

Universidad de Chile
Facultad de Derecho
Departamento de Derecho Privado
Contratos Parte Especial (Derecho Civil VII)
Profesores Enrique Barros Bourie y Nicolás Rojas Covarrubias

MATERIALES I

Negociaciones preliminares y contratos preparatorios

1. CELEDÓN, ROSARIO y SILVERMAN, PATRICIA, *Responsabilidad precontractual por ruptura de negociaciones contractuales*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile. (2010). Págs. 17 a 33, 55 a 86 y 105 a 144.
2. DE LA MAZA, ÍÑIGO, *Los límites del deber precontractual de información*, Pamplona, Thomson Reuters (Aranzadi). (2010). Págs. 69 a 78, 105 a 123, 207 a 220 y 241 a 266.

Ninguna parte de esta publicación, incluido el diseño de la cubierta, puede ser reproducida, almacenada o transmitida en manera alguna ni por ningún medio, ya sea eléctrico, químico, mecánico, óptico, de grabación o de fotocopia, sin permiso previo del editor.

1977

Dº Cív
C 392 9
2010

ROSARIO CELEDÓN FÖRSTER
PATRICIA SILBERMAN VESZPREMI

RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL POR RUPTURA DE NEGOCIACIONES CONTRACTUALES

Obra destacada con el
PREMIO ÁLVARO PUELMA ACCORSI

© ROSARIO CELEDÓN FÖRSTER
© PATRICIA SILBERMAN VESZPREMI

© EDITORIAL JURÍDICA DE CHILE
Ahumada 131, 4º piso, Santiago

Registro de Propiedad Intelectual
Inscripción Nº 188.517, año 2010
Santiago - Chile

Se terminó de imprimir esta primera edición
de 400 ejemplares en el mes de febrero de 2010

IMPRESORES: Salesianos Impresores S. A.

IMPRESO EN CHILE / PRINTED IN CHILE

ISBN 978-956-10-1992-8



www.editorialjuridica.cl

BARROS LETELIER Y CIA. LTDA.
BIBLIOTECA

DESCRIPCIÓN DE LA PROBLEMÁTICA
DE LA RUPTURA DE LAS NEGOCIACIONES
CONTRACTUALES

Uno de los presupuestos básicos en torno al cual se estructura el derecho privado es la facultad que se reconoce a los particulares para conformar sus relaciones jurídicas con autodeterminación y responsabilidad, adecuándolas a sus necesidades e intereses.¹ Con ese objeto, se reconoce a los individuos un ámbito de libre actividad, en que la producción y el intercambio de bienes y servicios descansan en su iniciativa privada.

Desde esta perspectiva, el contrato cumple un rol esencial en la concreción del principio de autonomía de la voluntad, en la medida en que hace posible la descentralización de las relaciones jurídicas al operar como instrumento básico de interacción entre los distintos agentes económicos.

En el ámbito de los negocios jurídicos, la autonomía privada se traduce en el reconocimiento de la libertad de contratación de las partes. En virtud de dicha libertad las partes pueden decidir libremente cuándo y con quién entablar negociaciones con miras a perfeccionar un contrato y también decidir cómo y por cuánto tiempo proseguir con los esfuerzos para llegar a un acuerdo. De igual modo, las partes pueden optar libremente entre contratar o abstenerse de hacerlo.²

¹ En concepto de Emilio Betti, esta facultad deriva de la autonomía privada que se reconoce a los particulares para regular sus intereses, actuando según su propio juicio y responsabilizándose por las consecuencias de su comportamiento. BETTI, EMILIO, *Teoría general del negocio jurídico* (traducción y concordancias con el derecho español de A. Martín Pérez), Granada, Editorial Comares, 2000, p. 46.

² En el ámbito de las negociaciones contractuales, se reconocen a los individuos las siguientes facultades como manifestaciones de la libertad contractual: a) libertad



En ejercicio de su libertad contractual, las partes pueden involucrarse en un proceso de negociaciones a fin de deliberar acerca de los términos y condiciones de la operación jurídica que desean realizar y evaluar la conveniencia de dicha transacción.³ Asimismo, durante este período exploratorio, los eventuales contratantes pueden intercambiar sus puntos de vista, formular propuestas y evaluar las opciones recibidas de su contraparte, a fin de precisar el contenido del contrato que desean celebrar.⁴

para contratar o abstenerse de hacerlo; b) libertad para elegir con quién contratar; c) libertad para determinar el contenido del contrato a celebrar y, d) libertad para determinar la forma de los acuerdos, siendo la regla general la consensualidad. En este sentido se pronuncian TERRÉ, FRANÇOIS; SIMLER, PHILIPPE, y LEQUETTE, IVES, *Droit Civil: Les Obligations*, 7ª edición, París, Editorial Dalloz, 1999, p. 29. Una conceptualización similar se encuentra en derecho chileno en VIAL DEL RÍO, VÍCTOR, y LYON PUELMA, ALBERTO, *Actos jurídicos y personas*; volumen N° 1 "Teoría general del acto jurídico", 2ª edición, Ediciones Universidad Católica, Santiago, 1991, p. 52.

³ El desarrollo de un proceso de negociaciones contractuales aparece como necesario para alcanzar la composición de intereses contrapuestos que supone la celebración de todo contrato, aunque la complejidad y extensión de la etapa precontractual dependerá, en gran medida, de la índole y magnitud de la transacción que las partes pretenden llevar a cabo. Esta vinculación entre negociación y contratación ha llevado a algunos autores incluso a cuestionar la voluntariedad de aquellas categorías contractuales en que la posibilidad de negociar se encuentra descartada o resulta improbable, como es el caso de los contratos de adhesión o de los contratos forzosos.

⁴ En términos generales, puede decirse que las partes negocian porque consideran que al coordinar sus objetivos con los de otros individuos alcanzarán mejores resultados que actuando solos. Recurriendo a una analogía ya planteada por el análisis económico del derecho, podría analizarse el proceso de negociación contractual bajo la óptica de la teoría de juegos, desarrollada en el ámbito de las ciencias sociales. Bajo este marco conceptual, el proceso de negociaciones es considerado como una actividad que permite a las partes maximizar las ganancias de la transacción y en que cada interesado en la conclusión del contrato determina su estrategia de acción en respuesta a las conductas y actitudes de la parte contraria. Podría decirse que, en el desarrollo de las negociaciones contractuales, las partes negociadoras se enfrentan a un dilema al definir sus tácticas óptimas y estrategias comunicacionales, por lo que se advierte que la adopción de comportamientos cooperativos y confiables resulta beneficioso para ambas partes. En otras palabras, la estrategia óptima que un negociante puede adoptar en el contexto de una negociación contractual dependerá del plan de acción escogido por la otra. En este contexto, la teoría de juegos puede constituir un gran aporte en cuanto herramienta de análisis de la dinámica que tiene lugar entre los eventuales contratantes aunque no otorgue soluciones exhaustivas a los problemas que pueden tener lugar en el período precontractual. Una exposición sistemática de la aplicación de la teoría de juegos a la contratación, puede encontrarse en SCHÄFER, HANS-BERND, *Manual del análisis económico del Derecho Civil*, traducción de

Tal como se ha puesto de manifiesto en el derecho comparado, esta libertad que se reconoce a los individuos durante todo el iter contractual puede concebirse desde una perspectiva tanto positiva como negativa.⁵ En su dimensión positiva, la libertad de contratar supone que las partes son libres de crear un contrato vinculante, por lo que tanto la formación de ese acuerdo contractual como la selección de su contenido deben ser reconducibles a la intención de las partes.⁶

En tanto, la concepción de la libertad contractual en sentido negativo implica reconocer que las partes permanecen libres de toda obligación mientras no hayan celebrado un contrato válido y ejecutable.⁷

Es precisamente esta dimensión negativa de la libertad contractual la que explica que, durante el desarrollo de las negociaciones contractuales, las partes deban permanecer libres de conducir la negociación como les parezca. Por lo mismo, las partes pueden involucrarse en todas las conversaciones paralelas que quieran a fin de comparar diversas proposiciones, elegir las más ventajosas e incluso poner fin libremente a las negociaciones que dejen de convenir a sus intereses.⁸

La libertad contractual que predomina en este período implica que por el solo hecho de involucrarse en negociaciones

Macarena Von Carlstenn, Editorial Tecnos, Madrid, 1991, p. 315, y en KATZ, AVERY, "The strategic structure of offer and acceptance: Game Theory and the Law of Contract Formation", en *Michigan Law Review*, volumen N° 89, 1990.

⁵ Esta doble dimensión de la libertad contractual ha sido desarrollada por la autora Nili Cohen en "Precontractual Duties: Two freedoms and the contract to negotiate", publicado en "Good faith and fault in Contract Law", Oxford University Press, 1997, p. 25. En este artículo la autora israelí postula la posibilidad de aplicar al ámbito de la libertad contractual las reflexiones en torno al significado de la libertad planteadas por el filósofo Isaiah Berlín en el artículo "Two Concepts of Liberty", publicado en "Four Essays on Liberty", 1969, p. 118.

⁶ BEATSON, JACK, y FRIEDMANN, DANIEL, "Introduction: From 'Classical' to Modern Contract Law", en *Good Faith and Fault in Contract Law*. Edición de Jack Beatson y Daniel Friedmann, Oxford University Press, 1995, pp. 7 y ss.

⁷ Al interior de la tradición jurídica del *Common Law*, esta dimensión negativa de la libertad contractual es conceptualizada bajo la expresión "freedom from contract" en oposición a la calificación de la libertad contractual en sentido positivo como "freedom to contract". COHEN, NILI, *op. cit.* [nota 5], pp. 25 y ss.

⁸ TERRÉ, FRANÇOIS; SIMLER, PHILIPPE, y LEQUETTE, IVES, *op. cit.* [nota 2], p. 168.



contractuales no se crea una relación jurídica entre las partes. Por lo tanto, las partes negociadoras no quedan vinculadas por los tratos previos, ni asumen la obligación de concluir exitosamente el proceso de negociación.

En efecto, cada parte que se involucra en un proceso de negociaciones sabe, desde su inicio, que éstas no necesariamente se traducirán en la celebración del contrato proyectado, ya que puede suceder que las conversaciones finalicen sin que las partes hayan alcanzado un acuerdo. Sin embargo, quien entra en negociaciones con miras a celebrar un contrato aspira a que este proceso se desarrolle en forma seria, sincera y correcta, aunque no se alcance necesariamente el perfeccionamiento de un contrato.

En definitiva, cada parte negociadora confía en que el ejercicio de la libertad contractual de la otra parte no atentará contra su propia libertad de negociación. Cada individuo negocia bajo la expectativa que la otra parte no lo inducirá a negociar sin la intención seria de celebrar un contrato, que no prolongará deliberadamente las tratativas para luego contratar con un tercero ni interrumpirá abusiva e injustificadamente las negociaciones.

Precisamente el hecho que una parte pueda actuar de un modo abusivo o deshonesto durante las negociaciones, causando daños a la otra parte, es lo que explica que la facultad de entablar negociaciones libremente y discutir sobre los términos a negociar no puede ser ilimitada. En este sentido, se advierte que la prerrogativa que se reconoce a las partes de poner término a las negociaciones contractuales encuentra su límite en el desarrollo de conductas de mala fe o conductas en extremo indebidas que pueden traducirse en la lesión de las expectativas razonables desarrolladas por la otra parte durante el curso de la negociación.⁹

⁹ La necesidad de reconocer límites a la facultad de poner término a las negociaciones preliminares ha sido ampliamente discutida en el derecho comparado. Así, en la mayoría de los ordenamientos jurídicos se contempla alguna norma que establece que una vez que una parte ha formulado una oferta de contrato, ésta sólo puede ser revocada dentro de los límites establecidos en las reglas sobre formación del consentimiento. De la misma forma, se ha estimado que aun antes de que esa etapa se haya alcanzado o en aquellos procesos de negociaciones en que no se presenta una secuencia de oferta y aceptación o resulta difícil determinar la concurrencia de una oferta legal, una parte tampoco deberá permanecer libre de poner término a las negociaciones abruptamente o en detrimento de su conegociante que

Tal como se ha señalado anteriormente, la participación en un proceso de negociaciones puede demandar la realización de gastos, desembolsos e inversiones destinados a incrementar las ganancias esperadas del contrato proyectado. De igual modo, e inducida por la expectativa de realización del contrato, una parte puede dejar pasar otras oportunidades convenientes a sus intereses, todo lo cual se traducirá en pérdidas para esa parte si las negociaciones no llegan a buen término.

Por lo anterior, ante el fracaso de las negociaciones contractuales, se hace necesario determinar cuál de las partes negociadoras debe asumir los perjuicios en que se convierten todos aquellos gastos e inversiones que éstas pueden haber realizado durante el período precontractual. Esto supone establecer si cada parte debiera soportar, a su propio riesgo, cualquier daño derivado de la frustración de las negociaciones o, si, por el contrario, existen razones para sostener que, bajo ciertas circunstancias, tales perjuicios deben ser atribuidos a la parte que ha abandonado el proceso de negociaciones.

Cabe señalar que la solución de este conflicto en cada ordenamiento jurídico depende principalmente tanto del enfoque adoptado respecto de la contratación como del rol que se atribuye a la libertad contractual en este ámbito.

Así, bajo un enfoque esencialmente liberal, el contrato se concibe como una institución que permite a los individuos regular en forma autónoma y descentralizada sus intereses, lo que desde una perspectiva kantiana expresa la facultad del individuo para autolegislarse.¹⁰

ha efectuado gastos y desperdiciado la oportunidad de celebrar otros contratos, confiando en la conclusión del contrato proyectado. Sin embargo, se debe tener presente que determinar cuándo se ha alcanzado ese punto sin retorno, dependerá de las circunstancias concretas del caso, en especial en qué medida una parte como resultado de la conducta de la otra, tenía razones suficientes para confiar en que las negociaciones tendrían resultados positivos así como si las partes ya han alcanzado acuerdos sobre los elementos esenciales del contrato a celebrar. Al respecto, véase comentarios al artículo 2.15. de *Principios sobre los contratos mercantiles internacionales*, publicados por el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT), 2ª impresión corregida y editada, Roma, 1995.

¹⁰ Esta concepción individualista de la contratación, que el autor español Luis Díez-Picazo denomina "Voluntarismo Jurídico", se traduce en que la creación de obligaciones es considerada como un acto soberano del individuo, que enajena o



En este sentido, se reconoce a las partes una amplia libertad para negociar los contratos que pretenden celebrar, relevándolas de cualquier riesgo de incurrir en responsabilidad durante este período.¹¹ Mientras el contrato no se encuentre perfeccionado, las partes negociadoras no tienen obligación de conducirse de manera particular alguna, pudiendo cualquiera de ellas romper las negociaciones en cualquier momento, sin necesidad de invocar justificación o fundamento alguno.¹²

Desde esta perspectiva, las negociaciones contractuales son concebidas como un proceso esencialmente aleatorio, de tal manera que cualquier pérdida sufrida en razón de su fracaso resulta enteramente previsible para las partes por tratarse de un riesgo intrínseco de toda negociación.¹³

Así, bajo el prisma liberal, la parte que entra en negociaciones en la esperanza de obtener ganancias con la celebración de un contrato asume el riesgo de cualquier pérdida que pueda sufrir en

limita voluntariamente su propia libertad. De esta manera, el contrato se convierte en el fundamento de todo el derecho y de todas las relaciones jurídicas. DIEZ-PICAZO, LUIS, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, volumen I "Introducción Teoría del Contrato", 5ª edición, Editorial Civitas, Madrid, 1996, p. 124.

¹¹ Tal como ha señalado el autor Allan Farnsworth en relación a la tradición jurídica del *Common Law*, tradicionalmente se ha reconocido a las partes la libertad de negociar sin el riesgo de incurrir en responsabilidad precontractual. A su juicio, lo anterior se debe a que las reglas clásicas de formación de los contratos dejan a las partes una amplia libertad de negociación, pudiendo cada parte retirarse libremente de las negociaciones, mientras el contrato no se encuentra perfeccionado por la concurrencia de una oferta y una aceptación. FARNSWORTH, ALLAN, "Precontractual Liability and Preliminary Agreements: Fair dealing and failed negotiations", publicado en *Columbia Law Review*, volumen N° 87, 1987, pp. 222 y ss.

¹² FARNSWORTH, ALLAN, *op. cit.* [nota 11], p. 222.

¹³ Las reglas del juego que asumen quienes se involucran en una negociación se traducen en que, tal como advierte el autor Werner Flume, "cada parte actúa a su propio riesgo si, confiando en que el contrato llegue a existir, hace gastos o deja pasar la posibilidad de celebrar el contrato con otro". FLUME, WERNER, *El negocio jurídico*. Traducción de José María Miquel González y Esther Gómez Cañas. Tomo II, 4ª edición, Madrid, Fundación Cultural del Notariado, 1998, p. 723. Por su parte, la autora Nadia Nedzel da cuenta que esta concepción de la negociación como una actividad aleatoria por esencia se traduce en que cualquier pérdida derivada del fracaso de una negociación contractual es previsible para la parte perjudicada, y, por lo tanto, sólo excepcionalmente podrá reclamarse su reparación. NEDZEL, NADIA, "A Comparative Study of Good Faith, Fair Dealing, and Precontractual Liability", *The Tulane European and Civil Law Forum*, 1997, pp: 109 y ss.

el evento en que la otra parte abandone, incluso abruptamente, dichas negociaciones.¹⁴

De este modo, se considera que mientras las partes no han manifestado claramente su intención de quedar vinculadas, permanecen libres de toda obligación y así quien decide no seguir adelante con un proceso de negociaciones contractuales está simplemente ejerciendo su libertad de no contratar.

Por esta razón, en la tradición liberal se considera que la imposición de responsabilidad por retiro de las negociaciones constituye una limitación innecesaria a la libertad contractual en su dimensión negativa, que no sólo atenta contra la noción misma de contrato recogida en esta tradición jurídica, sino que puede generar un efecto indeseable al desincentivar a las partes a entrar en negociaciones.¹⁵

Desde otro enfoque, el contrato puede concebirse como una institución destinada a incentivar y fomentar la cooperación entre los individuos, permitiendo a las partes negociadoras obtener beneficios a través de la coordinación de sus expectativas mutuas.¹⁶

¹⁴ De acuerdo a este enfoque liberal de la contratación, se considera que mientras las partes no han concluido un contrato son libres de comportarse del modo que convenga a sus intereses, pudiendo incluso retirarse de las negociaciones sin incurrir en responsabilidad por los daños o costos infligidos a la otra parte. Bajo esta premisa, la parte agraviada por la ruptura de las negociaciones tendría que asumir inevitablemente los daños patrimoniales que puede experimentar si la negociación no llega a buen término, sin que pueda compensar los costos en que ha incurrido durante la negociación con aquellos beneficios que esperaba obtener de la celebración del contrato proyectado. FARNSWORTH, ALLAN, *op. cit.* [nota 11], p. 222. Esta regla según la cual cada parte actúa a su propio riesgo y por tanto debe velar por sus propios intereses sin que pueda exigir una compensación por las consecuencias perjudiciales que experimenta, también es conocida como la máxima del "*Caveat Emptor*". KESSLER, FRIEDRICH y FINE, EDITH, "Culpa in contrahendo, bargaining in good faith and freedom of contract: a comparative study", publicada en *Harvard Law Review*, 1964, volumen 77, N° 3, p. 440.

¹⁵ En este sentido, el autor Allan Farnsworth advierte que la imposición de responsabilidad precontractual puede operar como un elemento disuasivo respecto de aquellas personas que pretenden entrar en negociaciones en que las posibilidades de éxito son reducidas. FARNSWORTH, ALLAN, *op. cit.* [nota 11], pp. 222 y ss.

¹⁶ Así, el autor Emilio Betti considera que en el núcleo mismo del concepto de contrato se encuentra el deber de cooperación que surge entre las partes contratantes ya en el período precontractual, que ha de servir no sólo para alcanzar la finalidad particular de los interesados, sino la meta misma del contrato. BETTI, EMILIO, *Cours de Droit Civil Comparé. Des Obligations*, N° 79, p. 13, citado en REZZÓ-



Por lo mismo, la negociación se presenta como un proceso de construcción de una relación de confianza recíproca entre las partes negociadoras que les permite planificar anticipadamente la forma en que desarrollarán sus intercambios y que genera expectativas acerca de los beneficios que pueden derivarse de dicha transacción.¹⁷

Este contexto justifica la imposición de deberes de conducta en las partes negociadoras y la obligación de negociar de buena fe y actuar en forma leal y honesta. Dichas obligaciones tienen por finalidad evitar que quienes participan en dicha negociación contractual vean defraudadas las expectativas que razonablemente pueden haber desarrollado a partir de la conducta del otro negociante.¹⁸

Así, se considera que la inobservancia del deber de buena fe que debe presidir los actos preparatorios de un contrato puede generar graves entorpecimientos e incluso la paralización del tráfico jurídico. Por lo tanto, se justifica el establecimiento de un límite a la libertad contractual de las partes negociadoras mediante la sanción de los comportamientos contrarios a la honestidad y lealtad exigible a las partes durante el período de preparación del contrato.

Bajo este enfoque, aunque no se obliga a las partes a concluir el negocio jurídico proyectado, se da cuenta del carácter de instrumento de cooperación que cabe al contrato al admitir la imposición de ciertos deberes de conducta durante el proce-

NICO, JUAN CARLOS, *Principios fundamentales de los contratos*. Buenos Aires, Editorial Astrea, 1999, p. 475.

¹⁷ GOETZ, CHARLES, y SCOTT, ROBERT, "Enforcing promises: An examination of the basis of contract", publicado en *Yale Law Journal*, volumen N° 89, 1980, pp. 1267-1270.

¹⁸ A juicio del autor Luis Díez-Picazo, el fundamento de esta concepción se encuentra en una norma ética derivada de la buena fe, implícita en toda relación contractual, que "se basa en la idea de que los hombres deben poder contar con que aquellos con quienes tratan en el intercambio social actuarán de buena fe y por tanto llevarán a cabo las expectativas razonables que sus promesas o su conducta hayan creado razonablemente en los demás. La buena fe exige no defraudar la confianza que en otro puede haber creado nuestra promesa o nuestra conducta y por lo tanto impone el deber de atenerse a la palabra dada". DÍEZ-PICAZO, LUIS, *op. cit.* [nota 10], p. 124.

so de negociaciones contractuales. La inobservancia de dichos deberes da lugar a la obligación de reparar los daños causados por quien ha incurrido en una conducta contraria al estándar de comportamiento debido.

De lo expuesto anteriormente, puede advertirse que la protección irrestricta de la libertad de contratación en el ámbito de las negociaciones que se postula en la tradición liberal, conduciría a un rechazo casi absoluto de la responsabilidad precontractual. Bajo este enfoque se admite la procedencia de responsabilidad precontractual sólo en circunstancias extremas de dolo o mala fe, en circunstancias que el abandono de un proceso de negociaciones puede traducirse en perjuicios injustos para la parte que ha visto defraudadas sus expectativas razonables.¹⁹

Por otra parte, la imposición a las partes negociadoras de deberes positivos de conducta derivados de la buena fe puede resultar excesiva en un escenario en que debe primar la libertad de negociación para que las partes puedan alcanzar libremente los fines perseguidos con ella.

En este sentido, parece razonable sostener que para resolver el conflicto suscitado por la ruptura de un proceso de negociaciones, más que adherir en forma absoluta a alguno de los enfoques planteados anteriormente, se deben tomar en consideración aquellos aspectos relevantes que cada una de estas visiones pone de manifiesto.

