contrahendo in the UNIDROIT-Prinzipien und den

Prinzipien des Europäischen Vertragsrechts aus der Sicht des deutschen Bürgerlichen Rechts", en VV.AA., *Europäische Vertragsrechtsvereinheitlichung und deutsches Recht*, Herausgegeben von Jürgen Basedow, Mohr Siebeck, Tübingen, pp. 67-84.

Martin HESSELINK (2005), "Nota sobre el Derecho holandés, a la sentencia de la *Cour de Cass*, 26.11.2003. *Perte de Chance (Expectation Interest) and Liability of a Third Person in Case of Breaking Off Negotiations*", 3 ERPL, pp. 443-447.

— (2004), "The concept of Good Faith", en S.A. HARTKAMP et al. (eds.), *Towards a European Civil Code*, 3ª ed., Kluwer Law International, pp. 471-498.

Peter HUBER (2009), "Art. 3.18", en Stefan VOGENAUER / Jan KLEINHEISTERKAMP (eds.), *Comentary on the Unidroit Principles of International Commercial Contracts (PICC)*, Oxford University Press, Oxford.

Rudolf von IHERING (1861), "Culpa in contrahendo bei nichtigen oder nicht zur Perfektion gelangten Verträgen", 4 *JhJb*, pp. 1-113.

Jan KLEINHEISTERKAMP (2009), "Art. 2.1.15, Art. 2.1.16", en Stefan VOGENAUER / Jan KLEINHEISTERKAMP (eds.), *Comentary on the Unidroit Principles of International Commercial Contracts (PICC)*, Oxford University Press, Oxford.

Albert LAMARCA I MARQUÉS (2002), "Entra en vigor la ley de modernización del derecho alemán de obligaciones", *InDret* 1/2002 (www.indret.com).

Ole LANDO / Hugh BEALE (eds.) (2000), *Principles of European Contract Law, Parts I and II*, Kluwer Law International, The Hague/London/Boston.

Matthias LEHMANN (2009), "Die Zukunft der culpa in contrahendo in Europäischen Privatrecht", 4 *ZEuP*, pp. 693-715.

Stefan LEIBLE (2008), "Culpa in contrahendo", en Oliver REMIEN, *Schuldrechtsmodernisierung und Europäisches Vertragsrecht*, Mohr Siebeck, Tübingen, pp. 217-234.

Dirk LOOSCHELDERS (2008), *Schuldrecht: Allgemeiner Teil*, ed. 6., neu bearbeitete Auflage, Carl Heymanns, München.

Peter MANKOWSKI (2003), "Die Qualifikation der culpa in contrahendo. Nagelprobleme für den Vertragsbegriff des europäischen IZPR und IPR", *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, año 23, núm 2, pp. 127-135.

Gerald MÄSCH (2005), "Nota sobre el Derecho alemán, a la sentencia de la *Cour de Cass*, 26.11.2003. *Perte de Chance (Expectation Interest) and Liability of a Third Person in Case of Breaking Off Negotiations*", 3 ERPL, pp. 443-447.

Maria MEDINA ALCOZ (2005), "La ruptura injustificada de los tratos preliminares: notas acerca de la responsabilidad precontractual", *RDP*, mayo-junio, pp. 79-105.

Marta REQUEJO ISIDRO (2002), "Comentario a la STJCE, de 17 de septiembre de 2002, as. C-334/00, Tacconi", *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. LIV, pp. 877-881.

Reiner SCHULZE (2006), "Deberes precontractuales y conclusión del contrato en el Derecho contractual europeo", *ADC*, pp. 29-58

Hans SCHULZE- NÖLTKE / Ansgar STAUDINGER (2005), *Bürgerliches Gesetzbuch, Handkommentar 4. Auf.*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden.

Ruth SEFTON-GREEN (2005), *Mistake, Fraud and Duties to Inform in European Contract Law*, Cambridge University Press, Cambridge.

Jorge Ferreira SINDE MONTEIRO (2003), "Culpa in contrahendo", *Cuadernos de Justiça Administrativa*, núm. 42, pp. 1- 14.

Gema TOMÁS (2008), "Damages for Fraud in Case of not Avoiding de Contract", en Antoni VAQUER ALOY (ed.), *European Private Law Beyond the Common Frame of Reference. Essays in Honour of Reinhard Zimmermann*, Europa Law Publishing, Netherlands, pp. 65-75.

Pablo VALÉS DUQUE (2006), "La responsabilidad precontractual o culpa in contrahendo", en VVAA, *Libro Homenaje al Prof. Manuel Amorós Guardiola*, vol. I, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Centro de Estudios, Madrid, pp. 713-748.

José Ramón de VERDA Y BEAMONTE (2006), "Algunas reflexiones sobre el dolo como causa de invalidez del contrato y como fuente de responsabilidad precontractual", en VVAA, *Libro homenaje al Prof. Manuel Amorós Guardiola*, vol. I, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Centro de Estudios, Madrid, pp. 761-777.

Stefan VOGENAUER (2006), "An Empire of Light? II. Learning and Lawmaking in Germany Today", *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 26-4, pp. 627-663.

— (2009), "Art. 1.7", en Stefan VOGENAUER / Jan KLEINHEISTERKAMP, *Commentary on the Unidroit Principles of International Commercial Contracts (PICC)*, Oxford University Press, Oxford.

Simon WHITTAKER / Reinhard ZIMMERMANN (2000), *Good Faith in European Contract Law*, Cambridge University Press, Cambridge.