Así, se debe tener presente que la dinámica en que se desarrollan las negociaciones contractuales supone que éstas tienen lugar en un ámbito de libertad en que cada parte puede actuar conforme le parezca, debiendo velar por sus propios intereses para obtener

¹⁹ La profesora Joanna Schmidt advierte que el respeto absoluto de la libertad contractual durante la fase preparatoria conduciría a rechazar toda intervención jurídica en este terreno por considerar que los participantes son libres de llevar la negociación como les parezca y que los comportamientos indebidos en que éstos eventualmente pueden haber incurrido no debieran ser sancionados por el derecho. Sin embargo, esta autora hace presente que el afán de seguridad experimentado por los negociantes requiere una intervención jurídica que les asegure las posiciones negociadas. Asimismo, señala que entre estos dos imperativos opuestos, el derecho deberá asumir el rol armonizador de las relaciones sociales que le cabe e interrogarse por las técnicas de intervención adecuadas. SCHMIDT-SZALEWSKI, JOANNA, "La sanction de la faute précontractuelle", en *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, tomo LXII, 1974, pp. 49-50.



las ventajas propias de la negociación. Sin embargo, también se debe considerar que esta libertad de actuación que se reconoce a las partes negociadoras no puede llegar al punto de permitir que las partes se comporten en forma deshonesto o extremadamente indebida, causando con ello daños a la otra parte.

En razón de lo anterior, se advierte que la mayoría de los ordenamientos jurídicos modernos —ya sea adhiriendo a un enfoque liberal o imponiendo a las partes un deber de negociar de buena fe— han tendido a reconocer la primacía de la libertad contractual en la fase de las negociaciones. Al mismo tiempo, en tales sistemas jurídicos se admite que dicho principio debe ser moderado a fin de impedir que los negociantes desarrollen conductas ilícitas que posteriormente se traduzcan en el fracaso de las negociaciones.

De esta forma, se ha señalado que incurriría en responsabilidad precontractual quien inicia o continúa un proceso de negociaciones de mala fe o sin la intención seria de concluir el contrato proyectado.

También se ha sostenido que resulta reprochable iniciar las negociaciones haciendo creer a la otra parte que con seguridad se realizaría un contrato, en circunstancias en que se sabía o se debía saber que dicho acuerdo era irrealizable por motivos externos.²⁰

Asimismo, se considera reprochable la conducta de quien prolonga deliberadamente un proceso de negociaciones para desviar a la contraparte de otras oportunidades de contratar o bien la conducta de quien mantiene contactos negociales con la única finalidad de obtener ventajas en negociaciones paralelas. Otro supuesto de esta índole, que justificaría la imposición de responsabilidad precontractual, se ha identificado en aquellos casos en que una parte deliberadamente ha engañado a la otra parte sobre la naturaleza o elementos integrantes del contrato propuesto, ya sea tergiversando los hechos o absteniéndose de revelar ciertos hechos que debieron haber sido informados atendida la naturaleza de las partes y/o del contrato.

²⁰ Al respecto, véase comentarios a artículo 2.15. de *Principios sobre los contratos mercantiles internacionales*, publicados por el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT), *op. cit.* [nota 9].

De igual modo, se ha considerado inadmisibles la conducta de quien interrumpe injustificadamente un proceso de negociaciones avanzado, luego de haber creado, con su comportamiento, un alto grado de confianza en la conclusión segura del contrato proyectado.

En este sentido, los siguientes casos se han identificado en el derecho comparado como supuestos de responsabilidad precontractual:

—Un profesional es contactado por una empresa para asumir un alto cargo directivo en las nuevas dependencias de la compañía ubicadas en otra ciudad. Atendido a que se le había informado que el traslado era inminente y que el puesto de trabajo le sería asignado con toda seguridad, el profesional adopta las medidas necesarias para asumir su nuevo cargo (venta del automóvil, búsqueda de nueva casa, renuncia de su esposa al trabajo, etc.). Posteriormente, el profesional es informado por la empresa que ha seleccionado a otra persona para hacerse cargo de las nuevas instalaciones, resultando perjudicado por el fracaso de sus expectativas de traslado.

—Un empresario interesado en la adquisición de equipos de alta tecnología entra en negociaciones con el distribuidor local de maquinarias manufacturadas por una empresa extranjera. Después de un largo período de negociaciones durante el cual el empresario había incluso viajado a conocer el proceso de fabricación de la maquinaria, el distribuidor le comunica repentinamente que no podría venderle el equipo solicitado, puesto que ya había firmado un contrato con uno de los competidores del empresario en virtud del cual se obligaba a proveerle en forma exclusiva dicha maquinaria, obligándose a no vender otra máquina de similares características en la misma zona.²¹

—Una empresa multinacional asegura a un comerciante el otorgamiento de una franquicia si este último adopta las medidas necesarias para ganar experiencia en el rubro y acuerda invertir una suma determinada de dinero. Durante los años siguientes, el comerciante realiza diversas gestiones con la finalidad de concluir

²¹ Estos casos se encuentran referidos en los *Principios sobre los contratos mercantiles internacionales*, *op. cit.* [nota 9].



el contrato contando siempre con la seguridad otorgada por la multinacional que le sería otorgada la franquicia solicitada. Una vez que el comerciante ha dado cumplimiento a todas las condiciones requeridas para firmar el contrato, la empresa le informa que deberá invertir una suma de dinero sustancialmente mayor a la señalada previamente y al negarse el comerciante a dar cumplimiento a esta nueva exigencia, la empresa decide poner término a las negociaciones destinadas a implementar la franquicia antes referida.

También se ha calificado como hipótesis de responsabilidad el comportamiento de quien después de haber alcanzado un acuerdo verbal con la otra parte acerca de todos los elementos del contrato que pretende celebrar, se niega a dar cumplimiento a las formalidades exigidas por la ley, la voluntad de las propias partes o los usos para la validez del convenio.²²

Como puede advertirse, los tipos de casos en que se ha tendido a admitir la procedencia de responsabilidad precontractual son sustancialmente los mismos en todo el derecho comparado. Sin embargo, el ámbito de protección reconocido por cada ordenamiento jurídico se encuentra determinado fundamentalmente por el enfoque y actitud asumida en cada sistema respecto de la preservación de la libertad contractual de las partes y el resguardo de otros intereses jurídicamente relevantes como derivación del principio de la buena fe.²³

²² Esta hipótesis es descrita por el autor Luis Díez-Picazo, concluyendo que este tipo de casos deben ser reconducidos al supuesto general de ruptura injustificada de las negociaciones. DÍEZ-PICAZO, *op. cit.* [nota 10], p. 276.

²³ Cabe señalar que desde el siglo XIX se ha reconocido paulatinamente que los daños experimentados por una parte como consecuencia de las actuaciones de su contraparte en la fase de preparación del contrato pueden dar lugar a responsabilidad, llegando a identificarse diversas conductas lesivas que tienen su origen en el período previo a la formación del contrato como circunstancias generadoras de responsabilidad precontractual. El origen de la teoría de la responsabilidad precontractual se remonta a la tesis postulada por el jurista alemán Rudolph von Ihering, quien demostró que, como consecuencia del comportamiento observado por las partes en las negociaciones que preceden al contrato, puede surgir para ellas una determinada responsabilidad, que este autor fundamenta en la culpa en la negociación, o culpa in contrahendo. La tesis introducida por Ihering postula que las partes negociadoras están obligadas contractualmente a observar la diligencia necesaria desde que se formula una oferta de contrato. Por lo tanto, la conducta reprochable de quien causa la invalidez del contrato o impide su perfeccionamiento lo hace responsable por los perjuicios sufridos por la otra parte al haber confiado

Por lo tanto, la amplitud e intensidad de la protección brindada por un determinado ordenamiento jurídico ante eventuales comportamientos lesivos desarrollados durante el período de formación del contrato depende, en gran medida, de cuál es el comportamiento que se estima exigible a las partes durante el período de preparación del contrato.

En particular, se debe tener presente que la problemática que suscita la interrupción injustificada de un proceso de negociaciones genera una serie de interrogantes que es necesario dilucidar a fin de resolver en qué medida la conducta adoptada por la parte que se desiste de los tratos negociales puede considerarse como ilícita y, por tanto, generadora de responsabilidad precontractual.

En primer lugar, se debe identificar el fundamento de la atribución de responsabilidad en este supuesto, lo que supone examinar bajo qué condiciones se justifica imponer al autor de la ruptura la obligación de resarcir los perjuicios causados.

Asimismo, corresponde preguntarse por la fuente y naturaleza de esta eventual responsabilidad, analizando si la ruptura de las negociaciones constituye un acto ilícito sancionable por el régimen de responsabilidad extracontractual o si esta infracción debe regirse por las normas de la responsabilidad contractual. Corresponde analizar, incluso, si resulta pertinente la formulación de un régimen de responsabilidad autónomo para la reparación de los daños precontractuales.

en la validez del acuerdo. Con todo, y dado que Ihering no incluía en su teoría a las meras tratativas preliminares nunca aplicó su tesis a situaciones que envolvían negociaciones fallidas. IHERING, RUDOLPH, "De la Culpa in Contrahendo ou des dommages-intérêts dans les conventions nulles on restées imparfaites", *Oeuvres Choisis*, tomo II, Paris, 1893, traducción francesa por O. Meaulenaere, pp. 1 y ss. Con posterioridad, otros autores lograron extender el ámbito de la responsabilidad precontractual a la etapa anterior a la oferta, sosteniendo que la ruptura arbitraria de las negociaciones contractuales podía constituir un antecedente suficiente de responsabilidad. En la actualidad, bajo la noción de responsabilidad precontractual se suelen reunir supuestos de carácter sumamente heterogéneo que presentan como elemento común la vulneración de los deberes precontractuales que deben observar los negociantes y la existencia de un daño que se produce en la etapa preparatoria del contrato. Para un análisis exhaustivo de las hipótesis de responsabilidad precontractual contempladas en los ordenamientos jurídicos de mayor relevancia en la tradición continental, véase ASÚA GONZÁLEZ, CLARA, *La Culpa in Contrahendo (Tratamiento en el derecho alemán y presencia en otros ordenamientos)*, Bilbao, Editorial Universidad del País Vasco, 1989.



Finalmente, una vez establecido que bajo determinadas circunstancias quien interrumpa las negociaciones puede ser obligado a compensar a la otra parte por los perjuicios que haya sufrido, resulta necesario determinar cuáles debieran ser las consecuencias patrimoniales atribuibles al autor de la ruptura injustificada de las negociaciones.

Para ello, se debe examinar cuál es la medida de resarcimiento que responde en forma más adecuada al interés protegido por la responsabilidad precontractual. Se debe analizar cuáles son los daños que ameritan ser indemnizados ante el fracaso de un proceso de negociaciones en que las partes han efectuado gastos e inversiones e incluso han descartado otras oportunidades de negocio por confiar en la conclusión del contrato frustrado.

Son precisamente estas cuestiones las que deben responderse para determinar los límites que razonablemente se pueden imponer las partes negociadoras. Con dicho propósito, en el capítulo siguiente de este trabajo se expondrán los criterios elaborados en derecho comparado para dar respuesta a las interrogantes planteadas.

RUPTURA DE NEGOCIACIONES CONTRACTUALES EN EL DERECHO COMPARADO

Del estudio de las soluciones adoptadas en el derecho comparado acerca de la ruptura de negociaciones contractuales se desprende que en todos los sistemas jurídicos se advierte la importancia de preservar la libertad contractual de los negociantes mientras éstos no hayan concluido un contrato en este trabajo. En este sentido los ordenamientos jurídicos analizados se reconoce, en principio, la facultad de cada parte de retirarse de las negociaciones contractuales sin incurrir en responsabilidad.²⁴

Así, el punto de partida en los diversos sistemas jurídicos es que la libre competencia y el buen funcionamiento de una economía de mercado requieren que las partes que negocian un contrato sean libres de ponerle término a las conversaciones contractuales si consideran insatisfactorio el proyecto de contrato que negocian.²⁵

Sin embargo, al mismo tiempo se advierte la necesidad de poner un límite a dicha libertad a fin de impedir que una parte pueda incurrir en abusos en el curso de las negociaciones, generando desventajas patrimoniales para la parte que se encontraba interesada en la conclusión del contrato proyectado. En razón de ello en los diversos ordenamientos analizados, se admite que bajo ciertas circunstancias quien interrumpe injustificadamente las

²⁴ El presente trabajo se concentra en la revisión y del modo en que la problemática de la responsabilidad precontractual ha sido resuelta comparadamente en los ordenamientos jurídicos más influyentes en el derecho occidental (Estados Unidos, Inglaterra, Alemania, Francia e Italia).

²⁵ MALAURIE, PHILIPPE, y AYNES, LAURENT, *Cours de Droit civil. Les obligations*. Tomo VI, 10^a edición, París, Editorial Cujas, 1999, p. 225.



negociaciones contractuales, cuando la otra parte ya ha efectuado gastos y desperdiciado la oportunidad de celebrar otros contratos, puede verse obligado a responder por los perjuicios causados a consecuencia de su conducta ilícita.

En este sentido, podría decirse que la reflexión acerca de la responsabilidad precontractual por ruptura de negociaciones contractuales se efectúa en los distintos países prácticamente en los mismos términos. Se considera inadmisibles la conducta de quien en el curso de las negociaciones contractuales ha actuado en forma tal que ha hecho confiar a la otra parte en que el contrato que se negocia será concluido con toda seguridad y, posteriormente, interrumpe dichas negociaciones injustificadamente.

Con todo, la amplitud con que se admite la procedencia de responsabilidad precontractual en este supuesto y el fundamento en virtud del cual se atribuye responsabilidad a quien abandona un proceso de negociaciones, varía en cada sistema. Lo anterior, dependiendo tanto de la tradición a la que cada ordenamiento jurídico pertenece como al rol que en éste se atribuye a nociones tales como la equidad y al principio de buena fe en la etapa precontractual.

En términos generales, puede advertirse una contraposición entre aquellos ordenamientos jurídicos pertenecientes al *Common Law*, en que se restringe a casos extremos la admisibilidad de la responsabilidad por retiro de las negociaciones por estimar que constituye una limitación inaceptable de la libertad contractual en sentido negativo, respecto de aquellos países pertenecientes a la tradición continental. En los sistemas jurídicos pertenecientes a la tradición civil, el reconocimiento generalizado de un deber de buena fe en el período de formación de los contratos se traduce en una aceptación más amplia de tal limitación al principio de libertad contractual.

De esta manera, en el *Common Law* se recurre a la responsabilidad precontractual únicamente en determinados casos excepcionales a fin de compensar a quienes se han visto injustamente perjudicados por el fracaso de la negociación. En tanto, bajo la tradición continental se admite en mayor medida la imposición de responsabilidad precontractual por ruptura de negociaciones por estimar que se trata de una conducta

contraria a la honestidad y lealtad que debe presidir los tratos preliminares.²⁶

Las soluciones admitidas en los diversos ordenamientos jurídicos coinciden con los enfoques adoptados en cada tradición jurídica acerca de la contratación y la libertad contractual. Dicha correlación se advierte tanto respecto de la admisibilidad de la responsabilidad precontractual ante el supuesto de ruptura de negociaciones contractuales, como respecto de la identificación del fundamento de atribución de responsabilidad precontractual y las consecuencias patrimoniales que deben ser asumidas por el autor del ilícito.

2. FUNDAMENTO DE ATRIBUCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL POR RUPTURA DE NEGOCIACIONES CONTRACTUALES

Los diversos ordenamientos jurídicos coinciden en términos generales en la determinación de las condiciones bajo las cuales quien interrumpe las negociaciones puede resultar obligado a indemnizar a su contraparte. Sin embargo, existe cierta discrepancia en cuanto al fundamento técnico al que cada sistema jurídico recurre para imponer responsabilidad precontractual al autor de dicha conducta.

⁷⁶ PERALES VISCASILLAS, MARÍA DEL PILAR, "Una aproximación al artículo 7 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Mercantil Internacional", en *Pace Law School Institute of International Commercial Law*, 1997.



2.1. FUNDAMENTOS JURÍDICOS APLICADOS EN LA TRADICIÓN CONTINENTAL Y EN CONTRATACIÓN INTERNACIONAL

En el ámbito de la tradición continental se ha tendido a justificar la sanción de la ruptura injustificada de las negociaciones contractuales recurriendo a diversos criterios de atribución de responsabilidad. En determinados sistemas jurídicos se considera la interrupción de las tratativas como un supuesto de abuso de derecho, mientras en otros ordenamientos se recurre a la aplicación de las nociones de culpa in contrahendo, defraudación de la confianza y prohibición de realizar comportamientos contradictorios (*"venire contra factum proprium"*).

De igual modo, en algunos ordenamientos jurídicos se ha llegado a fundamentar la imposición de responsabilidad precontractual directamente en la infracción del deber de comportarse durante las negociaciones de acuerdo a un parámetro general y objetivo conformado por las exigencias de la buena fe.

Puede advertirse en estos países incluso una tendencia a reforzar el carácter antijurídico de la ruptura de las negociaciones por la vía de efectuar una cierta yuxtaposición de los fundamentos normativos que permiten justificar la atribución de responsabilidad precontractual.

-Abuso de derecho

Algún sector del derecho comparado ha pretendido configurar la responsabilidad precontractual por ruptura injustificada de las negociaciones como un supuesto de abuso del derecho a poner término unilateralmente a las negociaciones contractuales. Tal derecho a retirarse de las negociaciones en cualquier tiempo se reconocería a cada parte negociante como derivación del principio de libertad contractual.⁷⁷

⁷⁷ A favor de esta posición, se ha pronunciado un sector minoritario de la doctrina francesa, entre ellos JOSSERAND, LOUIS, en *El espíritu de los derechos y su relatividad: teología jurídica*, traducción de Eligio Sánchez Larios, Puebla, México, editado por José M. Cajica, 1946, p. 112. Asimismo, dan cuenta de la existencia de esta corriente doctrinaria los siguientes autores: GHESTIN, JACQUES, *Traité de Droit Civil: Les obligations*, París, Editorial Librairie Generale de Droit et de Jurisprudence, 1980, p. 177; DURRY, G. "La nature contractuelle ou delictuelle de la responsabilité",

En este sentido, se ha considerado que una parte ejerce abusivamente o incurre en una extralimitación del uso de su facultad de retirarse de las negociaciones cuando daña el interés de confianza de su contraparte en no ver defraudadas las expectativas creadas acerca de la efectiva conclusión del contrato.⁷⁸

De acuerdo a este sector de la doctrina comparada, la iniciativa de la ruptura presentaría un carácter abusivo cada vez que se ejerce en condiciones arbitrarias o desleales, con una intención maliciosa o cuando la actitud ambigua del autor de la ruptura ha impedido a la otra parte prever la interrupción del proceso de negociaciones.

Así, se considera reprochable que el autor del daño decida poner fin en forma irreflexiva a una situación que él ha creado o mantenido voluntariamente con otros. Se reprocha la falta de consideración de las consecuencias perjudiciales que la ligereza de su conducta puede significar respecto de los intereses de su contraparte.⁷⁹

De esta manera, aunque se reconoce a las partes la prerrogativa jurídica de apartarse de las tratativas, se admite la imposición de responsabilidad precontractual cuando uno de los negociantes ejerce este derecho en forma intempestiva o sin invocar una

publicada en *Revue Trimestrielle Droit Civil*, 1972, N° 71, p. 972; VINEY, GENEVIÈVE, *Traité de Droit Civil: Introduction a la responsabilité*, 2ª edición, Editorial Librairie Generale de Droit et de Jurisprudence, 1995, p. 358. Por su parte, el autor François Terré advierte que el recurso a la noción de abuso de derecho ha sido recurrente en la jurisprudencia francesa como un medio de buscar un equilibrio entre el ejercicio de la libertad y la intención de moralizar el comportamiento de los individuos. TERRÉ, FRANÇOIS, *op. cit.* [nota 2], p. 168.

⁷⁸ Por su parte, tal como advierte el autor Reinhard Zimmerman, la jurisprudencia francesa en algunas ocasiones también ha declarado que la responsabilidad por ruptura de las negociaciones debe necesariamente provenir de un abuso del derecho a negociar, señalando que este abuso se configura cuando la ruptura de las negociaciones se efectúa de mala fe o con intención maliciosa, o al menos se incurre en una actitud que demuestra una cierta duplicidad de intenciones. ZIMMERMAN, REINHARD, *op. cit.* [nota 35], pp. 239-241.

⁷⁹ VINEY, GENEVIÈVE, *Traité de Droit Civil: Les conditions de la responsabilité*, 2ª edición, París, Editorial Librairie Generale de Droit et de Jurisprudence, 1998, p. 368, quien cita en apoyo de esta doctrina los siguientes pronunciamientos judiciales de la Sala Comercial de la Corte de Casación: sentencia de 11 de enero de 1984, publicada en *Bulletin Civil*, tomo IV, N° 16, y sentencia del 23 de mayo de 1989, publicada en *JCP*, 1989, p. 18761.



causa suficiente para ello, en cuyo caso deberá responder por los perjuicios causados.

Sin embargo, cabe señalar que la calificación de la ruptura de los tratos como un supuesto de abuso de derecho ha sido postulada únicamente por sectores doctrinales minoritarios. Al respecto, se cuestiona que dichos autores no han logrado fundamentar adecuadamente de qué modo el retiro de las negociaciones podría conceptualizarse como un derecho subjetivo, elemento que en la opinión mayoritaria de la doctrina y jurisprudencia comparadas resulta esencial para configurar una conducta como hipótesis de abuso de derecho.

Por lo mismo, la aplicación de la doctrina del abuso de derecho para sancionar este ilícito precontractual ha sido fuertemente criticada por otros sectores doctrinales. A juicio de estos autores, no basta con limitarse a invocar la doctrina del abuso de derecho sin justificar adecuadamente la calidad de derecho subjetivo que se atribuye a la posibilidad de abandonar las negociaciones. Al respecto, se señala que si bien la facultad de retiro de las negociaciones constituye un reflejo de la libertad contractual, no puede calificarse como derecho subjetivo en sentido técnico, del que se pueda abusar por ejercitarlo en forma extralimitada.⁸⁰

—Infracción del deber de buena fe

La noción fundamental a la que se recurre en la mayoría de los ordenamientos jurídicos pertenecientes a la tradición continental para articular la imposición de responsabilidad precontractual por ruptura de las negociaciones es el deber de buena fe. Al igual que en los instrumentos de unificación internacional, el deber de buena fe es entendido en esta tradición jurídica como

⁸⁰ En este sentido se manifiesta Díez-PICAZO, LUIS, *op. cit.* [nota 10], p. 275. En el mismo sentido, se manifiesta el autor Roberto Brebbia, quien se opone enérgicamente a la aplicación de la teoría del abuso del derecho como fundamento jurídico de la responsabilidad precontractual, al señalar: "Ya se acepte como base para la determinación de lo que debe entenderse por abuso de derecho el elemento de la intención de perjudicar, el de la culpa, o el del ejercicio del derecho fuera de su función económica o social, la mencionada doctrina debe considerarse insuficiente para explicar adecuadamente la responsabilidad en la etapa de las tratativas cuando todavía no hay formulación de la oferta —en la que las partes no tienen una sobre otra ningún derecho". BREBBIA, ROBERTO, *Responsabilidad precontractual*, Buenos Aires, Editor Víctor P. de Zavala, 1957, p. 38.

el parámetro de conducta que impone una serie de obligaciones de comportamiento leal y honesto en la fase de preparación del contrato. Estos deberes mínimos de decencia y colaboración que se exigen durante la negociación, suponen que las partes deben respetar el cuidado, veracidad y lealtad que se tiene derecho a esperar de la otra parte en un proceso de negociaciones. La inobservancia de tal patrón de comportamiento permite calificar la conducta del autor de la ruptura de las negociaciones como antijurídica.

Así se advierte en el derecho alemán, en que se ha reconocido expresamente que la doctrina de la culpa in contrahendo que sustenta el régimen de responsabilidad precontractual desarrollado en ese país, puede ser vista como una derivación de la cláusula general de buena fe contenida en la sección § 242 del Código Civil alemán.⁸¹

Según la interpretación que se ha dado a esta norma legal, el requerimiento de buena fe en la etapa de formación del contrato encuentra su fundamento en la relación obligatoria que surge entre las partes desde el comienzo de los contactos negociales. En virtud de esta relación precontractual se impone a las partes la obligación de comportarse en forma leal y honesta y tomando en consideración los intereses de la contraparte a fin de no defraudar la confianza generada.⁸²

También en el derecho francés se ha reconocido la existencia de un deber precontractual de negociar de buena fe. En ausencia de una regulación expresa acerca de los deberes de conducta exigibles en el período de formación del contrato, dicho deber de negociar de buena fe encontraría asidero legal en una extensión a la fase precontractual del deber de ejecutar los contratos de buena fe contenido en el artículo 1134 del Código Civil francés.

⁸¹ A partir de la norma contenida en la sección § 242 del Código Civil alemán conocida como la provisión "Treu und Glauben" (que en términos simples, significa fe y crédito), se ha señalado que la legislación germana requiere que las partes contratantes observen el deber de comportarse de buena fe y de actuar en forma razonable tanto en la negociación como en el cumplimiento del contrato. POWERS, PAUL J., "Defining the undefinable: Good Faith and the United Nations Convention on the Contracts for the International Sale of Goods", en *The Journal of Law and Commerce*, University of Pittsburgh, 1999, volumen N° 18, pp. 333 y ss.

⁸² ZIMMERMAN, REINHARD, *op. cit.* [nota 35], p. 31.



Con todo, la preocupación que se manifiesta en Francia por salvaguardar el principio de la libertad contractual ha llevado a interpretar el deber precontractual de buena fe en términos bastante restringidos. Se considera como un deber de no negociar de mala fe, que impide a las partes poner fin a las negociaciones cuando han suscitado en la otra parte un alto grado de confianza en la conclusión del acuerdo.⁸³

Sin embargo, es en el derecho italiano donde se advierte con más claridad la adherencia al principio de buena fe como fundamento de la responsabilidad precontractual por ruptura de las negociaciones. En dicho sistema jurídico se ha llegado a consagrar legislativamente un deber de comportarse de buena fe en el período de formación del contrato en el artículo 1337 del Código Civil.⁸⁴

De igual modo, en el ámbito de la contratación internacional (UNIDROIT y Principios Contractuales Europeos) se contempla un marco regulatorio de las conductas de las partes durante las negociaciones que incorpora el estándar de buena fe en su forma negativa, esto es, sancionando las conductas de mala fe en la etapa precontractual. En tales cuerpos normativos se establece expresamente la responsabilidad de quien interrumpe de mala fe las negociaciones contractuales por los daños experimentados por su contraparte al haber efectuado gastos y perdido la oportu-

⁸³ NEDZEL, NADIA, *op. cit.* [nota 13], p. 114.

⁸⁴ Por tratarse de una norma carente de consecuencias jurídicas, la concreción de esta cláusula general y abstracta ha correspondido a la jurisprudencia italiana, pudiendo advertirse que la plasmación legal de la obligación precontractual de buena fe, aunque ha contribuido a llamar la atención sobre las negociaciones contractuales y ha servido de base legal a las demandas por responsabilidad precontractual, no tiene una trascendencia práctica determinante. En este sentido, la Corte di Cassazione ha definido la buena fe en sentido objetivo como referida a una regla de conducta que impone una serie de obligaciones cuya inobservancia lesiva obliga a reparar los perjuicios sufridos por la otra parte si la conducta de quien interrumpe las negociaciones es susceptible de inducir una razonable confianza en la otra parte". Sentencia de la Corte di Cassazione, de 27 de octubre de 1961, publicada en *Repertorio del Foro Italiano*, 1961, número 2425, citado en PALMIERI, NICOLA, "Good Faith Disclosures Required During Precontractual Negotiations", *Seton Hall Law Review*, 1993, N° 24, p. 70. Por esta vía, la jurisprudencia italiana ha precisado el contenido de la cláusula de buena fe contenida en el artículo 1337, definiendo los presupuestos necesarios para configurar la hipótesis de ruptura injustificada de las negociaciones en el derecho italiano.

unidad de celebrar otros contratos, confiando en la conclusión del contrato proyectado.

—Doctrina de los actos propios

También se ha justificado la procedencia de responsabilidad precontractual por ruptura de negociaciones contractuales recurriendo a la doctrina de los actos propios. Dicha doctrina, que es una derivación del principio de buena fe, establece que no es lícito actuar de una manera que resulte contradictoria con la confianza que se ha generado en otros a través de conductas anteriores.⁸⁵

Así, se ha estimado que se incurre en un comportamiento contradictorio al poner término a las negociaciones contractuales sin motivo alguno, después de haber suscitado en la otra parte la impresión de que la realización del contrato era segura.⁸⁶ Se considera que la actuación del autor de la ruptura es contraria a la buena fe, porque no se condice con las expectativas que éste había generado en su contraparte con su propio comportamiento.

Esta aplicación de la doctrina de los actos propios se ha postulado en forma explícita en el derecho alemán, en que se ha señalado que la prohibición de "*venire contra factum proprium*"

⁸⁵ En términos generales, la doctrina ha requerido la concurrencia de los siguientes elementos para dar aplicación a la teoría de los actos propios: 1° Que una persona haya observado, dentro de una determinada situación jurídica, una cierta conducta jurídicamente relevante, eficaz y vinculante. De ahí que si está viciada pueda el propio autor atacarla válidamente. 2° Que posteriormente esa misma persona intente ejercitar un derecho subjetivo o una facultad, creando una situación litigiosa y formulando dentro de ella una determinada pretensión. 3° Que entre la conducta anterior y la pretensión posterior exista una incompatibilidad o contradicción, según el sentido que de buena fe hubiera de atribuirse a la conducta anterior. 4° Que entre la conducta anterior y pretensión posterior, exista una perfecta identidad de sujeto. Díez-PICAZO, LUIS, y GULLÓN, ANTONIO, *Sistema de Derecho Civil*, volumen 1, Editorial Tecnos, Madrid, 1998, p. 439.

⁸⁶ En este sentido, Hans-Bernd Schäfer sostiene que en los casos de comportamiento contradictorio (*venire contra factum proprium*) se concede una protección especial de la confianza derivada del § 242 del BGB, pues quien con su comportamiento ha generado una situación de confianza tiene que atenerse a las consecuencias si posteriormente contradice su primitivo comportamiento. Por lo mismo, este autor concluye que la parte que ha hecho gastos confiadamente y ha descartado otras opciones basado en la impresión generada por su contraparte de que la realización del contrato era segura, debe resultar protegida en cualquier caso. SCHÄFER, HANS-BERND, *op. cit.* [nota 4], pp. 336-337.



quedaría comprendida en la ya referida cláusula general de buena fe establecida en la sección § 242 del Código Civil alemán.⁸⁷

Como puede advertirse, bajo esta concepción más que atender a la existencia de una violación de los deberes de cuidado durante la etapa precontractual, se considera reprochable el hecho mismo de interrumpir las negociaciones injustificadamente, tras haber creado la apariencia que se estaba en condiciones y se tenía la intención seria de suscribir el contrato.

—Infracción a deberes de cuidado

También se ha pretendido configurar la ilicitud de la ruptura de negociaciones contractuales como un supuesto de infracción al deber general de cuidado que se exige a los individuos en el tráfico jurídico. Se impone responsabilidad precontractual a quien interrumpe un proceso de negociaciones avanzadas causando un daño a la contraparte en forma dolosa o negligente al haber incurrido en una conducta contraria al estándar de comportamiento exigible a los negociantes.

Desde esta perspectiva, la responsabilidad precontractual se presenta como una aplicación de la responsabilidad extracontractual. No se pretende sancionar la inexecución de una obligación contraída expresa o implícitamente por quien entra en negociaciones con un tercero, sino que se trata simplemente de sancionar los comportamientos incorrectos en que pueden incurrir las partes durante la negociación de un contrato y que pueden traducirse en la posterior ruptura de dichas conversaciones.⁸⁸

En este sentido, se considera que la responsabilidad precontractual encuentra su origen en la infracción del deber general de respetar la esfera jurídica ajena, que se concreta en el con-

⁸⁷ La prohibición de *venire contra factum proprium* ha sido considerada por la doctrina alemana como un principio general de derecho que se basa, en definitiva, en la ilicitud y en la contravención a la buena fe que supone actuar en contradicción con los actos propios, por lo cual puede sostenerse que queda comprendida en el § 242 del BGB. El autor Gunther Kühne da cuenta que la doctrina de los actos propios encuentra su origen en el derecho romano y que por tanto se encontraría contenida en el principio de buena fe regulado en la sección 242 del Código Civil alemán. KÜHNE, GUNTHER, *op. cit.* [nota 30], p. 281.

⁸⁸ LARROUMET, CHRISTIÁN, *Teoría general del contrato*, volumen I, Santa Fe, Bogotá, Editorial Temis, 1993, p. 185.

tacto mantenido por las partes durante la fase de preparación de un contrato. De esta manera, la ilicitud de la ruptura de las negociaciones radicaría en la inobservancia de la razonable consideración que las partes se deben por estar inmersas en una relación preparatoria.⁸⁹

Este es el razonamiento que han seguido, en forma casi unánime, tanto la doctrina como la jurisprudencia francesa al señalar que a través de la responsabilidad precontractual se pretende reparar los daños sufridos injustamente por una parte a consecuencia de los errores de conducta en que ha incurrido la otra en el período de negociación de un contrato. De esta manera, se trataría de un supuesto más de ilícito aquiliano.⁹⁰

En consecuencia, en el derecho francés se acepta la procedencia de responsabilidad extracontractual por comportamientos reprochables en el curso de las negociaciones en presencia de dolo o culpa. Para establecer la culpa del autor de la ruptura se efectúa una comparación del comportamiento del autor de la ruptura con el de un hombre normalmente prudente bajo las mismas circunstancias exteriores o con el patrón de conducta aplicable al ámbito profesional o comercial en que se encontraban las partes negociadoras.⁹¹

Así, en aquellos casos en que el autor de la ruptura tiene carácter de profesional en el ámbito en que se desarrolla la nego-

⁸⁹ ASÚA GONZÁLEZ, CLARA, *op. cit.* [nota 23], pp. 155 y ss. Este es el criterio adoptado por Roberto Brebbia, quien señala que "El fundamento de la obligación de indemnizar durante las tratativas reside, pues, en la culpa, que puede ser definida como la omisión de aquellas diligencias que exige la naturaleza de la obligación y que corresponden a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar manifestada en el curso de las relaciones sostenidas por las partes en vistas a la concertación de un convenio". La justificación de este criterio es precisada por el autor al concluir que "La razón por la cual el legislador impone la obligación de resarcir el daño causado por un acto realizado en el período de formación del consentimiento no puede ser buscada en la buena fe de la parte damnificada, pues la contraparte puede haber obrado también de buena fe al realizar el hecho dañoso, sino en la culpa calificante de la acción de esta última. Esta culpa in contrahendo consiste en la violación de la obligación de diligencia que las partes deben observar no solo en el cumplimiento del contrato, sino también en el transcurso de las relaciones anteriores al mismo, a fin de que cada contratante no quede librado al peligro de constituirse en víctima de la negligencia del otro". BREBBIA, ROBERTO, *op. cit.* [nota 78], p. 26.

⁹⁰ NEDZEL, NADIA, *op. cit.* [nota 13], p. 115.

⁹¹ SCHMIDT, JOANNA, *op. cit.* [nota 19], p. 54.



ciación, los tribunales franceses han tendido a admitir en forma más amplia la procedencia de responsabilidad precontractual. Se estima que los profesionales deben regirse por deberes de conducta más rigurosos que los simples particulares, puesto que la confianza que los profesionales son capaces de crear en la parte no profesional es mayor.⁹²

Por el contrario, la doctrina francesa ha planteado que en aquellos casos en que los profesionales son los perjudicados por la ruptura de las negociaciones resulta sumamente difícil apreciar que dicha responsabilidad precontractual existe. Se considera que por tratarse de una actividad que los profesionales desarrollan en forma habitual, la confianza que pueden desarrollar en las negociaciones que emprenden habitualmente con su clientela es más limitada, ya que no pueden esperar razonablemente que todas las negociaciones iniciadas culminen exitosamente.

Por lo anterior, se concluye que el juego normal de la competencia supone que los gastos en que los profesionales incurren durante las negociaciones deben ser considerados por éstos como costos generales de la actividad que realizan. Por tanto, los profesionales deben soportar el riesgo de la no contratación salvo en aquellos casos en que el comportamiento de la otra parte sea de especial gravedad.

Finalmente, cuando las negociaciones se desarrollan entre dos profesionales, la jurisprudencia francesa parece particularmente preocupada por el respeto de la seguridad comercial, resistiéndose a imponer responsabilidad precontractual a los negociantes. En estos casos se considera que la mera ruptura de las negociaciones no basta para generar responsabilidad, por lo que se exige la prueba de una culpa patente e indiscutible, es decir, un estándar de culpa más exigente que el ordinario.⁹³

Al mismo tiempo, se advierte en el derecho francés una pre-ocupación por impedir que la admisión de la responsabilidad

⁹² SCHMIDT, JOANNA, *op. cit.* [nota 19], pp. 51 y ss.

⁹³ Tal como sostiene la autora Geneviève Viney, esta reflexión doctrinal acerca del estándar de cuidado aplicable a los profesionales es una manifestación de la tendencia observada en otros dominios del derecho francés a configurar un régimen de responsabilidad propio de los profesionales, en que la culpabilidad es apreciada en relación a la conducta de un buen profesional en lugar del patrón ordinario de un buen padre de familia. VINEY, GENEVIÈVE, *op. cit.* [nota 77], p. 358.

precontractual actúe en detrimento del principio de la libertad contractual, limitando su procedencia a aquellas situaciones que demuestran que la confianza generada por los actos de la parte culpable era seria, legítima y previsible.⁹⁴

En razón de ello, los tribunales franceses han sostenido en reiteradas ocasiones que, si bien es cierto que en la fase de negociaciones contractuales las partes se encuentran sujetas a ciertos deberes de cuidado, no puede pensarse que incurre en responsabilidad todo aquel que se retire de las negociaciones o que mantenga negociaciones con un tercero. Por lo tanto, se exige la presencia de mala fe o de una falta de carácter patente e indiscutible para dar lugar a responsabilidad precontractual.⁹⁵

En este sentido, los tribunales franceses han considerado que si las negociaciones habían llegado a un grado de avance tal que la conclusión del contrato aparecía como inminente y el demandante ha incurrido en gastos considerables en la preparación del contrato, se infringe el deber de cuidado aplicable en las relaciones comerciales por el solo hecho de poner fin a las negociaciones en forma abrupta y sin invocar una razón legítima.⁹⁶

⁹⁴ NEDZEL, NADIA, *op. cit.* [nota 13], p. 139.

⁹⁵ La Corte de Apelaciones de Pau ha precisado la naturaleza de la culpa susceptible de generar responsabilidad para el autor de la ruptura, sosteniendo que una parte incurre en una conducta sancionable al romper sin razón legítima, brutal y unilateralmente las negociaciones avanzadas. Sentencia dictada con fecha 14 de enero de 1969, publicada en *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1970, p. 358. Con todo, y tal como se desprende de los fallos judiciales más recientes emanados de los tribunales franceses, se ha señalado que para juzgar la ilicitud de la ruptura de las negociaciones se debe atender a las circunstancias precisas del caso a fin de determinar si un hombre razonable en el lugar del demandante habría confiado en que el contrato proyectado se celebraría, efectuando gastos y postergado otras oportunidades de negocio basado en tal suposición. Asimismo, se debe analizar la conducta del autor de la ruptura para verificar si sus actitudes pudieron haber contribuido a generar la confianza de su conegociante o si se encontraba en conocimiento de las decisiones adoptadas por su contraparte en vistas de la conclusión segura del contrato en negociación. KÖTZ, HEIN, y FLESSNER, AXEL, *op. cit.* [nota 32], p. 30.

⁹⁶ Así se ha pronunciado la Corte de Casación en sentencia dictada con fecha 20 de marzo de 1972, publicada en *La Semaine Juridique* (JCP), 1973, II, p. 17543. La misma tendencia se advierte en decisiones recientes de ese mismo tribunal: sentencia de la Sala Comercial del 7 de enero de 1997, publicada en *Recueil Dalloz*, 1998, sección 4ª, p. 45; en la sentencia de la Sala Civil de fecha 6 de enero de 1998, publicada en *Semaine Juridique*, JCP, 1998, tomo II, Nº 10066, p. 757, y en la sentencia de 10 de marzo de 2000 de la Corte de Apelaciones de París, publicada en *La Semaine Juridique*, JCP, Nº 6, p. 317.



Por su parte, en Alemania también se observa una reflexión acerca de los deberes de diligencia y consideración al interés de la otra parte que deben observar los negociantes durante la fase de preparación de un contrato.⁹⁷ Al respecto, resulta particularmente reveladora la denominación de culpa in contrahendo (literalmente, culpa en las negociaciones) con que se ha designado la doctrina desarrollada por Ihering, que estructura todo el régimen de responsabilidad precontractual en el derecho alemán.

Desde esta perspectiva, se considera que el fundamento de la responsabilidad por ruptura de las negociaciones radica en haber desarrollado una conducta constitutiva de mala fe o en haber creado o mantenido en la otra parte una expectativa acerca de la conclusión segura del contrato, en circunstancias en que se sabía o se debía saber que dicho acuerdo era irrealizable por motivos externos. De igual modo, se considera reprochable la actitud de quien hace creer a la otra parte que se celebraría un contrato con toda seguridad y luego interrumpe las negociaciones sin un motivo serio.⁹⁸

En el mismo sentido se ha pronunciado la jurisprudencia alemana, que ha admitido la existencia de una relación de confianza entre las partes negociadoras como generadora de deberes precontractuales de cuidado. La infracción de tales deberes de cuidado imputable a una de las partes genera responsabilidad, que bajo el sistema jurídico alemán se rige por los principios contractuales.⁹⁹

⁹⁷ En este sentido, tanto la doctrina como la jurisprudencia alemana han sostenido que la determinación del comportamiento exigible a los eventuales contratantes se efectúa en el derecho alemán en relación al parámetro objetivo y abstracto contenido en el § 276 del Código Civil alemán, modificado por la Ley de Modernización del Derecho Alemán de Obligaciones de 2002, que establece el deber de cuidado que deben observar los individuos en el tráfico jurídico en los siguientes términos: § 276 "Responsabilidad por la conducta propia. (1) El deudor será responsable por los actos u omisiones deliberadas o negligentes en que incurra, a menos que se encuentre establecido un grado de responsabilidad más estricto o menos severo o que éste pueda inferirse del contenido de la obligación en especial, si el deudor ha asumido expresamente un riesgo o ha contraído una obligación de garantía. (2) Una persona actúa negligentemente al no observar los estándares de cuidado aceptados como relevantes. (3) El deudor no podrá ser relevado anticipadamente de responsabilidad por los actos u omisiones deliberados en que incurra.

⁹⁸ ASÚA GONZÁLEZ, CLARA, *op. cit.* [nota 23], p. 156.

⁹⁹ Este criterio ha sido confirmado por el Tribunal Supremo alemán, que, en sentencia de 20 de junio de 1952, declaró que "La responsabilidad por culpa en la

Esta reflexión doctrinal acerca de los deberes de conducta que deben observar los eventuales contratantes se encuentra recogida actualmente en la nueva sección § 311 incorporada al Código Civil alemán mediante reforma introducida por la Ley de Modernización del Derecho Alemán de Obligaciones, vigente desde el 1º de enero de 2002.¹⁰⁰

realización del contrato es la que deriva de una relación legal creada para completar el derecho escrito que surge del inicio de las conversaciones y que obliga en el comportamiento frente a la otra parte en el negocio a observar el cuidado habitual en el tráfico". Otro pronunciamiento de este tribunal en que se manifiesta la existencia de deberes precontractuales de cuidado puede encontrarse en sentencia de 5 de abril de 1922, publicada en RGZ, 104, 265 y JW, 1922, 1313. Ambas resoluciones judiciales fueron citadas por ASÚA GONZÁLEZ, CLARA, *op. cit.* [nota 23], p. 51. Con todo, una decisión posterior del Tribunal Supremo alemán ha revelado una tendencia jurisprudencial a admitir la procedencia de responsabilidad precontractual sin exigir la presencia de culpa durante el proceso de negociaciones, lo que demuestra un cambio notable en la argumentación. Superando el enfoque tradicional acerca de la responsabilidad por culpa in contrahendo, esta decisión reconoció que también una ruptura tardía de las negociaciones contractuales que frustra las inversiones por confianza de la contraparte puede dar lugar a responsabilidad precontractual, aunque no haya existido una conducta negligente previa, siempre que esa ruptura no se encuentre justificada por una razón válida. Esta sentencia justificó la procedencia de responsabilidad por ruptura de las negociaciones sin requerir la existencia de culpa previa al recurrir a la aplicación por analogía de la norma de responsabilidad estricta establecida en la sección 122 del Código Civil alemán, que ordena la reparación de los daños por confianza sufridos a consecuencia de la rescisión de un contrato por error. Sentencia del Tribunal Supremo alemán de fecha 6 de febrero de 1969, publicada en MDR, 1969, p. 641, citada por KÜHNE, GUNTHER, *op. cit.* [nota 30], p. 286. Tal como ha puesto de manifiesto el autor Joachim Dietrich, esta decisión por la cual se establece la procedencia de responsabilidad precontractual sin requerir la concurrencia de culpa en la parte que rompe las negociaciones implica una ampliación considerable del riesgo de incurrir en responsabilidad en el período de formación de los contratos, resultando más acertado hablar de *contrahendo sine culpa* en lugar de *culpa in contrahendo*. DIETRICH, JOACHIM, "Classifying precontractual liability: a comparative analysis", publicado en *Legal Studies*, volumen N° 21, 2001, p. 178.

¹⁰⁰ La nueva sección 311 del Código Civil alemán dispone: "(1) Salvo disposición legal en contrario, se requiere la celebración de un contrato entre las partes para crear una obligación emanada de un acto jurídico o para alterar el contenido de una obligación. (2) Una obligación de la que emanan los deberes contemplados en el § 241 II también puede surgir como resultado de: 1. Entrar en negociaciones contractuales. 2. Preparaciones efectuadas con miras a la creación de una relación contractual si una de las partes permite que la otra afecte sus derechos, sus intereses legalmente protegidos u otros intereses, o confía estos a la otra parte. 3. Contactos negociales similares. (3) Una obligación de la que emanan los deberes



Esta norma impone a las partes negociadoras la obligación de ajustar su conducta durante las negociaciones contractuales a deberes de cuidado destinados precisamente a proteger los intereses y derechos de los potenciales contratantes.