Thomas WILHELMSSON (1999), "Good Faith and the Duty of Disclosure in Commercial Contracting- The Nordic Experience", en Roger BROWNSWORD / Norma J. HIRD / Geraint

HOWELLS, *Good Faith in Contract. Concept and Context*, Ashgate-Dartmouth, Aldershot.

7. *Tabla de jurisprudencia citada*

Sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas

<i>Sala y Fecha</i>	<i>Asunto</i>	<i>Aranzadi</i>	<i>Partes</i>
Pleno, 17.9.2002	C-334/00	TJCE 2002\254	<i>Fonderie Oficien Meccaniche Tacconi SpA v. H. Wagner Sinto Maschinenfabrik GMBH (HWS)</i>
Sala Sexta, 11.7.2002	C-96/00	TJCE 2002\28	<i>Caso Proceso Penal v. Rudolf Gabriel</i>

Sentencias del Tribunal Supremo español

<i>Sala y Fecha</i>	<i>Ar.</i>	<i>Magistrado Ponente</i>	<i>Partes</i>
1ª, 28.10.1974	RJ 1974\4490	Manuel Prieto Delgado	<i>Cándida c. José, Elena, Antonio, Purificación y Leopoldo</i>
1ª, 26.10.1981	RJ 1981\4001	Carlos de la Vega Benayas	<i>"Industrias Abella, S.A.", "NUTRIMAX, S.A." y "Lecheras Españolas, S.A." c. "Unión Alimentaria Sanders, S.A."</i>
1ª, 1.10.1986	RJ 1986\5229	Matías Malpica González Elipe	<i>Hans Michael c. Ferdinand</i>
1ª, 13.12.1989	RJ 1989\8824	Eduardo Fernández-Cid de Temes	<i>Ayuntamiento de Granada c. "Caja Rural Provincial de Granada Sociedad Cooperativa de Crédito"</i>
1ª, 26.2.1994	RJ 1994\1198	Alfonso Villagómez Rodil	<i>"Montoro Iluminación, S.A." c. "Expo Grupo, S.A.", "Activos de Gestión, S.A." y Antonio</i>
1ª, 3.6.1994	RJ 1994\4576	Jaime Santos Briz	<i>Ignacio c. María Ángeles</i>
1ª, 19.7.1994	RJ 1994\6698	José Almagro Nosete	<i>Manuela y Rafael, en su propio nombre y en beneficio de la comunidad hereditaria de Manuel, y "Terramare Sociedad Cooperativa" c. "Pescanova, S.A."</i>
1ª, 3.6.1998	RJ 1998\3715	Antonio Gullón Ballesteros	<i>José Luís c. Martín, Tomasa e Hilario</i>
1ª, 14.6.1999	RJ 1999\4105	Román García Varela	<i>Ayuntamiento de Alagón c. "Doux Ibérica, S.A."</i>
1ª, 16.12.1999	RJ 1999\8978	Ignacio Sierra Gil de la Cuesta	<i>Jorge Luís, Alexander y "A&E, S.A." c. "Banco Árabe Español, S.A." y "Árabe Española de Comercio, S.A."</i>
1ª, 2.6.2000	RJ 2000\5092	Francisco Marín Castán	<i>José Carlos c. "Distribuidora Industrial, S.A." y "Prodalca España, S.A."</i>

1ª, 30.6.2000	RJ 2000\6747	Alfonso Villagómez Rodil	"Sansonite Corporation" c. Estado
1ª, 31.10.2001	RJ 2001\9639	Alfonso Villagómez Rodil	"Banco Atlántico, S.A." c. "Industrias Químicas y Asociados, S.A." y otros
1ª, 31.3.2003	RJ 2003\2839	Alfonso Villagómez Rodil	María de los Ángeles c. Juan, Francisco (y sus esposas) y Compañía "Catalana Occidente, S.A. de Seguros y Reaseguros"
3ª, 2.7.2004	RJ 2004\5226	Antonio Martí García	"Corsam, Empresa Constructora, S.A." y "Agroman, Empresa Constructora, S.A." c. Resolución del director general de Obras Hidráulicas y Calidad de Aguas del Ministerio de Medio Ambiente
3ª, 10.10.2006	RJ 2006\7649	Antonio Martí García	"Dragados, Obras y Proyectos, S.A." c. Resolución del Secretario de Estado de Aguas y Costas
1ª, 18.1.2007	RJ 2007\529	Xavier O'Callaghan Muñoz	"Infoleasing, Sociedad de Arrendamiento Financiero, S.A." c. Juan Enrique, José Ramón, David, Teresa, Diana, "Juguetes Feber, S.A.", "Comercial Roiffer, S.A." y "Creatividad y Diseño, S.A."
1ª, 22.2.2007	RJ 2007\1520	Juan Antonio Xiol Ríos	"Catalana Occidente S.A." C. "Iberdrola Distribuciones Electrica S.A.U"
1ª, 30.5.2007	RJ 2007\4338	José Antonio Seijas Quintana	Everardo c. "Winterthur, S.A."
1ª, 25.4.2008	RJ 2008\1994	Antonio Salas Carceller	"Basilio Iglesias, S.L." c. "Desarrollo Inmobiliario Andaluz, S.A."
1ª, 5.5.2009	RJ 2009\2907	Jesús Corbal Fernández	"Esso Española, S.A." c. "El Cabaco Medios y Gestión, S.L." y Enma