Al momento de determinar el nivel de diligencia exigible a los eventuales contratantes, se tiende a recurrir al parámetro objetivo y abstracto del comportamiento que un hombre normalmente prudente habría adoptado bajo las mismas circunstancias exteriores.

Sin embargo, se debe tener presente que tal como ha advertido la doctrina comparada para considerar la ruptura de las negociaciones como una conducta culpable no basta con estimar que un hombre razonable bajo las mismas circunstancias no habría incurrido en dicho comportamiento reprochable. La culpa precontractual debe manifestarse en una conducta lo suficientemente antijurídica para superar el interés de la otra parte en preservar su libertad contractual, aunque esa conducta reprochable no haya sido intencional.¹⁰¹

Cabe señalar que esta intención de reforzar el carácter anti-jurídico de la ruptura de negociaciones contractuales ha llevado a varios ordenamientos jurídicos a invocar la noción de buena fe como parámetro adicional a la culpa para definir el perfil de actuación que les sería exigible a las partes durante el proceso de negociaciones.¹⁰²

contemplados en el § 241 II también puede surgir para aquellas personas que no tienen la intención de ser partes en el contrato". De esta manera, hace aplicable al período de formación del contrato los deberes de cuidado contemplados en la sección 241 II, la cual establece: "Deberes emanados de una obligación. (1) En virtud de una obligación, el acreedor tendrá derecho a exigir del deudor el cumplimiento de la misma. El cumplimiento puede consistir en abstenerse de hacer algo. (2) Una obligación puede exigir a cada parte tener consideración por los derechos e intereses legalmente protegidos y otros intereses de la parte contraria". Por esta vía el Código Civil alemán reconoce que las relaciones precontractuales de las partes negociadoras pueden dar lugar a obligaciones similares a las de un contrato, estableciéndose una sanción para las conductas negligentes que tengan lugar durante la fase de formación de un contrato. SCHLECHTRIEM, PETER, "The German Act to Modernize the Law of Obligations in the Context of Common Principles and Structures of the Law of Obligations in Europe", 2002, *Oxford University Comparative Law Forum*, volumen 2, p. 8, cuyo texto puede encontrarse en <http://oucl.iuscomp.org>.

¹⁰¹ NEDZEL, NADIA, *op. cit.* [nota 13], pp. 97 y ss.

¹⁰² Esta tesis es defendida por la autora española Clara Asúa, quien explica este fenómeno por el hecho que la responsabilidad por ruptura de las negociaciones

Se ha pretendido denotar la ilicitud de la conducta de quien pone término a un proceso de negociaciones avanzadas, por la vía de calificar ese comportamiento como un supuesto de defraudación de la confianza creada que resulta también contrario a las exigencias del deber de buena fe.¹⁰³ De esta manera se intenta justificar la restricción a la libertad contractual que supone la imposición de responsabilidad precontractual en este supuesto demostrando que la ruptura injustificada de las negociaciones contractuales constituye un comportamiento particularmente reprochable.

Sin embargo, en este esfuerzo por intensificar la ilicitud de la ruptura de las negociaciones, los distintos ordenamientos jurídicos pertenecientes a la tradición continental han tendido a integrar diversos criterios de atribución de responsabilidad para sancionar al autor de la ruptura. Este fenómeno de yuxtaposición en lugar de contribuir a clarificar en qué radica la ilicitud de esta conducta tiende a generar confusión acerca de cuál es el deber de comportamiento exigible a las partes durante el período de formación de un contrato.

contractuales se produce "en una esfera, la precontractual, en la que a nada se está obligado todavía, y el que se trate de daños exclusivamente patrimoniales hace que se haya buscado un refuerzo a la idea de antijuridicidad, haciéndola derivar de la violación de las exigencias de la buena fe en sentido objetivo". ASÚA GONZÁLEZ, CLARA, *op. cit.* [nota 23], p. 253.

¹⁰³ Así lo pone de manifiesto la autora María Paz García Rubio al referirse a la opinión sustentada por la profesora Clara Asúa, quien pese a considerar que el fundamento de la responsabilidad precontractual se halla en el principio *neminem laedere*, considera que por planear el fantasma de la actuación conforme a derecho (romper las negociaciones) resulta conveniente la invocación de normas de conducta derivadas del concepto de buena fe en sentido objetivo. GARCÍA RUBIO, MARÍA PAZ, *op. cit.* [nota 42], p. 131. En este sentido, Clara Asúa estima necesario un reproche más específico que el derivado del *alterum non laedere*, por lo que aprecia "útil la invocación de parámetros o normas de conducta exigibles a quienes se ven inmersos en determinadas situaciones. Esto es, en definitiva, lo que sugiere el concepto de buena fe en sentido objetivo como norma de conducta que aportará el perfil de la actuación que en el caso le era exigible al sujeto y que si no se ha observado permitirá calificar ese comportamiento de ilegítimo o antijurídico". ASÚA GONZÁLEZ, CLARA, *op. cit.* [nota 23], p. 253.



2.2. TÉCNICAS JURÍDICAS INVOCADAS EN EL *COMMON LAW* PARA IMPONER RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL

Mayor claridad se advierte al interior del *Common Law* acerca del fundamento jurídico que permite atribuir responsabilidad precontractual en caso de ruptura de negociaciones contractuales. En dichos sistemas jurídicos se mantiene la tendencia a otorgar una primacía absoluta a la libertad de negociación de las partes y por lo tanto se aprecia una fuerte resistencia a admitir la procedencia de responsabilidad precontractual, mientras las partes no han alcanzado un contrato válido y vinculante.

Por lo mismo, la discusión al interior del *Common Law* no se centra tanto en la calificación de la conducta de la parte que pone término a las negociaciones como reprochable. El análisis se centra en la búsqueda de soluciones de equidad como un sustituto razonable para remediar las situaciones extremas de injusticia que pueden producirse como resultado de la interrupción de un proceso de negociaciones.¹⁰⁴

En las últimas décadas, tanto los tribunales norteamericanos como la jurisprudencia inglesa han admitido la existencia de ciertos fundamentos que podrían servir para atribuir a una de las partes los daños experimentados por la otra a consecuencia del fracaso de una negociación.¹⁰⁵ Al respecto, se ha señalado que la parte que resulte agraviada podrá basar su reclamación

¹⁰⁴ En razón de ello, se ha puesto de manifiesto en esta tradición que la relevancia de identificar cuál de las partes ha puesto término a las negociaciones y bajo qué circunstancias lo ha hecho no radica en la calificación de la conducta de este negociante como reprochable en sí misma, sino en la necesidad de verificar que las razones que han impedido a esa parte perfeccionar el contrato pertenezcan al ámbito de riesgo que dicho negociante ha asumido voluntariamente o que le ha sido atribuido por el ordenamiento jurídico. Por lo tanto, la cuestión determinante en esta tradición jurídica es identificar a cuál de las partes correspondía asumir el riesgo de las pérdidas ocurridas en tales circunstancias particulares. DIETRICH, JOACHIM, *op. cit.* [nota 97], p. 170.

¹⁰⁵ En todas estas hipótesis los tribunales norteamericanos han tendido a atribuir el riesgo de no conclusión del contrato a la parte que interrumpe las negociaciones, por considerar que se encuentra en mejor posición para prevenir los obstáculos que impiden alcanzar un acuerdo. Esta regla también responde a una consideración por la situación de vulnerabilidad en que ha quedado la contraparte al haber efectuado inversiones por confianza en el contrato proyectado. DIETRICH, JOACHIM, *op. cit.* [nota 97], p. 169.

en los siguientes fundamentos jurídicos: enriquecimiento injusto, declaraciones falsas o erróneas y la realización de promesas específicas durante el curso de las negociaciones.¹⁰⁶

-Doctrina del enriquecimiento injusto

Se ha recurrido a la doctrina del enriquecimiento injusto para imponer a quien interrumpe un proceso de negociaciones la obligación de restituir todos los beneficios que ha recibido injustamente de su contraparte durante la fase precontractual. Estas acciones por enriquecimiento ilícito comúnmente se refieren a la apropiación indebida de ideas reveladas durante el curso de las negociaciones o a la restitución de los beneficios obtenidos por servicios prestados durante el período precontractual, anticipando el cumplimiento del contrato proyectado.¹⁰⁷

En todo caso, para dar lugar a la restitución de los gastos e inversiones por confianza efectuados por una parte durante el curso de las negociaciones, la jurisprudencia norteamericana ha exigido que la conducta de la parte que ha inducido a efectuar tales desembolsos pueda ser considerada como excesiva o desmesurada ("*unconscionable*"). Adicionalmente, se ha exigido que

¹⁰⁶ FARNSWORTH, ALLAN, *op. cit.* [nota 11], pp. 230 y ss.

¹⁰⁷ En este tipo de casos, se otorga a la parte perjudicada el derecho a que la parte injustamente enriquecida le retorne la ganancia obtenida, poniéndola en la misma posición en que hubiera estado si no se hubiese producido el perjuicio. Tal como señala el autor Agustín Viguri, "el beneficio puede medirse bien por el incremento en la propiedad del demandado o por el valor razonable que éste debería pagar por similares servicios a los prestados por el demandante. Para ello, el demandante deber probar que sus prestaciones comportaron un valor real para el demandado". VIGURI PEREA, AGUSTÍN, *op. cit.* [nota 44], p. 119. Un caso paradigmático de enriquecimiento injusto por servicios prestados, es *Hill v. Waxberg*, en que Hill requirió los servicios de Waxberg, un contratista, para la preparación de un proyecto de construcción de un edificio, señalándole que la construcción del edificio le sería adjudicada en caso de obtenerse el financiamiento del proyecto. Waxberg efectuó los trabajos requeridos para el desarrollo del proyecto confiando en que los gastos realizados se compensarían con los beneficios que se derivarían del contrato. Cuando se obtuvo el financiamiento, las partes fueron incapaces de acordar los términos definitivos del contrato, por lo que Hill decidió contratar los servicios de un tercero. Waxberg demandó la restitución de los gastos realizados y los servicios prestados, en la medida en que estos habían resultado beneficiosos para Hill. Sobre la base jurídica de la restitución, el tribunal resolvió que Waxberg tenía derecho a que le fuera compensado el valor razonable de los servicios prestados. FARNSWORTH, ALLAN, *op. cit.* [nota 11], p. 232.



tales gastos o inversiones no puedan razonablemente atribuirse al ámbito de riesgo asumido por la parte perjudicada en dicha negociación precontractual.¹⁰⁸

De esta manera, se considera que ante el fracaso de las negociaciones no resulta lícito retener aquellos beneficios otorgados por la otra parte negociante al haber confiado en la conclusión del contrato proyectado. A fin de impedir un enriquecimiento injusto del autor de la ruptura, el derecho obliga a esta persona a restituir a la otra parte los beneficios obtenidos como consecuencia de la negociación fracasada.¹⁰⁹

—Doctrina del *promissory estoppel*

Con más frecuencia se recurre a la doctrina del *promissory estoppel* para imponer responsabilidad precontractual a quien pone término a las negociaciones contractuales. Se recurre a esta teoría legal en aquellos casos en que una persona ha efectuado una promesa específica a la otra parte negociante con el objetivo de estimular su interés en el contrato proyectado, e inducir la a efectuar gastos por confianza o a descartar otras oportunidades de negocio igualmente convenientes.¹¹⁰

De acuerdo a la figura del *promissory estoppel*, una parte no puede romper impunemente una promesa hecha durante las

¹⁰⁸ A juicio de Allan Farnsworth, estos dos criterios contemplados en el *Restatement (Second) of Restitution* § 6(2) (recopilación jurídica de criterios doctrinales y jurisprudenciales vigentes elaborado por el American Law Institute), resultan consistentes con la concepción aleatoria de las negociaciones adoptada en el *Common Law*. FARNSWORTH, ALLAN, *op. cit.* [nota 11], p. 233.

¹⁰⁹ Sin embargo, tal como señala Farnsworth, puede resultar difícil acreditar la existencia del beneficio indebidamente apropiado por la contraparte. Esta es la razón por la que los potenciales litigantes han tendido a asumir que los beneficios conferidos a la otra parte durante las negociaciones fallidas deben ser considerados como un riesgo inherente a la negociación, adhiriendo tácitamente al enfoque aleatorio sostenido por la doctrina. FARNSWORTH, ALLAN, *op. cit.* [nota 11], p. 231.

¹¹⁰ La institución del *promissory estoppel* es definida en el *Black's Law Dictionary* en los siguientes términos: "Aquel que surge cuando hay una promesa que el promitente debe razonablemente esperar inducirá a una acción u omisión de un carácter definido y sustancial por parte del destinatario de la promesa, y que de hecho induce tal acción u omisión, y tal promesa es obligatoria si la injusticia sólo puede evitarse mediante la ejecución forzada de la promesa". FRIED, CHARLES, *La obligación contractual: El contrato como promesa*, traducción de Pablo Ruiz-Tagle Vial, Editorial Jurídica de Chile, 1996, p. 14.

negociaciones si la otra parte, con el conocimiento y la aquiescencia de la primera, ha actuado sobre la base de la mantención de dicha promesa.¹¹¹

Esta doctrina, que se encuentra contemplada en la sección 90 del Segundo *Restatement* de Contratos, señala expresamente que una promesa en la que ha confiado su destinatario para actuar o dejar de actuar, resulta vinculante si con ello se puede evitar una situación de injusticia.¹¹² Como puede advertirse, para dar

¹¹¹ Esta doctrina se ha desarrollado particularmente a partir de casos que involucran negociaciones de contratos de franquicia, en que los potenciales beneficiarios han sido inducidos por el franquiciador a efectuar gastos que incrementarían los beneficios del contrato proyectado, pero que se traducen en pérdidas cuando este último decide poner fin a las negociaciones después de un largo período. El caso emblemático a este respecto es *Hoffman v. Red Owl Stores* (133 N.W. 2d 267 (1965)), en que se otorgó fuerza vinculante a una promesa de otorgamiento seguro de una franquicia con el fin de remediar la defraudación de la confianza inducida por el promitente, aunque el demandado no había formulado una oferta de contrato propiamente tal. Un análisis exhaustivo de las circunstancias de hecho que motivaron la sentencia se efectúa en "Expanded Application of promissory estoppel in Restatement of Contracts, section 90: Hoffman v. Red Owl Stores, Inc.", publicada en *Michigan Law Review*, volumen N° 65, 1966-1967, p. 551; y, más recientemente, en FEINMAN, JAY, "Promissory Estoppel and Judicial Method", publicada en *Harvard Law Review*, 1984, volumen N° 97, p. 678. Asimismo, se ha recurrido a la institución del *promissory estoppel* como fundamento legal en conflictos que, por ejemplo, se originan en el sector de la industria de la construcción. Se trata de casos en que un subcontratista ha presentado un presupuesto por determinadas obras a un contratista general, quien incorpora ese precio al calcular su propuesta global para la licitación del contrato principal de construcción, pero el subcontratista con posterioridad se rehúsa a efectuar los trabajos al precio señalado una vez que el contratista ya se ha adjudicado el contrato de construcción. Asimismo, el recurso a *promissory estoppel* integra las demandas que pretenden hacer cumplir a los empresarios las promesas de trabajo a futuros empleados, que tras dejar su ocupación habitual se encuentran con que el nuevo puesto les ha sido denegado, incluso antes de comenzar a desempeñar sus funciones. Para una revisión de los pronunciamientos judiciales recaídos en este tipo de casos, véase FARNSWORTH, ALLAN, *op. cit.* [nota 11], pp. 237 y ss.

¹¹² Tal como describe Nilli Cohen, el *promissory estoppel* es un recurso que se ha utilizado en *Common Law* para superar las distorsiones que se derivan de la rigidez de los requisitos formales del derecho contractual. Así, se ha recurrido a esta doctrina para otorgar valor a las promesas que no se han llegado a materializar en un contrato válido y vinculante. De igual modo, se recurre a esta institución para superar los problemas que se presentan en el *Common Law* respecto de la exigencia de *consideration* y para remediar aquellas situaciones en que una parte de la negociación, injustificadamente, intenta evadir el cumplimiento de un contrato escudándose en que éste no consta en el documento requerido para su exigibilidad. COHEN, NILI, *op. cit.* [nota 26], pp. 265 y ss.



aplicación a esta doctrina se exige la presencia de una promesa clara y precisa que induce a la otra parte a desarrollar una confianza razonable y previsible, y por tratarse de un remedio de equidad se limita su aplicación a aquellos casos en que el resultado injusto sólo puede evitarse otorgando fuerza obligatoria a la promesa.¹¹³

En el derecho inglés también se ha recurrido a la doctrina del *estoppel* en aquellos casos en que una persona ha alterado voluntariamente su posición inducido por la confianza en una promesa, cuyo autor posteriormente pretende alegar su ineficacia. Con todo, en derecho inglés la aplicación de la doctrina del *estoppel* se ha admitido únicamente como medio de defensa de la persona perjudicada por el quiebre de la promesa formulada, pero no se admite como acción directa contra el autor de la ruptura.¹¹⁴

Como puede apreciarse, el fundamento de la institución del *estoppel* se encuentra en la idea que, cualquiera que haya podido ser la intención real de un individuo, debe quedar vinculado por la apariencia o impresión que su conducta pueda haber ocasionado en el otro negociante.¹¹⁵ Con ello queda en evidencia que el principio que subyace a la doctrina anglosajona del *estoppel* es la prohibición de desarrollar comportamientos contradictorios con la expectativa ajena, creada por la propia conducta precedente.¹¹⁶

¹¹³ NEDZEL, NADIA, *op. cit.* [nota 13], p. 130.

¹¹⁴ Tradicionalmente se ha sostenido que los tribunales ingleses han mantenido el recurso al *estoppel* como un escudo sin llegar a convertirlo en una espada. En este sentido, véase Díez-PICAZO, LUIS, *La Doctrina de los Propios Actos*, Barcelona, 1963, Editorial Bosch, p. 68. Para un análisis del tratamiento otorgado por el derecho inglés a la doctrina del *equitable estoppel*, véase ATIYAH, PATRICK, "Misrepresentation, Warranty and Estoppel", *Alberta Law Review*, 1971, volumen N° 9, pp. 347 y ss.

¹¹⁵ Según la definición del *Black's Law Dictionary*, *estoppels* significa que "[...] una parte está impedida, por sus propios actos, de demandar un derecho en detrimento de otra parte que tenía derecho a actuar por confianza en tal conducta y ha actuado en consecuencia. Un *estoppel* surge cuando el derecho restringe o prohíbe que uno hable contra su propio acto o declaración. No se puede adoptar una posición, actitud o curso de conducta inconsistente para perjudicar o agraviar a otro". FRIED CHARLES, *op. cit.* [nota 108], p. 184.

¹¹⁶ BEATSON, J., *Anson's Law of Contracts*, 27ª edición, Oxford, Clarendon Press, 1998, pp. 100 y ss. En la tradición jurídica continental esta misma idea está representada en el aforismo "*venire contra factum proprium*" también designada como la doctrina de los actos propios.

- *Tort de misrepresentation o negligence*

Al interior del *Common Law* también se ha sancionado como supuesto de responsabilidad precontractual la conducta de quien formula afirmaciones o representaciones falsas o equívocas acerca de su intención de concluir un contrato, generando una confianza en su contraparte.¹¹⁷

A ese efecto, se ha recurrido a la aplicación de aquellos ilícitos extracontractuales específicos destinados a sancionar el comportamiento antijurídico de quien infringe los deberes de cuidado que tiene respecto de su conegociante. En particular, se ha recurrido a la aplicación de los ilícitos o *torts* de *fraudulent o negligent misrepresentation*.¹¹⁸ También se ha recurrido a esta figura para sancionar la conducta de quien entra en un proceso de negociación sin la intención seria de alcanzar un acuerdo o de quien, habiendo perdido la intención de contratar, continúa negociando sin informar a su contraparte de su cambio de intención.¹¹⁹

¹¹⁷ FARNSWORTH, *op. cit.* [nota 11], pp. 234 y ss.

¹¹⁸ Bajo el régimen de responsabilidad extracontractual vigente en los sistemas del *Common Law* existe un principio de tipicidad del daño que implica el establecimiento de ilícitos específicos, denominados *torts*, que responden a la infracción de deberes de cuidado que se tienen en relación a un sujeto determinado. El *tort de misrepresentation*, contemplado en las secciones 525 y 530 del Segundo *Restatement de Torts* (1977), también ha sido aplicado para sancionar la conducta de quien entra en un proceso de negociación sin la intención seria de alcanzar un acuerdo o de quien, habiendo perdido la intención de contratar, continúa negociando sin informar a su contraparte de su cambio de intención. Con todo, los tribunales norteamericanos han aplicado esta doctrina a la hipótesis de negociaciones fallidas en escasas oportunidades, tal vez por la dificultad de probar la intención fraudulenta en la contraparte o de acreditar las pérdidas sustanciales causadas por las declaraciones efectuadas indebidamente por ésta.

¹¹⁹ Aunque el *tort de misrepresentation* ha sido invocado como fundamento jurídico de responsabilidad precontractual en forma limitada, un ejemplo expresivo del principio que las partes no pueden fraudulenta e impunemente falsear sus intenciones lo constituye el caso *Markov v. ABC Transfer & Storage Co*, resuelto por el Tribunal Supremo de Washington. En este caso, un arrendador de espacios comerciales para almacenes declaró a su arrendatario que tenía la intención de renovar el arrendamiento existente por otros tres años, en circunstancias que se encontraba negociando la venta del local con un tercero, situación que no le fue comunicada al arrendatario. Lo que el arrendador en realidad pretendía era asegurar que el local se mantuviera ocupado durante el proceso de negociación de la venta y que el contrato de arrendamiento fuera renovado en caso que la venta del local no llegara a materializarse. Sólo días después de haber vencido el plazo de vigencia del arrendamiento, el comprador del local le comunicó al arrendatario que debía

Cabe señalar que en los últimos años se ha comenzado a evidenciar una tendencia jurisprudencial al interior del *Common Law* a ampliar el régimen de responsabilidad extracontractual por la vía de extender la aplicación del *tort* de *negligence* a los supuestos de infracción de aquellos deberes de cuidado que carecen de un estatuto legal específico.¹²⁰

Como puede advertirse, los ordenamientos jurídicos pertenecientes al *Common Law* han tendido a resolver el conflicto existente entre el principio de la libertad contractual y la necesidad de garantizar equidad en el proceso de negociaciones, dando primacía a la libertad de acción de las partes. Sólo en forma excepcional se ha recurrido a las doctrinas legales antes señaladas para admitir responsabilidad precontractual u otro remedio en aquellos tipos de casos en que se ha considerado necesario restringir la libertad de acción de las partes para solucionar las injusticias derivadas de la interrupción de un proceso de negociaciones.

Sin embargo, atendida la especificidad de los casos de hecho en que proceden, y el limitado éxito que en la práctica ha tenido

abandonar el establecimiento. El arrendatario entabló la correspondiente demanda por fraude en las negociaciones. El Tribunal Supremo de Washington argumentó que el arrendador había declarado fraudulentamente que tenía la intención de renovar el arrendamiento, siendo causa suficiente de fraude el hecho de que dicha promesa se hubiera realizado sin el cuidado y la preocupación suficiente acerca de si ésta podría ser mantenida". FARNSWORTH, ALLAN, *op. cit.* [nota 11], p. 234.

¹²⁰ En el ámbito del *Common Law*, en que se requiere la existencia de un deber de cuidado específico respecto de la víctima para dar aplicación a este criterio, se ha recurrido a la doctrina de la "proximidad" o "vecindad" para justificar la imposición de un deber especial de cuidado a las partes que negocian un contrato. Recurriendo a esta teoría, se considera que la relación de cercanía y proximidad existente entre las partes negociadoras les permite prever y evitar la causación de daños recíprocos. LINZER, PETER, "Rough Justice: A theory of Restitution and Reliance, Contracts and Torts", publicada en *Wisconsin Law Review*, 2001, pp. 695 y ss. En este sentido, los tribunales tanto ingleses como norteamericanos han fallado en reiteradas ocasiones que concurre el *tort* de *negligence* por el incumplimiento de los estándares de cuidado aplicables a los bancos e instituciones crediticias. Así, han considerado que un ejecutivo bancario ha infringido los deberes de cuidado aplicables a su giro al inducir a sus clientes a tomar decisiones basadas en la aseveración de que les será otorgado un crédito por el banco, en circunstancias que éste es posteriormente rechazado por la entidad bancaria. El caso más representativo de esta evolución jurisprudencial es *Hedley Byrne Co. v. Heller & Partners*, resuelto por the *House of Lords* en 1964, citado en KÖTZ, HEIN y FLESSNER, AXEL, *op. cit.* [nota 32], p. 39.

su invocación en los tribunales, los supuestos en que se ha otorgado protección en el ámbito del *Common Law* a la parte que ha resultado perjudicada por el fracaso de las negociaciones resultan acotados. Lo anterior resulta más evidente si se compara con el grado de protección brindado en la tradición continental en que se admite con mayor amplitud la procedencia de responsabilidad precontractual.

Con todo, se puede advertir que las razones por las cuales una de las partes negociadoras puede verse obligada a asumir las consecuencias perjudiciales derivadas del fracaso de un proceso de negociación son básicamente las mismas en los distintos ordenamientos jurídicos del derecho comparado.

Aunque el enfoque acerca del rol de la libertad contractual y la buena fe en el período de las negociaciones contractuales difiere en la tradición jurídica continental respecto de aquellos países pertenecientes al *Common Law*, en las últimas décadas se ha comenzado a apreciar una convergencia en los resultados prácticos alcanzados en las distintas jurisdicciones al resolver los problemas de deberes precontractuales de cuidado entre las partes negociadoras.¹²¹

Esta convergencia se ha alcanzado por la vía de implementar conceptos legales como la culpa in contrahendo, el deber de negociar de buena fe, la doctrina de los actos propios (*promissory estoppel*) o el *tort* de *misrepresentation*, para definir el patrón de comportamiento exigible a las partes durante el período de formación del contrato. De esta manera, se logra mitigar los efectos perjudiciales que pueden derivarse de una protección irrestricta de la libertad de contratación en el ámbito de las negociaciones.

Esta es la solución a la que se ha llegado en los diversos ordenamientos jurídicos analizados en este trabajo. Pese a la disparidad de técnica jurídica a la que se ha recurrido para resolver la problemática de la ruptura injustificada de las negociaciones, en los diversos ordenamientos jurídicos se admite, con mayor o menor extensión, la procedencia de responsabilidad precontractual en aquellos casos en que una parte ha resultado seriamente perjudicada a consecuencia de la conducta impropia desarrollada por el otro negociante durante el proceso de negociaciones contractuales.

¹²¹ KÜHNE, GUNTHER, *op. cit.* [nota 30], p. 292.



3. RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE A LA HIPÓTESIS DE RUPTURA INJUSTIFICADA DE LAS NEGOCIACIONES CONTRACTUALES

En el derecho comparado también se aprecia cierta controversia al determinar cuáles son las normas jurídicas por las que debiera regirse la responsabilidad precontractual. En este sentido, se presenta una disyuntiva entre la posibilidad de estimar la interrupción de las negociaciones como una hipótesis de responsabilidad contractual —que encontraría su fuente en el incumplimiento de obligaciones contraídas expresa o implícitamente por los negociantes— o bien considerar que se trata de un ilícito aquiliano que debiera sujetarse al régimen de responsabilidad extracontractual.¹²²

La relevancia de decidir cuál de los regímenes de responsabilidad debe ser aplicado a los casos de ruptura de las negociaciones radica en la trascendencia práctica que tiene optar por una u otra normativa.¹²³ También resulta necesario precisar si los intereses jurídicos protegidos por la responsabilidad precontractual per-

¹²² Cabe señalar que en el derecho comparado se ha sugerido que resulta injustificada una separación tan radical entre los regímenes de responsabilidad contractual y extracontractual, ya que las diferencias de regulación jurídica existentes entre ambos estatutos de responsabilidad civil se han ido atenuando progresivamente. Parte de la doctrina comparada ha llegado incluso a manifestarse a favor de un tratamiento unitario de la responsabilidad civil, que atendiendo al idéntico fundamento y común finalidad reparadora de la responsabilidad contractual y extracontractual, aconseja la integración de las normas de ambos regímenes en un estatuto único. Entre quienes sostienen esta opinión, véase YZQUIERDO TOLSADA, MARIANO, *Responsabilidad civil contractual y extracontractual*, volumen I, Madrid, Editorial Reus, 1993, pp. 83 y ss., LE TOURNEAU, PHILLIPE, y CADIET, LOIC, *Droit de la responsabilité*, París, Editorial, Dalloz, 1996. Un análisis a partir de las diferencias que persisten entre ambos regímenes en el derecho civil francés, en VINEY, GENEVIÈVE, *Traité de Droit Civil: Les obligations. La responsabilité: Conditions*, Editorial Librairie Generale de Droit et de Jurisprudence, 1982, pp. 193 y ss. En el ámbito del *Common Law* también se observan posturas unitaristas en GRANT GILMORE, *The death of the contract*, Columbus, University Press, 1974, y PATRICK ATIYAH, *The rise and fall of freedom of contract*, Oxford, Clarendon Press, 1979.

¹²³ En este sentido, la doctrina comparada constata que subsisten diferencias en cuanto a la carga de la prueba de la culpa, plazo de prescripción de la acción indemnizatoria y extensión de la reparación, así como en relación a la vinculación de los responsables en caso de pluralidad de causantes del daño, responsabilidad por el hecho de los dependientes y admisibilidad de cláusulas modificatorias de la responsabilidad. Un análisis exhaustivo de estas consecuencias normativas se encuentra en GARCÍA RUBIO, MARÍA PAZ, *op. cit.* [nota 42], pp. 215-227.

tenecen al ámbito de riesgos cautelado a través de los deberes generales de cuidado o si se trata de intereses que sólo pueden ser invocados respecto de quienes han asumido voluntariamente la obligación de respetarlos.

3.1. ARGUMENTOS ESGRIMIDOS PARA CONSIDERAR LA RUPTURA DE NEGOCIACIONES COMO FUENTE DE RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL

A favor de la aplicación de las normas de responsabilidad contractual se ha argumentado que la relación precontractual que existe entre las partes negociadoras da lugar a una serie de deberes de comportamiento de carácter relativo. La vulneración de tales deberes de conducta respecto del conegociante justificaría la imposición de responsabilidad contractual a quien ha causado daño a su contraparte a raíz de la ruptura de los tratos preliminares.

Esta es la argumentación que se ha seguido en el ordenamiento jurídico alemán, que ha sido el país donde la doctrina ha apoyado de manera más clara y decidida la tesis contractual de la responsabilidad originada en el período de formación del contrato.

La tesis contractualista ha sido defendida en el derecho alemán señalando que desde el comienzo de los contactos negociales surge entre las partes una relación de confianza de origen legal que daría lugar a deberes precontractuales similares a los de un contrato y cuya vulneración se sanciona según las normas contractuales.¹²⁴

¹²⁴ La solución contractual se ha postulado en el derecho alemán desde la formulación inicial de la doctrina de la culpa in contrahendo por Ihering, quien sostenía que la fuente directa de la responsabilidad precontractual se encontraba en el contrato celebrado posteriormente por las partes, el cual resultaba inválido a consecuencia de la culpa in contrahendo de una de las partes. Sin embargo, esta teoría fue criticada por considerarla ficticia, ya que suponía reconocer una suerte de efectos putativos del contrato que adolecía de invalidez, sin llegar a explicar suficientemente cómo un comportamiento anterior a la conclusión de un contrato podía constituir violación de los deberes contractuales. Por lo demás, esta teoría no contemplaba aquellos casos en que el proceso de negociaciones se frustraba sin llegar a celebrarse el contrato proyectado. Con posterioridad, los autores se decidieron a abandonar la explicación negocial de esta relación precontractual, que resultaba altamente ficticia y que causaba incertidumbre acerca del momento en que surgía el período susceptible de generar responsabilidad precontractual



Sin embargo, las razones profundas que explican la aceptación prácticamente generalizada de la tesis contractualista en Alemania se encuentran en las propias disposiciones del Código Civil alemán. Dada la ausencia de una noción general de ilícito civil en el derecho alemán no es posible recurrir a las normas extracontractuales para indemnizar los daños primariamente patrimoniales causados en forma negligente, característica a la que responden la mayoría de los conflictos de intereses surgidos en la preparación del contrato.¹²⁵

También se ha defendido la aplicabilidad de las normas de responsabilidad contractual a la hipótesis de ruptura injustificada de las negociaciones por un sector de la doctrina italiana. Estos autores igualmente atienden a la existencia de una relación obligatoria entre las partes negociadoras. Al respecto, señalan que por el mero hecho de haber iniciado las negociaciones las partes quedan sujetas a una serie de deberes precontractuales de carácter relativo que encontrarían su origen en el artículo 1337 del Código Civil, que impone a las partes una obligación de buena fe en la formación del contrato.¹²⁶

otorgando a la culpa in contrahendo una fundamentación exclusivamente legal. Esta evolución de la doctrina alemana hacia la configuración de una responsabilidad precontractual de carácter legal y sujeta a un régimen propio, se encuentra expuesta tanto en GARCÍA RUBIO, MARÍA PAZ, *op. cit.* [nota 42], p. 231, como en ASÚA GONZÁLEZ, CLARA, *op. cit.* [nota 23], pp. 25 y ss.

¹²⁵ Tal como advierten numerosos autores, esta clasificación de la culpa in contrahendo como antecedente de responsabilidad contractual se debe principalmente a la inadecuación del régimen de responsabilidad extracontractual alemán que, en oposición a otros sistemas jurídicos, no adopta un principio general de responsabilidad por daños causados en forma negligente. Ante la imposibilidad de aplicar el régimen extracontractual establecido en el Código Civil alemán, la doctrina alemana comienza a recurrir a las normas de responsabilidad contractual para trasladar los daños puramente económicos sufridos por una parte durante las negociaciones contractuales debido a la negligencia de la otra. En este sentido, véase KESSLER, FRIEDRICH y FINE, EDITH, *op. cit.* [nota 14], p. 406, y CABANILLAS SÁNCHEZ, ANTONIO, *op. cit.* [nota 68], pp. 755 y ss.

¹²⁶ Estos autores se han pronunciado a favor de las normas contractuales, a pesar de que el Código Civil italiano contiene una regla de responsabilidad extracontractual genérica, circunstancia que de haber existido en Alemania, probablemente habría hecho innecesario el surgimiento y desarrollo de la doctrina de la culpa in contrahendo. La tesis contractual ha sido postulada en Italia por G. STOLEL en "In tema di responsabilità precontrattuali", *Foro Italiano*, 1954, volumen N° 1, p. 1110, por L. MENGONI, "Sulla natura della responsabilità precontrattuali", en *Rivista di*

El argumento más utilizado para extender las normas de la responsabilidad contractual al supuesto de ruptura de negociaciones contractuales es que el deber de comportarse de buena fe en el período de preparación del contrato no está formulado como un deber absoluto respecto de todos, sino como un verdadero deber inter partes que existe sólo respecto a la persona con la que se han realizado contactos negociales. Entre las partes negociantes se configura una auténtica relación obligatoria, cuya violación genera responsabilidad contractual.

Así, se ha llegado a sostener que la introducción del artículo 1337 en el Código Civil italiano de 1942 respondió precisamente a la intención de consagrar la naturaleza obligacional de la responsabilidad precontractual, sujetando el comportamiento de las partes en la etapa formativa del contrato a la misma regla de buena fe que rige una vez que se ha concretado el negocio.¹²⁷

Como puede advertirse, en las argumentaciones sustentadas por la doctrina italiana se atiende al hecho de que las partes se encuentran preparando un contrato para aducir que por ello la situación se ha teñido con un cierto carácter contractual. Dicho particular status de las partes negociantes justificaría la aplicación del régimen de responsabilidad contractual en caso de ocasionarse daños a una de las partes durante el período precontractual.¹²⁸

En contra de este argumento se ha señalado que no puede fundarse la naturaleza contractual de la responsabilidad precontractual en la existencia de un contacto entre las esferas de intereses de las partes, puesto que dicho contacto negocial no sería suficiente para dar lugar a una relación obligatoria. Al respecto, se señala que este mismo argumento permitiría postular

Diritto Commerciale, 1956, volumen N° 2, pp. 362 y ss., y, más enérgicamente, por F. BENATTI, "Culpa in contrahendo, Contratto e impresa", 1987, p. 132, citados en GARCÍA RUBIO, MARÍA PAZ, *op. cit.* [nota 42], pp. 64 y ss.

¹²⁷ GARCÍA RUBIO, MARÍA PAZ, *op. cit.* [nota 42], p. 65.

¹²⁸ Sin embargo, se ha cuestionado la validez de este argumento señalando que el hecho de que haya dos sujetos negociando un acuerdo no determina una especie de pre-efectos del contrato que no llega a celebrarse por la interrupción de las negociaciones, sino que se trata de una situación que el Derecho valora por sí sola para imponer una obligación de reparar los perjuicios causados a la parte interesada en la conclusión del contrato. ASÚA GONZÁLEZ, CLARA, *op. cit.* [nota 23], p. 259.



la aplicación de las normas de responsabilidad extracontractual, puesto que dichas normas también suponen necesariamente un contacto que someta la esfera de interés de un sujeto a la concreta posibilidad de injerencia por parte de otro.¹²⁹

3.2. RAZONES PARA CONSIDERAR LA INTERRUPCIÓN DE LAS NEGOCIACIONES COMO UN ILÍCITO EXTRA CONTRACTUAL

Con más fundamento, se ha sostenido que los casos de responsabilidad precontractual deben regirse por las normas de la responsabilidad extracontractual por considerar que la ruptura de las negociaciones constituye un comportamiento lesivo que contraviene el principio del *alterum non laedere*.

Bajo este enfoque, se justifica la adopción de la tesis extracontractual atendiendo al hecho de que quien interrumpe las negociaciones contractuales incurre en un comportamiento antijurídico que causa un perjuicio a la otra parte y que le impone el deber de reparar los daños causados.

Esta es la postura que se ha seguido en el derecho francés, que considera la responsabilidad precontractual como una mera aplicación del régimen de responsabilidad extracontractual. Sobre este punto, se señala que la responsabilidad precontractual no pretende sancionar la inexecución de una obligación contraída expresa o implícitamente por quien entra en negociaciones con un tercero, sino que simplemente sanciona aquellos comportamientos desleales que pueden tener lugar durante la negociación de un contrato.¹³⁰

Asimismo, la doctrina mayoritaria y la jurisprudencia casi unánime en el derecho italiano entienden que atendido a que no se trata de la vulneración de obligaciones que tengan su origen en un contrato, sólo queda abierta la posibilidad de configurar la ruptura injustificada como un ilícito extracontractual.

Se sostiene que la responsabilidad precontractual proviene de la infracción del principio general de *alterum non laedere* que encuentra su fundamento en un contacto de carácter social entre dos esferas contiguas de intereses, aunque no llegue a instaurarse una relación jurídica entre las partes. Por lo mismo, se conclu-

¹²⁹ CABANILLAS SÁNCHEZ, ANTONIO, *op. cit.* [nota 68], p. 752.

¹³⁰ LARROUMET, CHRISTIÁN, *op. cit.* [nota 86], pp. 185 y ss.

ye que la responsabilidad precontractual se muestra como una manifestación de la culpa aquiliana, porque las negociaciones contractuales no son idóneas para hacer surgir entre los sujetos interesados un vínculo jurídico en sentido estricto.¹³¹

Así, se argumenta que la responsabilidad precontractual no tiene por finalidad cautelar el interés de satisfacción del acreedor, sino que pretende tutelar intereses de carácter general, como son la preservación de la libertad negocial y el interés de seguridad en el tráfico jurídico, susceptibles de ser lesionados por cualquier sujeto en el contacto social.

Con todo, cabe señalar que el factor determinante tanto en el derecho francés como en la postura seguida mayoritariamente en Italia, ha sido la presencia de una fórmula amplia de responsabilidad extracontractual recogida en dichos ordenamientos jurídicos. Bajo esa fórmula general de responsabilidad aquiliana, cualquier tipo de daño producido por un comportamiento antijurídico es indemnizable, incluso aquellos que tienen un origen precontractual.¹³²

Por su parte, en los sistemas jurídicos pertenecientes a la tradición del *Common Law* también se ha recurrido al régimen extracontractual para sancionar hipótesis de daño precontractual. Se considera que la obligación de una parte negociante de soportar los daños causados injustamente a la otra como consecuencia de la ruptura de un proceso de negociaciones puede fundarse en la infracción de los deberes de cuidado que una parte tiene respecto de su conegociante, aunque no haya llegado a perfeccionarse un contrato válido y vinculante.

Cabe señalar que en la medida en que estos sistemas jurídicos carecen de un régimen amplio de responsabilidad extracontractual, la sanción de estos comportamientos antijurídicos se ha efectuado recurriendo generalmente al *tertium de negligence*. También se ha recurrido a los ilícitos de fraude y *misrepresentation*, cuando

¹³¹ MANZANARES, ALBERTO, "La naturaleza de la responsabilidad precontractual o culpa in contrahendo", en *Anuario de Derecho Civil*. Tomo XXXVIII, octubre-diciembre 1985, p. 991.

¹³² Al respecto, resulta necesario destacar que en la medida en que el supuesto de ruptura injustificada de las negociaciones puede configurarse directamente como un ilícito aquiliano, algunos autores han señalado que en aquellos ordenamientos jurídicos que contemplan una noción amplia de ilícito civil extracontractual ni siquiera resultaría imprescindible recurrir a la idea de la responsabilidad precontractual. ASÚA GONZÁLEZ, CLARA, *op. cit.* [nota 23], p. 294.



el deber que se infringe es el de no engañar a la otra parte acerca de la probabilidad de conclusión del contrato proyectado.¹³³

3.3. FORMULACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL COMO UN RÉGIMEN AUTÓNOMO

En derecho comparado también se han formulado algunas propuestas que plantean la necesidad de diseñar un régimen propio de responsabilidad para la reparación de los daños ocasionados durante la preparación de un contrato, por considerar que se trata de un género autónomo de responsabilidad.¹³⁴

En el derecho italiano, una tesis de esta índole ha sido admitida por un sector minoritario de la doctrina. Dichos autores consideran que a través del artículo 1337 del Código Civil el legislador habría pretendido instaurar un régimen precontractual propio, netamente distinto de la responsabilidad contractual y de la responsabilidad aquiliana.¹³⁵

En la doctrina alemana también se ha argumentado acerca del carácter autónomo de la responsabilidad por culpa in contrahen-

¹³³ Por el contrario, la aplicación de las normas de responsabilidad contractual a la hipótesis de ruptura de las negociaciones ha sido rechazada en estos ordenamientos jurídicos por estimar que sólo puede imponerse tal responsabilidad a las partes que ya han formado un contrato por el cual manifiestan claramente su intención de quedar vinculadas.

¹³⁴ En el derecho italiano, R. Sacco adhirió a una tesis de esta índole, considerando la responsabilidad precontractual como un "*tertium genus*" al estimar que, a través del artículo 1337 del Código Civil, el legislador había pretendido instaurar un régimen de responsabilidad autónomo, netamente distinto de la responsabilidad contractual y de la responsabilidad aquiliana. SACCO, R., "Culpa in contrahendo e culpa aquilia; culpa in eligendo e aparenza", publicado en *Rivista di Diritto Commerciale*, 1951, pp. 82 y ss., citado por MANZANARES SECADES, ALBERTO, *op. cit.* [nota 129], p. 1000.

¹³⁵ SACCO, R., *op. cit.* [nota 132], pp. 82 y ss., citado por MANZANARES SECADES, ALBERTO, *op. cit.* [nota 129] p. 1000. Con todo, esta idea ha sido rechazada por la doctrina mayoritaria señalando que no tiene sentido calificar a la responsabilidad precontractual como un género autónomo de responsabilidad precontractual cuando prácticamente carece de regulación y para resolver la mayor parte de las cuestiones que suscita es preciso acudir ya sea a las reglas obligacionales o a la violación de los deberes genéricos que a todos competen en la vida de relación. En este sentido véase BENATTI, *op. cit.* [nota 124], pp. 116 y 117 citado en GARCÍA RUBIO, MARÍA PAZ, *op. cit.* [nota 42], pp. 74 y ss.

do. En este sentido, se ha postulado la existencia de un régimen de responsabilidad por defraudación de la confianza, categoría propia de naturaleza legal que sería funcional y estructuralmente independiente tanto de la responsabilidad contractual como de responsabilidad aquiliana, aunque recurriría a la aplicación de las reglas de ambas disciplinas normativas.¹³⁶

Algunos autores incluso han calificado el régimen de responsabilidad precontractual desarrollado en Alemania como una tercera vía entre el régimen contractual y delictual. Se trataría de un régimen propio que encuentra su justificación en el vacío legal que se aprecia en el sistema alemán para indemnizar ciertos daños causados de forma negligente durante la formación del contrato.¹³⁷

Sin embargo, estas teorías favorables a la consideración de la responsabilidad precontractual como un régimen autónomo han sido criticadas enérgicamente atendido a que no llegan a formular las normas propias y autónomas por las cuales debiera regirse esta responsabilidad.

En este sentido se ha señalado que aunque la idea de un género autónomo de responsabilidad precontractual pueda ser admisible a nivel dialéctico o como una expectativa de *lege ferenda*, mientras no se establezca una regulación propia, la responsabilidad por ruptura de las negociaciones sólo podrá ser considerada como

¹³⁶ MEDICUS, DIETER, *Tratado de las relaciones obligacionales*, (edición española de Ángel Martínez Sarrión), volumen I, Barcelona, Editorial Bosch, 1995, p. 65.

¹³⁷ La insuficiencia de la cobertura contractual y extracontractual ante los daños causados por actuaciones negligentes durante la formación del contrato se advierte del análisis de las disposiciones legales contenidas en el Código Civil alemán. Por una parte, este tipo de daños quedan excluidos del régimen de responsabilidad extracontractual configurado por el Código Civil alemán (§ 823 y § 826), ya que éste no contempla la reparación de los daños puramente patrimoniales causados en forma negligente. Según esta normativa, sólo serán indemnizables los perjuicios patrimoniales si se han irrogado vulnerando una ley protectora o mediante una actuación dolosa, pero no aquellos en cuya producción sólo ha intervenido negligencia. Por otro lado, tampoco podía acudirse a las normas de responsabilidad contractual, porque, aunque se hubiese llegado a concluir un contrato, el perjuicio no estaba generado por un incumplimiento de los deberes estrictamente contractuales. En atención a lo expuesto, se considera que en el derecho alemán se ha llegado a configurar un régimen de responsabilidad precontractual propio, que actualmente tiene el carácter de costumbre jurídica a consecuencia de su ejercicio durante muchos años y de su acogida en la conciencia jurídica general. En este sentido, véase MARKESINIS, BASIL, *op. cit.* [nota 54], pp. 64 y ss. Asimismo, LARENZ, KARL, *op. cit.* [nota 41], p. 108.



contractual o extracontractual atendiendo a la normativa vigente en cada sistema jurídico.¹³⁸

Tal como se desprende del estudio de las soluciones adoptadas en los diversos ordenamientos jurídicos analizados acerca de la normativa aplicable al supuesto de ruptura de tratos, se puede afirmar que no existe una respuesta unitaria en relación a la naturaleza jurídica de la responsabilidad precontractual.

La opción realizada en cada sistema jurídico viene determinada, en gran medida, por el marco regulatorio vigente en cada país, así como por la necesidad de otorgar respuestas equitativas ante el rigor del principio de la libertad contractual en función de una normativa concreta.

Así, mientras en Alemania prevalece la tesis contractualista por las razones de normativa interna antes señalada, y un sector doctrinal también adhiere a esta postura en Italia, la mayoría de los ordenamientos jurídicos que contemplan una fórmula amplia de responsabilidad extracontractual se inclinan por la aplicación de estas normas para sancionar las conductas ilícitas que pueden tener lugar en la fase precontractual.

RESPONSABILIDAD POR RUPTURA
INJUSTIFICADA DE LAS NEGOCIACIONES
CONTRACTUALES EN EL DERECHO CHILENO

A partir de la experiencia aportada por el derecho comparado, a continuación se efectúa un análisis de la realidad jurídica nacional acerca de la problemática de la ruptura injustificada de las negociaciones contractuales y de las consecuencias que podrían derivarse de tal conducta a la luz de la normativa vigente en Chile.

Al respecto, cabe señalar que, al igual que en otros ordenamientos jurídicos, en el derecho chileno también se advierte que el principio básico en que se sustenta la regulación de los contratos es el principio de autonomía de la voluntad. En virtud de dicho principio esencial se reconoce a las partes la facultad de negociar y convenir libremente todos los acuerdos que estimen convenientes a sus intereses, dentro de la esfera de sus atribuciones.

En este sentido, y tal como sucede en el derecho comparado, los autores nacionales coinciden en que la autonomía privada se concreta en el ámbito de la contratación en el reconocimiento del principio de libertad contractual.¹⁷² Lo anterior se traduce en que

¹⁷² Así, el profesor Arturo Alessandri Rodríguez identifica el principio de la autonomía de la voluntad como uno de los pilares básicos sobre los que se estructura nuestro derecho contractual en su obra *De los contratos*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1940, p. 10. De igual modo, la doctrina nacional coincide en señalar que el principio de libertad contractual se encuentra consagrado en nuestra legislación en el artículo 1545 del Código Civil, que atribuye fuerza obligatoria a los contratos celebrados voluntariamente por las partes al expresar que "todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales". BARROS BOURIE, ENRIQUE, *Tratado de Responsabilidad Extracontractual*, Editorial Jurídica de Chile, 2007, p. 1003. Por lo demás, así lo ha ratificado la jurisprudencia chilena al resolver que "El artículo 1545 del Código Civil consagra el principio fundamental en materia de actos jurídicos



el ordenamiento jurídico considera como vinculantes aquellos contratos libremente concluidos por partes que se encuentran jurídicamente equiparadas se otorga de este modo al individuo la posibilidad de adoptar una actividad creadora de derecho, en el campo jurídico privado, mediante la configuración de sus relaciones recíprocas.¹⁷³

Como consecuencia fundamental de la libertad contractual que se reconoce a las partes, la doctrina nacional advierte que los individuos son absolutamente libres de celebrar contratos o de no ligarse a nuevas obligaciones. Igualmente, se da cuenta de la libertad de los individuos para discutir en completa igualdad las condiciones de los contratos, determinando su contenido y los efectos de las obligaciones queridas por las partes mismas.¹⁷⁴

Se reconoce a las partes una amplia libertad de negociación por estimar que durante la etapa precontractual cada parte puede legítimamente velar por sus propios intereses para obtener las ventajas propias de la negociación. Así, se considera que resulta

de carácter patrimonial: el de la libertad de las convenciones, que permite todo acto jurídico que no vaya contra una prohibición expresa de la ley, ni sea contrario al orden público o a las buenas costumbres". *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo XXXII, 1934, 2ª parte, sección 2ª, p. 39.

¹⁷³ BAMBACH SALVATORE, MARÍA VICTORIA, "Las cláusulas abusivas", en *Contratos*, coordinación del profesor Enrique Barros Bourie, Editorial Jurídica de Chile, 1991, p. 46.

¹⁷⁴ Como uno de los aspectos esenciales de la autonomía de la voluntad en el ámbito de la contratación, la doctrina nacional destaca la libertad de contratar, en virtud de la cual, "la celebración de un contrato queda entregada a la iniciativa de los interesados; son ellos quienes eligen y deciden la oportunidad que les conviene; contratan si quieren y cuando quieren; por ende, nadie está obligado a celebrar un contrato si no quiere hacerlo". DÍAZ MUÑOZ, ERIKA, *El efecto relativo de los contratos*, Editorial Jurídica de Chile, 1985, Santiago, p. 8. En similares términos se manifiesta Avelino León al señalar que "También se manifiesta la autonomía de la voluntad como una consecuencia de la libertad individual, en cuanto los particulares pueden no contratar a su arbitrio. El rechazo de una oferta para contratar no impone obligación alguna, pues los particulares pueden o no contratar con entera libertad". LEÓN HURTADO, AVELINO, *Voluntad y Capacidad en los Actos Jurídicos*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1979, p. 45. De igual modo, el autor nacional Jorge López Santa María identifica como una de las manifestaciones de la libertad contractual lo que él denomina como libertad de conclusión, en base a la cual se reconoce a los individuos la libertad para contratar o para no hacerlo. LÓPEZ SANTA MARÍA, JORGE, *Los Contratos: Parte General*, tomo I, 3ª edición, Editorial Jurídica de Chile, 1998, Santiago, p. 261.

consustancial al principio de libertad contractual el reconocimiento de la facultad de los individuos para discutir libremente los contratos que desean celebrar y acordar los términos y condiciones que mejor se ajusten a sus intereses.¹⁷⁵

Esta idea, según la cual las partes no quedan vinculadas por el solo hecho de involucrarse en negociaciones contractuales, responde a la noción de libertad contractual en sentido negativo desarrollada en el derecho comparado, en virtud de la cual los individuos permanecen libres de toda obligación mientras no hayan celebrado un contrato válido y ejecutable.¹⁷⁶

De esta manera, se advierte que como consecuencia de la tradición liberal a la cual nuestro ordenamiento jurídico adscribe, se otorga un rol primordial a la libertad de negociación en el ámbito de la contratación, sin perjuicio de las exigencias de conducta derivadas del principio de la buena fe que se impone a los contratantes una vez materializado el acuerdo proyectado.¹⁷⁷

¹⁷⁵ En estos términos se pronuncia don Arturo Alessandri al rechazar la imposición de responsabilidad en el ámbito precontractual por estimar que "sería, además, coartar la facultad de los individuos para discutir libremente las condiciones de sus contratos y pactar éstos en las condiciones que estimen más convenientes". ALESSANDRI, ARTURO, *op. cit.* [nota 170], p. 156. Tal como pone de manifiesto Hugo Rosende, la doctrina tradicional en nuestro país "ha sostenido que habida consideración a la libertad de que gozan las partes en el curso de los tratos y la ausencia de la intención de obligarse, nada puede reprocharse al precontractante que se desiste unilateralmente de las conversaciones y, por ende, ninguna responsabilidad puede hacerse efectiva en su patrimonio en razón de pérdidas sufridas por el otro precontractante con motivo de la ruptura de tratos". ROSENDE ÁLVAREZ, HUGO, *Algunas consideraciones sobre la responsabilidad precontractual*, Ediciones Universitarias de Valparaíso, Valparaíso, 1979, p. 51.

¹⁷⁶ El profesor Enrique Barros hace expresa referencia a la dimensión negativa de la libertad contractual, concluyendo que "mientras no haya consentimiento, no hay deber de convenir en un contrato, porque el principio de libertad negativa, que autoriza para contratar o para no hacerlo, es dominante en la doctrina jurídica del contrato", BARROS BOURIE, ENRIQUE, *Tratado de Responsabilidad Extracontractual*, *op. cit.* [nota 176], p. 1008.

¹⁷⁷ Junto al principio de la autonomía de la voluntad en que se basa el ordenamiento de los contratos en el Código Civil, se admite la existencia de una serie de elementos implícitos que se entienden incorporados al contrato en razón del principio de buena fe expresado en el artículo 1546 del Código Civil. De conformidad a lo dispuesto por esta norma se impone a las partes contratantes la obligación de ejecutar los contratos convenidos de acuerdo a los dictados de la buena fe, y por consiguiente éstos obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley o la costumbre pertenecen a ella.



En este sentido, nuestro ordenamiento jurídico contempla expresamente la obligación de las partes de ejecutar de buena fe los contratos que han celebrado voluntariamente, según dispone el artículo 1546 del Código Civil. Con todo, al igual que en otras legislaciones comparadas, en el derecho chileno no existe una disposición que imponga explícitamente a las partes negociadoras la obligación de comportarse de buena fe durante la etapa precontractual.¹⁷⁸

1. ADMISIBILIDAD DE LA RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL POR RUPTURA DE NEGOCIACIONES CONTRACTUALES EN EL DERECHO CHILENO

Tal como se ha señalado anteriormente, si bien el derecho chileno contempla una reglamentación sistemática del proceso de formación del consentimiento, dicha normativa contenida en el Código de Comercio de 1865 recoge los postulados de la doctrina contractual clásica sobre la materia. Por tanto, nuestro Código de Comercio regula únicamente el período posterior a la formulación de una oferta seria y concreta de celebrar un contrato.

Así, el proceso de formación del consentimiento es regulado en nuestro ordenamiento jurídico suponiendo que ya una de las partes negociadoras ha manifestado su intención de obligarse mediante la formulación de una oferta precisa y concreta de

¹⁷⁸ Al interior de la doctrina nacional existen algunos autores que han postulado que el deber de buena fe debiera regir también en el período de formación del contrato. En este sentido, los profesores Ramón Domínguez Águila, Ramón Domínguez Benavente y Carmen Domínguez Hidalgo han postulado que "comúnmente se piensa en la buena fe sólo en etapa de cumplimiento del contrato ya formado, supuesto a que se refiere el artículo 1546 del C. Civil; olvidándose que ese es sólo un supuesto de aplicación de un principio más vasto que rige en el ejercicio de todo derecho, como lo reconocen algunas codificaciones". DOMÍNGUEZ BENAVENTE RAMÓN, DOMÍNGUEZ ÁGUILA, RAMÓN y DOMÍNGUEZ HIDALGO, CARMEN, "Comentarios de Jurisprudencia: Responsabilidad Precontractual", publicado en *Revista de Derecho Universidad de Concepción*, N° 199, enero-junio 1996, pp. 179 y ss. Por su parte, Jorge López Santa María también se refiere a la vigencia del principio de buena fe durante los tratos contractuales, pero lo hace únicamente para argumentar la existencia de deberes de información entre las partes negociadoras destinados a evitar la conclusión de un contrato sobre la base de afirmaciones inexactas o falsas. LÓPEZ SANTA MARÍA, JORGE, *op. cit.* [nota 172] pp. 19 y ss.



celebrar un contrato determinado, en términos tales, que para que éste quede perfecto, basta con que el destinatario de la oferta simplemente la acepte.

Por lo mismo, esta normativa resta importancia a las fases preliminares de la negociación contractual por estimar que los actos preparatorios no son susceptibles de generar efectos jurídicos entre las partes negociadoras. Así se advierte tanto en la reglamentación contenida en el Código de Comercio como en el ámbito del derecho civil, en el que ni siquiera se efectúa un tratamiento sistemático del proceso de preparación y formación de los contratos.¹⁷⁹

En efecto, nuestro Código Civil se limita a reglamentar los requisitos de existencia y validez del consentimiento contractual, pero no se refiere en modo alguno al proceso de generación del acuerdo de voluntades entre las partes, suponiendo que ya se han efectuado todos los actos preparatorios previos a la celebración del contrato.¹⁸⁰

¹⁷⁹ A juicio del profesor Barros, la doctrina tradicional del contrato se concentra en la regulación de la formación del consentimiento "porque asume que las partes son responsables de decisiones que adoptan dentro de su ámbito de autonomía", poniendo particular énfasis a los posibles vicios del consentimiento que puedan invalidar el contrato ante la ausencia de una genuina intención de las partes de asumir obligaciones. BARROS BOURIE, ENRIQUE, *Tratado de Responsabilidad Extracontractual, op. cit.* [nota 172], p. 1000.

¹⁸⁰ El Código Civil chileno, al igual que la mayoría de las codificaciones que encuentran su fuente en el Código Civil francés de 1804, carece de una regulación orgánica de la responsabilidad nacida durante el período de formación del consentimiento, ignorando absolutamente la fase de negociaciones contractuales, y limitándose a regular las hipótesis de nulidad contractual por vicios del consentimiento. El autor nacional Francisco Javier Saavedra da cuenta de este fenómeno en los siguientes términos: "El consentimiento, como producto de la unidad de las voluntades de los agentes, debe tener un proceso de generación, pero sucede que el Código Civil chileno, al igual que su modelo francés, no se refiere a él, no ha dicho cuándo ni cómo se forma, sino que reglamenta los caracteres que debe tener para su existencia y validez partiendo de la base que está ya formado, de manera que supone efectuados todos los actos preparatorios que permiten que se produzca el acuerdo de voluntades en que consiste". SAAVEDRA, FRANCISCO JAVIER, *Teoría del consentimiento*, Editorial Jurídica Conosur, Santiago, 1994, p. 264. En el mismo sentido se ha pronunciado la jurisprudencia nacional al señalar que "El Código Civil no se ha referido a la formación del consentimiento en los contratos sino al consentimiento ya formado. Aquella materia ha sido tratada en los artículos 97 a 106 inclusive del Código de Comercio". Sentencia de la Corte de Apelaciones de Temuco, dictada con fecha 5 de agosto de 1935, publicada en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo XXXIV, 2ª parte, sección 2ª, p. 28.



De esta manera, en la regulación de los contratos contenida en el Código Civil chileno no se atribuye carácter vinculante a las negociaciones contractuales ni se contemplan disposiciones generales aplicables a los contratos preliminares o preparatorios. Nuestro Código Civil reglamenta únicamente el contrato de promesa como acuerdo preparatorio válido, el cual se encuentra sujeto, en todo caso, al cumplimiento de las formalidades establecidas en el artículo 1554 de dicho cuerpo legal.¹⁸¹

La doctrina civil clásica también considera los actos preparatorios como carentes de valor jurídico, desestimando la relevancia del período preliminar de la formación de los contratos. Así lo admite expresamente el destacado autor nacional Arturo Alessandri Rodríguez al señalar que “las *proposiciones*, los *pourparlers* y aun los *acuerdos preparatorios* no tienen fuerza obligatoria; no hay en ellos una manifestación de voluntad definitiva y concreta de contratar. (...) Las voluntades de las partes aún no se han manifestado de un modo definitivo, ni aunque estas lleguen a convenir un acuerdo preparatorio —a menos que este acuerdo importe una promesa de celebrar el contrato y cumpla con todos los requisitos del artículo 1554—, puesto que en tal acuerdo sólo se fijan las bases que han de servir para pactar el contrato, y éste,

¹⁸¹ Por esta vía, los tribunales nacionales se han resistido a admitir la existencia de obligaciones entre las partes negociadoras en la medida en que no se acredite la concurrencia de los requisitos establecidos para el contrato de promesa. La jurisprudencia nacional ha resuelto que en el artículo 1554 del Código Civil nuestra legislación reconoció existencia jurídica a la promesa de celebrar un contrato, sólo por excepción, al prescribir que no produce obligación alguna, salvo que concurren las circunstancias que enumera. Asimismo, los tribunales han puesto de manifiesto la forma enérgica en que el legislador expresó su voluntad de restringir la celebración de esta clase de pactos, reconociéndoles fuerza obligatoria únicamente cuando se reúnen simultánea y copulativamente todas las circunstancias exigidas en la norma referida. En este sentido, véanse sentencias de la Corte Suprema de fecha 11 de noviembre de 1919, publicada en *Gaceta Jurídica* N° 77, 1919, 2° semestre, p. 408, y sentencia de 27 de marzo de 1946, publicada en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo XLIII, 1946, sección 1ª, p. 399. El profesor Enrique Barros analiza este tópico considerando que la promesa de celebrar un contrato es el más perfecto de los contratos preparatorios, en cuanto da acción para exigir la celebración del contrato prometido, y haciendo referencia a otro tipo de contratos preliminares que pese a tener efectos más limitados permiten a las partes regular términos relevantes de la negociación. BARROS BOURIE, ENRIQUE, *Tratado de Responsabilidad Extracontractual*, op. cit. [nota 172], p. 1004.



según dijimos, existe cuando las partes han convenido todos los puntos que lo constituyen”.¹⁸²

Por su parte, el Código de Comercio, pretendió suplir este vacío legislativo, reglamentando minuciosamente el proceso de formación del consentimiento en sus artículos 97 a 108, exigiendo la concurrencia de una oferta y una aceptación válidas para estimar que las partes han quedado vinculadas jurídicamente, lo que deja a las partes una amplia libertad de negociación.¹⁸³

En este sentido, la normativa contenida en el Código de Comercio reconoce como norma general el derecho que tienen las partes negociadoras de revocar las propuestas de contrato que hubieran formulado, sujetándolas a responsabilidad, excepcionalmente en los supuestos de aceptación extemporánea de la oferta y retractación tempestiva de una oferta de contrato.

Estos supuestos que han sido calificados por la doctrina comercial como hipótesis de responsabilidad precontractual se encuentran contemplados en los artículos 98 y 100 del Código de Comercio. El artículo 98 inciso final prescribe que “En caso

¹⁸² ALESSANDRI RODRÍGUEZ, ARTURO, op. cit. [nota 170], p. 86. De igual modo, Hugo Rosende Álvarez advierte que de acuerdo a los criterios seguidos por la doctrina tradicional chilena “la actuación de las partes en la fase de los tratos escapa al ámbito del derecho, y de consiguiente, a la responsabilidad civil. Se tratará únicamente de manifestaciones de hecho o bien de hechos sociales sin trascendencia jurídica alguna”. ROSENDE ÁLVAREZ, HUGO, op. cit. [nota 173], p. 51.

¹⁸³ A pesar de estar contenidas en una legislación especial, las reglas sobre formación del consentimiento contenidas en el Código de Comercio también son aplicables en materia civil, según se desprende de la propia naturaleza general de las normas pertinentes y de las palabras expresadas en el Mensaje del Código de Comercio, que declara que, en lo relativo a la formación del consentimiento, viene a llenar “un sensible vacío en nuestra legislación comercial y civil”. Por lo demás, su aplicación puede justificarse recurriendo a la integración del ordenamiento jurídico de acuerdo al criterio interpretativo del espíritu general de la legislación contemplado en el artículo 24 del Código Civil. Este criterio ha sido confirmado en repetidas ocasiones por la jurisprudencia nacional. En este sentido, véase sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, de fecha 25 de agosto de 1948, publicada en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo XLVI, 1948, 2ª parte, sección 2ª, p. 48, la cual fue la primera resolución judicial dictada en nuestro país que admitió expresamente la procedencia de responsabilidad precontractual en nuestro ordenamiento jurídico. Como argumento adicional, el profesor Avelino León Hurtado hace presente que el Código de Comercio reglamentó esta materia dando gran amplitud a sus disposiciones, de modo que pudieran regir sin inconvenientes tanto en la formación de contratos mercantiles como civiles. LEÓN HURTADO, AVELINO, op. cit. [nota 172], p. 55.



de aceptación extemporánea, el proponente será obligado, bajo responsabilidad de daños y perjuicios, a dar pronto aviso de su retractación". En tanto, el artículo 100 del referido cuerpo legal establece que "La retractación tempestiva impone al proponente la obligación de indemnizar los gastos que la persona a quien fue encaminada la propuesta hubiere hecho, y los daños y perjuicios que hubiere sufrido. Sin embargo, el proponente podrá exonerarse de la obligación de indemnizar, cumpliendo el contrato propuesto".

Cabe señalar que en el ámbito del derecho comercial, en que podría haberse esperado un desarrollo más profundo de la teoría de la responsabilidad precontractual al contemplarse dos supuestos específicos en el Código de Comercio, no se presentan reflexiones demasiado relevantes acerca de las cuestiones jurídicas analizadas en esta investigación.

Al analizar la hipótesis de retractación intempestiva de la oferta de contrato contemplada en el artículo 100 del Código de Comercio, los autores admiten que podría tratarse de un caso de responsabilidad precontractual que es calificado como curioso. La particularidad de estas hipótesis radica en que se impone la obligación de indemnizar los gastos y perjuicios experimentados por el destinatario de la oferta como consecuencia de una retractación válida de la propuesta de contrato.

Pese a ello, en lugar de analizar las implicancias que tendría la aplicación de la teoría de la responsabilidad precontractual a este supuesto particular, los autores se limitan a señalar que, por tratarse de un supuesto de responsabilidad legal que se funda en una razón de equidad, se deben indemnizar los perjuicios sufridos por el destinatario, sin efectuar un análisis más riguroso del fundamento teórico de esta responsabilidad.¹⁸⁴

Sin embargo, ante la ausencia de una reglamentación específica de la responsabilidad precontractual, la reflexión acerca de los supuestos que pueden dar lugar a responsabilidad en la fase de las negociaciones contractuales se ha estructurado en Chile en

¹⁸⁴ En este sentido, véase a OLAVARRÍA ÁVILA, JULIO, *Manual de Derecho Comercial*, tomo II, 2ª edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1956, pp. 301-302; SANDOVAL LÓPEZ, RICARDO, *Derecho Comercial*, tomo II, 4ª edición, Editorial Jurídica de Chile, 1994, p. 231, y EYZAGUIRRE E., RAFAEL, "Derecho Comercial", Apuntes de clases redactados por Jorge Tapia Valdés, Editorial Universitaria, Santiago, p. 148.

torno a las normas sobre retractación o revocación de la oferta y aceptación extemporánea de una oferta de contrato.

En este sentido, algunos autores han defendido la aplicación extensiva de las normas antes referidas a cualquier otro supuesto de comportamiento indebido en la etapa precontractual. En consecuencia, estiman innecesario recurrir a las normas inherentes a los delitos y cuasidelitos civiles para regular este tipo de hipótesis.

Esta postura ha sido defendida por Hugo Rosende Álvarez al pronunciarse a favor de la aplicación de las normas sobre formación del consentimiento, contempladas en el Código de Comercio, para sancionar las conductas ilícitas ocurridas durante las negociaciones contractuales. Así, el autor sostiene: "En nuestra opinión, la única interpretación correcta residiría en las normas del Código de Comercio, pues son éstas las que reglamentan específicamente la situación que se examina y son, además, las llamadas a llenar un vacío en la legislación civil, de acuerdo con los términos del Mensaje del Código de Comercio. Por último, no puede olvidarse el fundamento que sirve de base a la responsabilidad en el período precontractual, fundamento que debe encontrarse en la buena fe y en la equidad, cuya violación da derecho a solicitar indemnización. De aquí resulta que las únicas disposiciones que admiten este fundamento son las relativas a la formación del consentimiento, razón esta que abona la tesis de la aplicación del Código de Comercio".¹⁸⁵

Con todo, esta línea argumentativa tiende a ignorar que los casos de aceptación extemporánea y retractación tempestiva de la oferta regulados en el Código de Comercio suponen que al menos una de las partes negociadoras ha efectuado una manifestación de voluntad precisa y concreta de celebrar un contrato. Dicho

¹⁸⁵ ROSENDE ÁLVAREZ, HUGO, *op. cit.* [nota 173], p. 107. Este criterio es recogido por la jurisprudencia en sentencia de fecha 8 de noviembre de 1999 pronunciada por la Corte de Apelaciones de Talca y revocada por la Corte Suprema en sentencia de fecha 22 de noviembre de 2001, publicada en *Gaceta Jurídica* N° 257, 2001, sentencia N° 5. Con todo, se trata de un pronunciamiento aislado que, limitándose a reproducir la tesis formulada por Rosende en su memoria de prueba, se opone a la opinión mayoritaria ratificada por la jurisprudencia de nuestros tribunales en el sentido de sostener que la responsabilidad precontractual se rige en el derecho chileno por las normas contenidas en los artículos 2314 y ss.

elemento no concurre necesariamente en la fase de los contactos negociales previos.

Por lo mismo, parece más razonable la postura adoptada por otro sector de la doctrina nacional, que, en lugar de abogar por la aplicación directa de las normas del Código de Comercio, ha apreciado que el valor que cabe atribuir a los supuestos específicos de responsabilidad precontractual contemplados en la legislación comercial radica en que a partir de éstos se pueden extraer criterios válidos para resolver la problemática suscitada por la ruptura injustificada de las negociaciones contractuales y otras hipótesis de responsabilidad precontractual no reguladas en nuestro ordenamiento jurídico.¹⁸⁶

Así, más allá de las hipótesis de responsabilidad precontractual recogidas en el Código de Comercio, tanto la doctrina como la jurisprudencia de nuestro país se han mostrado dispuestas a admitir la procedencia de responsabilidad por los comportamientos indebidos ocurridos en la etapa precontractual.

Los autores nacionales han reflexionado acerca de la posibilidad de imponer responsabilidad a las partes que se involucran en un proceso de negociación contractual, llegando a conceptualizar la responsabilidad precontractual como "aquella en que incurre una parte si con dolo o culpa causa a la otra un daño injusto en el desarrollo de la formación del contrato o en el período previo de las tratativas o negociaciones contractuales".¹⁸⁷

¹⁸⁶ Cabe señalar que la problemática de la ruptura injustificada de las negociaciones se planteó por primera vez en Chile en el año 1906, en que fue publicada en la *Revista de Derecho y Jurisprudencia* una traducción del artículo del jurista francés Raymond Saleilles acerca de la responsabilidad precontractual. Sin embargo, y pese a la influencia decisiva que tuvo el desarrollo de una teoría general sobre la responsabilidad precontractual en otros ordenamientos jurídicos, en nuestro país no se publicó obra alguna sobre la materia sino hasta 1934, cuando don Manuel Risueño analizó las diversas hipótesis de responsabilidad que podían tener lugar durante el período de formación del contrato en su memoria de prueba titulada "De las obligaciones precontractuales", publicada en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo XXXI, 1934, 1ª parte, pp. 47-132. Tanto en esta obra como en todas las reflexiones doctrinales posteriores se advierte un claro influjo de las ideas postuladas por Saleilles a principios de siglo, lo que determina el uso de una terminología uniforme por todos los autores nacionales, pero también un evidente atraso en los conceptos jurídicos que desatiende a los progresos realizados en esta materia por las nuevas tendencias del derecho.

¹⁸⁷ VODANOVIC HAKLICKA, ANTONIO, *Derecho de obligaciones*, tomo II, inédito, citado en *Repertorio de Legislación y Jurisprudencia Chilenas*, Editorial Jurídica de Chile, 2ª edición 1998, volumen X, p. 27.

Asimismo, y en relación a la hipótesis de ruptura injustificada de las negociaciones contractuales, la doctrina nacional ha considerado que "esta responsabilidad se presentará cuando en forma dolosa o negligente se ha dado a la contraparte la seguridad de la celebración del contrato, lo que la ha hecho incurrir en gastos, desechar otras proposiciones, etc."¹⁸⁸

Incluso puede advertirse en la doctrina chilena una esquematización uniforme de los elementos que deben concurrir para dar lugar a responsabilidad precontractual en el supuesto analizado, exigiendo como requisitos de la ruptura injustificada: a) la presencia de un acuerdo recíproco de las partes para entrar en negociaciones con miras a la celebración de un contrato; b) el retiro arbitrario de las negociaciones por una de las partes, sin que exista una divergencia de intereses económicos entre las partes que lo justifique, y c) la existencia de perjuicios ocasionados por la ruptura de las negociaciones.¹⁸⁹

Por su parte, los tribunales chilenos también han admitido la procedencia de responsabilidad precontractual por los comportamientos impropios que pueden tener lugar en la fase de preparación de los contratos. Sin embargo, sólo en contadas ocasiones nuestros tribunales han llegado a imponer la obligación de compensar los daños causados a quien ha interrumpido injustificadamente un proceso de negociaciones contractuales.

En este sentido, la jurisprudencia nacional ha tenido que pronunciarse respecto de situaciones de hecho completamente similares a aquellos tipos de casos recogidos en el derecho comparado como supuestos de responsabilidad precontractual.

Así, la jurisprudencia nacional ha considerado inadmisibles la conducta de quien interrumpe injustificadamente un proceso de negociaciones avanzado, luego de haber desarrollado durante las

¹⁸⁸ ABELIUK MANASEVICH, RENÉ, *Las Obligaciones*, tomo II, 4ª edición actualizada, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2001, p. 823.

¹⁸⁹ En este sentido se pronuncian los siguientes autores nacionales: SAAVEDRA, FRANCISCO JAVIER, *op. cit.* [nota 176], pp. 264 y ss., EILER RAUCH, SARA, *De la formación del consentimiento en los contratos*, Editorial Nascimento, Santiago, 1935, pp. 69 y ss., LEÓN HURTADO, AVELINO, *op. cit.* [nota 172], pp. 98 y ss., ROSENDE ÁLVAREZ, HUGO, *op. cit.* [nota 173], pp. 51 y ss. y ROSSEL C., MARIO, "La indemnización de perjuicios en la formación del consentimiento y en el contrato de transporte terrestre", Memoria de prueba para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales de la Universidad de Chile, Editorial Universitaria, Santiago, 1966, p. 28.



negociaciones una conducta capaz de generar en la otra parte un alto grado de confianza en la conclusión segura del contrato proyectado.

Los tribunales nacionales también han estimado que incurre en responsabilidad precontractual quien emprende negociaciones sin la intención seria de contratar o mantiene contactos negociales con la única finalidad de obtener ventajas en negociaciones paralelas.

Estos supuestos se encuentran recogidos en una sentencia de la Corte de Apelaciones de Concepción, ratificada por la Corte Suprema, en que este tribunal resolvió que incurre en una conducta ilícita "la empresa que, sin comunicar a la otra que negociaba a la vez con una tercera, se retira en avanzada etapa de las negociaciones debe reparar los perjuicios que ha causado con ese retiro y consistentes en los gastos efectuados por la actora, respecto de los cuales ha existido un asentimiento para que los hiciera, atendidos los términos en que se llevaban las tratativas".¹⁹⁰

Los tribunales chilenos también han debido pronunciarse respecto de casos en que una parte negociante, después de haber alcanzado un acuerdo verbal con la otra parte acerca de todos los elementos del contrato que pretenden celebrar, se desiste del contrato por la vía de resistirse a dar cumplimiento a las solemnidades exigidas por nuestro ordenamiento jurídico para la validez de dicho contrato, impidiendo el perfeccionamiento del acuerdo ya convenido.

En este sentido, cabe mencionar la sentencia dictada por la Corte de Apelaciones de Santiago con fecha 25 de agosto

¹⁹⁰ Sentencia dictada por la Corte de Apelaciones de Concepción con fecha 5 de junio de 1996, ratificada por la Corte Suprema mediante resolución de fecha 28 de enero de 1999, comentada por Ramón Domínguez Benavente, Ramón Domínguez Águila y Carmen Domínguez Hidalgo en *Revista de Derecho Universidad de Concepción*, N° 199, enero-junio 1996, p. 179. En esta decisión, la Corte de Concepción sanciona expresamente el término abrupto de un extenso y complejo proceso de negociaciones destinado a la adquisición de terrenos forestales. La Corte puso especial énfasis en la extensión y grado de avance de las negociaciones al momento de la ruptura repentina, luego de haber llevado a cabo un estudio de los títulos de dominio, de haber intercambiado borradores de los instrumentos a otorgar e incluso haber acordado una fecha para la firma del contrato de promesa respectivo. De igual modo, el tribunal destacó el hecho que la empresa sancionada nunca comunicó a la otra parte que mantenía negociaciones simultáneas con un tercero, las cuales determinaron en definitiva el quiebre de las negociaciones originales.



de 1948, recaída en un caso en que una de las partes, luego de haber acordado verbalmente la venta de un inmueble de su propiedad, se negó posteriormente a concurrir al otorgamiento de la escritura pública requerida para el perfeccionamiento del contrato de compraventa proyectado. En tal oportunidad, la Corte de Apelaciones de Santiago resolvió que la sucesión demandada no había incurrido en un hecho ilícito culpable al negarse a celebrar el contrato de compraventa negociado, concluyendo que dicha conducta podía calificarse como el ejercicio del derecho a no perseverar en las gestiones tendientes a celebrar el contrato.¹⁹¹

En todo caso, puede observarse que la jurisprudencia nacional ha sido sumamente prudente en la admisión de responsabilidad precontractual por ruptura de las negociaciones a fin de no comprometer excesivamente la libertad de actuación que debe primar en las negociaciones contractuales.

En este sentido, se advierte tanto en la doctrina como en los pronunciamientos de nuestros tribunales que la admisión de responsabilidad en la fase precontractual constituye un límite a la libertad de negociación de las partes, por lo que se debe proceder a este respecto con extrema cautela para no coartar excesivamente la facultad de los individuos para discutir libremente los contratos que pretenden celebrar.

Al respecto, el profesor Arturo Alessandri pone de manifiesto que "dada la conveniencia que hay de asegurar a las partes el máximo de libertad en este período de la formación del contrato, los jueces deberán ser muy cautos para admitir esta responsabilidad y no deberán condenar al autor de la ruptura a la indemnización de los perjuicios causados sino cuando su culpa o dolo sea manifiesto".¹⁹²

¹⁹¹ Corte de Apelaciones de Santiago, 25 de agosto de 1948, publicada en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo XLVI, 1949, 2ª parte, sección 2ª, Considerando 10º, pp. 49 y ss. En esta oportunidad, la Corte de Santiago declaró que en principio sería admisible la imposición de responsabilidad precontractual en la formación del consentimiento tendiente a perfeccionar el contrato de compraventa de un bien raíz, en la medida que pueda establecerse la concurrencia de un hecho ilícito, ya sea doloso o culpable, debiendo en tal caso el demandado responder por los perjuicios sufridos por la parte demandante y que sean una consecuencia directa del hecho ilícito cometido.

¹⁹² ALESSANDRI RODRÍGUEZ, ARTURO, *op. cit.* [nota 170], p. 156.



Más recientemente, el profesor Enrique Barros ha destacado el carácter excepcional de esta hipótesis de responsabilidad precontractual, concluyendo que por regla general "cada parte puede poner término unilateralmente a la negociación, sin que el ejercicio de esta potestad esté sometido a justificación alguna" y que la responsabilidad por ruptura de las negociaciones se limita a la hipótesis en que "una parte ha abusado de la confianza de su contraparte, infligiéndole daño".¹⁹³

Esta preocupación por salvaguardar el principio de la libertad contractual ha llevado a que nuestros tribunales sólo excepcionalmente han llegado a imponer responsabilidad precontractual a quien ha interrumpido un proceso de negociaciones contractuales en forma injustificada.¹⁹⁴

2. FUNDAMENTO DE ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL POR LA RUPTURA INJUSTIFICADA DE NEGOCIACIONES CONTRACTUALES EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO

Al igual que en aquellos ordenamientos jurídicos comparados, analizados en los capítulos anteriores, al interior del derecho chileno también se ha tendido a justificar la sanción de la ruptura injustificada de las negociaciones contractuales recurriendo a diversos criterios de atribución de responsabilidad.

Así, la interrupción de las tratativas ha sido considerada por algunos autores nacionales como un supuesto de abuso de derecho o como una hipótesis de contravención a la prohibición de realizar comportamientos contradictorios. En tanto, otro sector

¹⁹³ BARROS BOURIE, ENRIQUE, *Tratado de Responsabilidad Extracontractual*, op. cit. [nota 172], p. 1008.

¹⁹⁴ A juicio de algunos autores nacionales, esta escasez de pronunciamientos judiciales sobre la materia se explica precisamente por la ausencia de una fundamentación coherente en el derecho y jurisprudencia nacionales que han llevado a las partes que resultan perjudicadas por el quiebre de las negociaciones a abstenerse de deducir las acciones reparatorias pertinentes. DOMÍNGUEZ BENAVENTE, RAMÓN; DOMÍNGUEZ ÁGUILA, RAMÓN, y DOMÍNGUEZ HIDALGO, CARMEN, op. cit. [nota 175], p. 179.



doctrinal ha estimado que el fundamento de la imposición de responsabilidad precontractual radica en la infracción al deber de comportarse de buena fe y de acatar las exigencias de la equidad natural durante el período de formación del consentimiento.

Sin embargo, la opinión mayoritaria al interior de la doctrina nacional ha sido estimar que lo que se reprocha a quien interrumpe un proceso de negociaciones avanzadas es el hecho de haber causado un daño a la contraparte, dolosa o negligentemente, por lo que se trataría de un supuesto más de responsabilidad extracontractual.

Con todo, puede advertirse tanto en la doctrina como en los escasos pronunciamientos judiciales referidos a la materia, una clara tendencia a efectuar una cierta yuxtaposición de los fundamentos normativos que permiten justificar la atribución de responsabilidad precontractual. Este fenómeno resulta completamente análogo al descrito en relación a otros ordenamientos jurídicos comparados en los capítulos anteriores de este trabajo.

2.1. ABUSO DE DERECHO

Al interior de la doctrina nacional algunos autores han recurrido a la noción de abuso de derecho para justificar la imposición de responsabilidad precontractual en los supuestos de ruptura injustificada de las negociaciones contractuales. Desde esta perspectiva, se considera que incurre en un abuso de su derecho a poner término unilateralmente a las negociaciones contractuales, quien lo hace en forma abrupta e injustificada, causando con ello daños a la parte que se encontraba interesada en la conclusión del acuerdo proyectado.

En opinión de estos autores, se debe reconocer a cada parte negociante el derecho a romper las negociaciones como derivación del principio de libertad contractual, pudiendo atribuirse responsabilidad a quien interrumpe los tratos contractuales sólo en aquellos casos en que su conducta puede ser calificada como abusiva.

Así lo han manifestado los autores Ramón Domínguez Benavente, Ramón Domínguez Águila y Carmen Domínguez Hidalgo al señalar que "el desistimiento es un derecho que le cabe como



manifestación de la libertad contractual, que contiene lógicamente la de no contratar. Pero como ocurre con todo derecho que no sea absoluto, su ejercicio no ha de ser abusivo y dañoso", y luego que "(...) es posible que una de las partes se retire sin motivo o abusivamente de los tratos. Y es entonces que surgirá para la parte lesionada con tales conductas el derecho a reparación de los daños que con tales conductas se le hayan producido".¹⁹⁵

El profesor Enrique Barros también ha apoyado la calificación de la responsabilidad por ruptura de negociaciones como un supuesto de abuso de derecho, señalando que esa hipótesis "puede ser entendida de mejor manera a la luz del abuso de una potestad jurídica, que no exige intención de dañar, pero sí una grave desconsideración del interés de la contraparte que es incompatible con la buena fe".¹⁹⁶

De igual modo, la jurisprudencia nacional ha recurrido en ciertas oportunidades a la doctrina del abuso del derecho, en conjunto con otros criterios de atribución de responsabilidad, para justificar la obligación de indemnizar los perjuicios causados a la contraparte por la interrupción abrupta de las negociaciones. En este sentido, la Corte de Apelaciones de Concepción ha señalado que "la libertad contractual no constituye un derecho absoluto, de donde se sigue que no puede ejercerse en forma abusiva causando con ello daño a la contraparte", invocando la doctrina del abuso de derecho para calificar la conducta del autor de la ruptura como ilícita.¹⁹⁷

¹⁹⁵ DOMÍNGUEZ BENAVENTE, RAMÓN; DOMÍNGUEZ ÁGUILA, RAMÓN, y DOMÍNGUEZ HIDALGO, CARMEN, *op. cit.* [nota 175], p. 181.

¹⁹⁶ BARROS BOURIE, ENRIQUE, *Tratado de Responsabilidad Extracontractual, op. cit.* [nota 172], p. 1012.

¹⁹⁷ Corte de Apelaciones de Concepción, sentencia de 30 de junio de 1999, comentada por Ramón Domínguez Benavente, Ramón Domínguez Águila y Carmen Domínguez Hidalgo en *Revista de Derecho Universidad de Concepción*, N° 203, enero-junio, 1998, pp. 187 y ss. De igual modo, la Corte de Apelaciones de Talca ha admitido la tesis del abuso de derecho al pronunciarse respecto de un caso en que los vendedores de un terreno, luego de haber acordado verbalmente los términos de la transferencia del inmueble, se negaron a suscribir la escritura pública de compraventa correspondiente. En tal oportunidad, la Corte de Apelaciones referida resolvió que "Si bien en tanto no se haya perfeccionado el respectivo contrato persiste la facultad de retractación, ésta no puede ejercitarse abusivamente, es decir, (...) fundándose en el contenido de normas que se aplican con un superado criterio literal". Sentencia de fecha 8 de noviembre de 1999 pronun-

Sin embargo, tanto los pronunciamientos judiciales que se refieren a la interrupción abusiva de las negociaciones como los autores que adhieren a esta postura se limitan a invocar la doctrina del abuso del derecho, sin llegar a justificar la calidad de derecho subjetivo que atribuyen a la posibilidad de retirarse de las negociaciones contractuales. De igual modo, tampoco se llega a formular criterios precisos que permitan establecer bajo qué condiciones el ejercicio de esta supuesta prerrogativa jurídica puede ser calificada como un ejercicio abusivo de la misma.

Por lo demás, la aplicación de la doctrina del abuso de derecho para sancionar la ruptura injustificada de las negociaciones ha sido fuertemente criticada por otros autores nacionales que estiman que la posibilidad de abandonar las negociaciones no puede calificarse como derecho subjetivo susceptible de ser ejercido en forma abusiva.

En este sentido, el autor Hugo Rosende Álvarez se manifiesta contrario a la calificación de la ruptura de las negociaciones como un supuesto de abuso de derecho, señalando que "el ejercicio de esta facultad, en principio, no puede acarrear responsabilidad alguna para su titular, sin que sean valederos ni aun razonamientos fundados en el abuso de los derechos, doctrina que, cualquiera fuese el criterio con que se interpretara, no tendría cabida en este caso".¹⁹⁸

2.2. DOCTRINA DE LOS ACTOS PROPIOS

Al interior de la doctrina chilena también se ha justificado la procedencia de responsabilidad precontractual por ruptura de las negociaciones contractuales recurriendo a la doctrina de los actos propios. En este sentido, se considera que incurre en un comportamiento contradictorio quien pone término a un proceso de negociaciones contractuales sin motivo alguno, después de

ciada por la Corte de Apelaciones de Talca y revocada por la Corte Suprema en sentencia de fecha 22 de noviembre de 2001, publicada en *Gaceta Jurídica* N° 257, 2001, sentencia N° 5.

¹⁹⁸ ROSENDE ÁLVAREZ, HUGO, *op. cit.* [nota 173], p. 54.



haber suscitado en la otra parte la impresión de que la realización del contrato era segura.

La posibilidad de invocar la doctrina de los actos propios para sancionar las conductas ilícitas ocurridas durante la fase precontractual ha sido también defendida por el profesor Enrique Barros Bourie, quien ha indicado que la ruptura injustificada de las negociaciones contractuales puede ser configurada como un supuesto de abuso de derecho por contradicción con los actos propios.¹⁹⁹

Más allá de la posibilidad de calificar el retiro de las negociaciones como constitutivo del ejercicio de un derecho, el reproche a la conducta de quien interrumpe un proceso de negociaciones radicaría en que resulta contrario a la buena fe actuar de una manera que no resulte consistente con la confianza que se ha generado en otros a través de conductas anteriores.

Por esta vía lo que se pretende es evitar la defraudación de la confianza creada, atribuyendo responsabilidad a quien se ha comportado de un modo que no se condice con las expectativas ciertas que su propio comportamiento había generado y que han provocado que la otra parte incurra en gastos o desaproveche oportunidades de negocios alternativos.²⁰⁰

En este sentido, el profesor Barros sostiene que las hipótesis de culpa in contrahendo que dan lugar a responsabilidad precontractual pueden reconducirse a la doctrina de los actos propios, señalando que "Además de las situaciones relativas a la oferta, reguladas legalmente en el Código de Comercio, esa responsabilidad puede surgir cuando durante la negociación de

¹⁹⁹ BARROS BOURIE, ENRIQUE, "Límite de los derechos subjetivos privados. Introducción a la doctrina del abuso del derecho", publicado en *Revista de Derecho y Humanidades*, Escuela de Derecho, Universidad de Chile, N° 7, Santiago, año 1999, pp. 11-37.

²⁰⁰ Tal como pone de manifiesto el profesor Barros, nuestro Código Civil contempla expresamente un caso de protección legal de la confianza creada por el propio acto en los casos de retractación tempestiva y aceptación extemporánea de una oferta, regulados en el Código de Comercio. Al respecto, este autor señala: "En estos casos el acto propio del oferente, como fue su oferta, ha creado una razonable confianza en el destinatario de que se ha convenido el contrato; por eso, aunque su aceptación sea ineficaz a efectos de formar el consentimiento, resulta abusivo defraudar esa confianza". BARROS BOURIE, ENRIQUE, *op. cit.* [nota 193], p. 27.

un contrato se ha creado la convicción de que su perfeccionamiento es en la práctica seguro, ante lo cual la otra parte actúa en correspondencia con esa confianza".²⁰¹

2.3. CONTRAVENCIÓN AL PRINCIPIO DE BUENA FE

La procedencia de responsabilidad precontractual por ruptura de las negociaciones también ha sido justificada en nuestro ordenamiento jurídico recurriendo al concepto de buena fe, el cual se impone como patrón de comportamiento a ambos interesados durante todo el iter negocial.

Bajo esta concepción, algunos autores consideran como ilícito cualquier comportamiento ocurrido en la fase de preparación del contrato que pueda calificarse como contrario al deber de corrección y lealtad que deben observar quienes se involucran en un proceso de negociación contractual.

Pese a que en nuestro ordenamiento jurídico no existe norma alguna que establezca explícitamente el deber de comportarse de buena fe en el período de formación del contrato, algunos autores han sostenido que desde el comienzo de los contactos negociales las partes se encontrarían obligadas a comportarse en forma leal y honesta. La imposición de dicho patrón de conducta tendría por finalidad evitar que quienes participan en dicha negociación contractual vean defraudadas las expectativas que razonablemente han desarrollado.²⁰²

²⁰¹ BARROS BOURIE, ENRIQUE, "Límite de los derechos subjetivos privados", *op. cit.* [nota 193], p. 27. Sobre este punto, el profesor Barros sugiere que en la apreciación de las circunstancias que justifican imponer responsabilidad precontractual por ruptura de negociaciones, se debe atender a factores como la "duración y avance de la negociación, a la experiencia de las partes en negociaciones y a las demás circunstancias que permiten configurar en concreto este supuesto de responsabilidad". BARROS BOURIE, ENRIQUE, *Tratado de Responsabilidad Extracontractual, op. cit.* [nota 172], p. 1012.

²⁰² Más recientemente, el profesor Álvaro Puelma ha llegado incluso a defender la conveniencia de establecer expresamente en nuestro Código Civil el deber de buena fe durante el proceso de formación del contrato, postulando a ese efecto la necesidad de agregar el siguiente inciso al artículo 1545 del Código Civil: "Los interesados en las negociaciones contractuales tendientes a celebrar un contrato deberán actuar de buena fe, y deberán indemnizar de todo perjuicio a la otra parte en caso contrario", precepto que tiene su origen en el Código Italiano de 1942. Ponencia del Profesor



Esta postura es defendida por el autor Hugo Rosende Álvarez, quien, notoriamente influenciado por el desarrollo del deber precontractual de buena fe en el ordenamiento jurídico italiano, señala que este concepto que impone a los negociantes un comportamiento objetivo de honestidad y lealtad, análogo al contemplado en el artículo 1546 del Código Civil, habría sido recogido por la doctrina nacional.²⁰³

Una argumentación similar efectúa el autor Carlos Ducci Claro, quien adhiere a la noción de la buena fe, señalando que la esencia de la figura jurídica de la responsabilidad precontractual está constituida por la ilicitud del hecho dañino que consiste en no actuar en la vida del derecho con aquella buena fe que debe presidir toda actuación jurídica, quebrantando la confianza que la otra parte ha puesto en la palabra empeñada.²⁰⁴

Más recientemente, esta opinión ha sido defendida por los profesores Ramón Domínguez Benavente, Ramón Domínguez

ÁLVARO PUELMA ACCORSI, en "Seminario sobre Contratos Preparatorios", recogida en *Estudios sobre Reformas al Código Civil y Código de Comercio*, Fundación Fernando Fuyo Laneri, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2000, pp. 245 y ss.

²⁰³ Como se ha señalado, Rosende analiza la hipótesis de ruptura de las negociaciones efectuando una continua referencia al derecho italiano, pretendiendo que la solución adoptada en este ordenamiento jurídico podría tener vigencia instantánea en nuestro país. Así, se advierte que todo el razonamiento desarrollado por este autor en relación al derecho chileno se basa en la concurrencia de un supuesto deber de buena fe precontractual, cuya vigencia en nuestro ordenamiento jurídico no es debidamente demostrada. Por lo demás, resulta confusa la exigencia de conducta definida por Rosende, quien sostiene, por una parte, que "en el ámbito de las negociaciones contractuales la buena fe no indica un estado psicológico del sujeto, sino que tiene un significado objetivo y se manifiesta en el deber de corrección y lealtad hacia la parte con la cual se mantienen contactos negociales", pero luego expresa que "sobre la base de los antecedentes que proporciona el derecho italiano, es posible sostener que el principio que debe aplicarse en nuestra legislación a fin de proteger los patrimonios de los precontratantes es el concepto de buena fe previsto en el artículo 706 del Código Civil, esto es, el deber de actuar por medios legítimos, exentos de fraude y de todo otro vicio", norma que recoge, como es sabido, una concepción subjetiva de la buena fe. ROSENDE ALVAREZ, HUGO, *op. cit.* [nota 173], pp. 69 y ss. Esta evidente contradicción entre las opiniones sostenidas por Rosende impiden concretar el patrón de conducta que, según este autor, debiera regir la conducta de las partes durante las negociaciones contractuales y que resulta imprescindible para establecer un régimen de responsabilidad precontractual practicable en el derecho chileno.

²⁰⁴ DUCCI CLARO, CARLOS, *Derecho Civil*. Parte General, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1980, pp. 340 y ss.

Águila y Carmen Domínguez Hidalgo. Tales autores consideran que el fundamento de esta responsabilidad se encuentra en la necesidad de exigir la buena fe y el deber de lealtad en el comportamiento de quienes entran en tratativas, pero también en la aplicación de los principios de la culpa, que obligan a comportarse con la debida diligencia para no dañar a otro.²⁰⁵

Estos autores concluyen que se impone a las partes que intervienen en la negociación de un contrato un deber de negociar de buena fe, con lealtad y diligencia, cuya infracción origina responsabilidad y, por tanto, la obligación de reparar el daño causado a la otra parte.

Por su parte, el profesor Barros describe el estándar de comportamiento exigible en la fase precontractual, señalando que se contemplan deberes de colaboración basados en el principio de la buena fe durante la negociación del contrato, que implican procurar "el cuidado, veracidad y lealtad que se tiene derecho a esperar de la otra parte en un proceso de negociación".²⁰⁶

Esta exigencia de conducta que se impone a los eventuales contratantes también ha sido recogida por la jurisprudencia nacional. En algunos pronunciamientos, nuestros tribunales han identificado el fundamento de la obligación indemnizatoria en los supuestos de ruptura injustificada de las negociaciones en la violación del deber de buena fe que se impone a las partes durante la etapa precontractual.

Este criterio se encuentra recogido en la sentencia dictada por la Corte de Apelaciones de Concepción con fecha 5 de junio de 1996, ratificada por la Corte Suprema, en la cual se resolvió que "La buena fe es el fundamento de esa responsabilidad precontractual, pues las partes han de comportarse, durante las negociaciones, de modo honesto, veraz y leal, con arreglo a la necesaria colaboración que exige una sana negociación. El

²⁰⁵ En apoyo de su argumentación estos autores señalan que el principio general de buena fe rige en nuestro ordenamiento jurídico con un alcance amplio que cubriría tanto los supuestos contractuales como la etapa de formación del negocio. DOMÍNGUEZ BENAVENTE, RAMÓN; DOMÍNGUEZ ÁGUILA, RAMÓN, y DOMÍNGUEZ HIDALGO, CARMEN, "Comentarios de Jurisprudencia: Responsabilidad Precontractual", *op. cit.* [nota 191] pp. 179 y ss.

²⁰⁶ BARROS BOURIE, ENRIQUE, *Tratado de Responsabilidad Precontractual*, *op. cit.* [nota 172], p. 1005.



comportamiento deshonesto o desleal de una de ellas le obliga a reparar los perjuicios que ha causado a la otra que, atendido el avance de las negociaciones, creyó en la conclusión del contrato y por ello efectuó gastos durante las tratativas".²⁰⁷

Esta argumentación también se encuentra en la jurisprudencia más reciente que ha sostenido que en la etapa de las conversaciones contractuales encaminadas a la celebración de un contrato, las partes intervinientes tienen la obligación de obrar dentro de los límites de la buena fe. Tal deber de actuar de buena fe debe manifestarse en una conducta leal y honesta, poniendo cada una lo necesario para que el contrato se llegue a perfeccionar.²⁰⁸

En el mismo sentido se ha pronunciado la Corte de Apelaciones de Talca en sentencia de fecha 8 de noviembre de 1999, en la cual resolvió que "Resulta evidente que el fundamento de aquella responsabilidad es el del respeto a la buena fe y a la lealtad, que han de regir las relaciones habidas entre quienes llevan a cabo negociaciones encaminadas a la celebración de un determinado contrato, buena fe cuya violación acarrea a su autor la obligación de resarcir los perjuicios que así haya irrogado a su contraparte".²⁰⁹

Como puede advertirse, por la vía de exigir a las partes negociadoras un comportamiento leal, honesto y cooperativo de acuerdo a las exigencias de la buena fe la doctrina y jurisprudencia nacionales han llegado a imponer deberes positivos de conducta durante la etapa precontractual.

²⁰⁷ Sentencia dictada por la Corte de Apelaciones de Concepción con fecha 5 de junio de 1996, ratificada por la Corte Suprema mediante resolución de fecha 28 de enero de 1999, comentada por Ramón Domínguez Benavente, Ramón Domínguez Águila y Carmen Domínguez Hidalgo en *Revista de Derecho Universidad de Concepción* [nota 191], p. 179.

²⁰⁸ Corte de Apelaciones de Concepción, sentencia de 30 de junio de 1999, comentada por Ramón Domínguez Benavente, Ramón Domínguez Águila y Carmen Domínguez Hidalgo en *Revista de Derecho Universidad de Concepción* [nota 178], p. 187.

²⁰⁹ Sentencia de fecha 8 de noviembre de 1999 pronunciada por la Corte de Apelaciones de Talca y revocada por la Corte Suprema en sentencia de fecha 22 de noviembre de 2001, publicada en *Gaceta Jurídica* N° 257, 2001, sentencia N° 5.

2.4. INFRACCIÓN AL DEBER DE CUIDADO QUE DEBEN OBSERVAR LAS PARTES EN LA ETAPA PRECONTRACTUAL

Sin embargo, tal como se ha señalado anteriormente, la noción fundamental a la que recurre la mayoría de los autores nacionales para atribuir responsabilidad precontractual al autor de la ruptura de las negociaciones es la infracción al estándar de comportamiento que se impone a todos los individuos en el tráfico jurídico.

Desde esta perspectiva, lo que se reprocha a quien interrumpe un proceso de negociaciones avanzadas es el hecho de haber causado un daño a la parte que se encontraba interesada en concluir el contrato proyectado, en forma dolosa o negligente, violando el deber de no causar daños imputablemente a otro.

Así, se considera antijurídico tanto el comportamiento de aquel negociante que ha lesionado intencionalmente el interés de confianza de su contraparte al desistirse de las conversaciones con la única intención de causarle daño, como de aquella parte que ha causado daños a la otra parte negociadora por mera culpa o imprudencia.²¹⁰

²¹⁰ En este sentido, se considera dolosa la conducta de quien entra en negociaciones con el único fin de dañar a su contraparte, con el objetivo de disuadirla de negociar con otros individuos o para obtener la revelación de determinados secretos o informaciones confidenciales en el curso de los tratos contractuales. De igual modo, puede estimarse dolosa la actitud de quien prolonga indebidamente las negociaciones, induciendo a su contraparte a efectuar gastos e inversiones por confianza y a dejar pasar otras oportunidades de negocio convenientes a sus intereses, habiendo ya perdido la intención de concluir la transacción que está negociando. En estos casos, la ruptura de las negociaciones puede calificarse como intencional, ya que una de las partes negociadoras ha provocado deliberadamente el fracaso intempestivo de las tratativas precontractuales, previendo que el resultado de su conducta sería la frustración injusta del contrato proyectado. Cabe señalar que en derecho comparado, algunos autores han postulado que únicamente el dolo debiera ser considerado como antecedente de responsabilidad precontractual, por estimar que la sanción de la mera negligencia en la hipótesis de ruptura de las negociaciones comprometería seriamente el principio de autonomía privada que debe presidir la fase preparatoria del contrato y podría llevar a un retraimiento en los contactos negociales. PÉREZ, M., ALONSO, "La responsabilidad precontractual", publicada en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1971, p. 890. Sin embargo, la intención de mantener una esfera de libertad de negociación para que las partes valoren la conveniencia de realizar la transacción proyectada no puede llevar a concluir que sólo se debe imponer responsabilidad precontractual por los daños causados a la contraparte concurriendo una conducta dolosa del autor de la ruptura, sino que se



Este es el razonamiento que han seguido diversos autores nacionales que consideran que el supuesto de ruptura injustificada de las negociaciones puede configurarse en nuestro ordenamiento jurídico directamente como un ilícito aquiliano. Por tanto, se requeriría la presencia de dolo o culpa en el autor de la ruptura de las negociaciones para hacerlo responsable por los daños experimentados por su contraparte al haber efectuado gastos o descartado otras oportunidades de negocio confiando en la conclusión del acuerdo proyectado.

De esta manera, se puede apreciar en estas argumentaciones una tendencia a admitir que la razón por la cual se atribuye responsabilidad precontractual a quien interrumpe las negociaciones contractuales radica en que se estima antijurídica la conducta de quien no ha observado la razonable consideración que las partes se deben recíprocamente por estar involucradas en una relación preparatoria. Por lo tanto, bajo esta perspectiva el criterio de atribución de la responsabilidad por los daños derivados del quiebre de las negociaciones se identifica con la infracción del deber de cuidado exigible a las partes durante el período de formación del contrato.²¹¹

Así se desprende de la opinión de don Arturo Alessandri Rodríguez, quien sostiene que "la responsabilidad precontractual, cuya existencia no puede desconocerse en nuestro Derecho, toda vez que hay textos legales que la consagran expresamente, tiene por fundamento, o la ley (...) o un hecho ilícito, la culpa o el dolo del contratante a quien es imputable la no celebración del contrato".²¹²

debe responder siempre que se haya infringido el deber de cuidado exigible, lo que ocurre aun en los casos en que sólo concurre la culpa o negligencia de ese sujeto.

²¹¹ A mayor abundamiento, cabe señalar que la infracción al deber de cuidado aplicable también se ha identificado como fundamento de la obligación de indemnizar en los supuestos de responsabilidad precontractual contemplados en el Código de Comercio. Así, Francisco Javier Saavedra sostiene que "En Chile, la propia ley, a diferencia de otros ordenamientos, ha impuesto esta obligación al proponente por razones de equidad, ya que aunque la oferta no sea plenamente vinculante y quien la formula tenga el derecho a retirarla antes de su aceptación, su responsabilidad civil se configura claramente por medio de la culpa extracontractual en que incurre al no obrar con la diligencia y cuidado necesarios para no ocasionar perjuicios al destinatario". SAAVEDRA, FRANCISCO JAVIER, *op. cit.* [nota 176], p. 279.

²¹² ALESSANDRI RODRÍGUEZ, ARTURO, *op. cit.* [nota 170], p. 157.

Asimismo, este autor ilustra acerca de los casos en que resulta procedente imponer responsabilidad precontractual al señalar que "En otros términos, la ruptura de las negociaciones contractuales engendrará responsabilidad cuando constituya un delito o un cuasidelito civil, como si se prueba que el autor de la ruptura dejó que la otra parte incurriera en gastos de ensayos, confección de planos, preparación de trabajos, fabricación de modelos, etcétera, sin tener la intención de contratar o después de haber aceptado otra oferta similar. En cambio, esa ruptura no engendraría responsabilidad si su autor la provoca porque, después de reflexionar, prefiere no celebrar el contrato proyectado por no convenirle o porque decide contratar con otra persona que le da más garantías de solvencia o seriedad o le ofrece condiciones más ventajosas".²¹³

En igual sentido se pronuncian la mayoría de los autores chilenos, quienes estiman que la inobservancia de la diligencia debida en el período de negociaciones contractuales justifica la imposición de responsabilidad a quien pone término a las conversaciones luego de haber inducido a su contraparte a confiar en que el contrato proyectado se concretaría.²¹⁴

Entre aquellos que adhieren a esta postura se encuentra Hugo Rosende, quien sostiene que "parece excesivo imponer a las partes distantes aún del contrato, responsabilidad en este período sin que medie culpa en su sentido genérico, es decir, comprensivo de dolo o culpa, o un acuerdo de voluntades que imponga la obligación de contribuir a los gastos que se efectúen en la etapa de los tratos".²¹⁵

Por su parte, la jurisprudencia nacional también ha exigido la concurrencia de un hecho ilícito culpable para imponer responsabilidad precontractual por ruptura de las negociaciones contractuales. Así, los tribunales nacionales en sucesivas oportunidades han identificado la infracción al estándar de cuidado exigible en el período precontractual como el fundamento de atribución de responsabilidad precontractual al autor de la

²¹³ ALESSANDRI RODRÍGUEZ, ARTURO, *op. cit.* [nota 170], p. 157.

²¹⁴ En este sentido, véase DUCCI CLARO, CARLOS, *op. cit.* [nota 198], pp. 340 y ss.

²¹⁵ ROSENDE ÁLVAREZ, HUGO, *op. cit.* [nota 173], pp. 53 y 54.



ruptura. En este sentido se ha pronunciado la Corte de Apelaciones de Santiago al resolver que la parte que "en el período de formación del consentimiento tendiente a perfeccionar un contrato de compraventa de un bien raíz ha ocasionado un daño a la parte demandante, interesada en comprar dicho bien raíz, como consecuencia de un hecho ilícito de aquella, ya sea doloso o culpable, deberá responder por los perjuicios sufridos por la parte demandante y que sean una consecuencia directa del hecho ilícito cometido".²¹⁶

Con todo, cabe señalar que se advierte en la doctrina nacional una preocupación por no restringir excesivamente la libertad de negociación de las partes, limitando la imposición de responsabilidad precontractual a aquellas situaciones en que la reprochabilidad de la conducta del autor de la ruptura resulta evidente, exigiéndose la presencia de dolo o de una negligencia indiscutible para dar lugar a responsabilidad precontractual.²¹⁷

Esta aprensión también es manifestada por el profesor Avelino León Hurtado, quien señala que "sin la prueba del dolo o

²¹⁶ Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago dictada con fecha 25 de agosto de 1948, publicada en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo XLVI, 1949, 2ª parte, sección 2ª, pp. 49 y ss. Cabe señalar que en esta oportunidad la Corte de Apelaciones de Santiago desechó la demanda de responsabilidad extracontractual por considerar que no podía estimarse culpable la conducta de quien se niega a perfeccionar el contrato de compraventa proyectado mediante la suscripción de la escritura pública pertinente, declarando que se trata de una "negativa [que] puede presumirse fue perfectamente lícita, siendo ésta una mera consecuencia del ejercicio de su derecho de no perseverar en las gestiones tendientes a celebrar el contrato proyectado". Como puede apreciarse, la argumentación contenida en este pronunciamiento judicial es correcta en la medida en que exige la presencia de culpa o dolo en la conducta del autor de la ruptura para dar lugar a la responsabilidad precontractual, pero incurre en un error al eximir de responsabilidad a la parte que habiendo alcanzado un acuerdo verbal en orden a celebrar un contrato de compraventa, con posterioridad se desiste del contrato antes de suscribir el documento exigido legalmente como solemnidad para ese tipo de transacciones.

²¹⁷ Hugo Rosende sostiene que en su opinión "a fin de preservar la libertad de negociación de las partes, se debe considerar que el abandono de las negociaciones contractuales antes de su culminación carece, por regla general, de eficacia para originar responsabilidad precontractual, a menos que la interrupción de los tratos previos esté calificada por una circunstancia especial que no puede ser otra que la culpa del agente". ROSENDE ÁLVAREZ, HUGO, "La responsabilidad precontractual en la formación del consentimiento en los contratos reales y solemnes", publicado en *Instituciones Modernas del Derecho Civil*, Editorial Jurídica Conosur, Santiago, 1996, pp. 337-348.

culpa no procede la indemnización, pues es esencial mantener la libertad absoluta en estas conversaciones contractuales para que las partes no caigan en suspicacias y en el temor de iniciar los *pourparlers* por eventuales indemnizaciones".²¹⁸

Por la misma razón, se aprecia en la doctrina nacional una tendencia a superponer diferentes criterios de atribución de responsabilidad a fin de reforzar el carácter antijurídico de la ruptura de las negociaciones.

En este sentido, se observa que la argumentación desarrollada por los autores nacionales acerca del criterio de atribución de la responsabilidad precontractual, evidencia una yuxtaposición de diversos fundamentos indemnizatorios para caracterizar la ruptura de las negociaciones como un hecho ilícito generador de responsabilidad precontractual.

Así, el autor Hugo Rosende, luego de exponer su adherencia al deber de comportarse de buena fe durante los tratos contractuales, declara que el fundamento de la responsabilidad precontractual no puede encontrarse exclusivamente en la buena fe, señalando que el necesario equilibrio que debe existir entre la autonomía de la voluntad y el respeto del patrimonio ajeno se logra añadiendo a la buena fe en el ámbito precontractual, la observancia de la diligencia debida y el acatamiento de la equidad natural que debe regir la relación negocial.²¹⁹

Del mismo modo, el autor Carlos Ducci, a pesar de adherir a la noción de la buena fe, concluye que la reprochabilidad de la ruptura de las negociaciones radica en que se trata de un hecho ilícito, doloso o culpable, que ha infligido un daño a la otra parte, por lo que constituiría un delito o cuasidelito civil, con lo que

²¹⁸ LEÓN HURTADO, AVELINO, *op. cit.* [nota 172], p. 99.

²¹⁹ Para evitar una eventual objeción de vaguedad de la noción de mala fe, este autor invoca diversos fundamentos normativos a fin de expresar en qué radica la ilicitud de la conducta que se pretende sancionar mediante la responsabilidad precontractual. Asimismo, este autor previene que su tesis no se basa únicamente en la buena fe como fundamento de la responsabilidad precontractual en los tratos, ya que la violación de la conducta correcta que las partes deben observar durante las negociaciones contractuales se produce cuando media dolo o culpa. Así, señala textualmente: "Por lo tanto para que el sujeto sea responsable es necesario que falte a su obligación de comportarse con arreglo a la buena fe, que dicha infracción se produzca mediante dolo o culpa y que, a consecuencia de lo anterior, se produzca un daño". ROSENDE ÁLVAREZ, HUGO, *op. cit.* [nota 173], p. 74.



admite tácitamente que el criterio de atribución de la responsabilidad precontractual se identifica, además, con la infracción del cuidado debido.

El mismo fenómeno se advierte en los escasos pronunciamientos judiciales sobre la materia, resultando evidente la falta de criterios definitivos en la jurisprudencia nacional acerca de en qué radica lo reprochable del comportamiento de quien rehúsa proseguir con los contactos negociales y cuál es el fundamento idóneo para atribuir responsabilidad precontractual al autor de esa conducta.

De esta manera, persiste en nuestro ordenamiento jurídico la tendencia ya observada en el derecho comparado a acentuar la antijuridicidad de la conducta del autor de la ruptura de las negociaciones por la vía de calificarla simultáneamente como un comportamiento abusivo, culpable, contradictorio y contrario a la buena fe y a la equidad comercial.

Sin embargo, el recurso simultáneo a más de un fundamento normativo en lugar de clarificar en qué radica la ilicitud de la ruptura de las negociaciones, sólo genera confusión acerca de cuál es el deber de comportamiento exigible a las partes durante el período de formación de un contrato.

Como puede advertirse, la falta de sistematización y la dispersión en la reflexión dogmática acerca de la ruptura injustificada de las negociaciones se ha traducido en nuestro ordenamiento jurídico en la ausencia de criterios doctrinales o jurisprudenciales precisos respecto de la conducta que deben observar las partes en las negociaciones contractuales. Esta confusión persiste al momento de identificar el fundamento idóneo para atribuir responsabilidad precontractual a quien interrumpe las conversaciones contractuales.

3. RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE A LA HIPÓTESIS DE RUPTURA INJUSTIFICADA DE LAS NEGOCIACIONES CONTRACTUALES EN EL DERECHO CHILENO

En oposición a la diversidad de criterios que se postulan en el derecho chileno para justificar la imposición de responsabilidad precontractual, existe un evidente consenso en nuestro ordena-

miento jurídico en identificar el régimen extracontractual como la normativa que debiera regir el supuesto de ruptura injustificada de las negociaciones.

Con independencia del criterio de atribución de responsabilidad al que se adhiere para justificar el reproche a la conducta del autor de la ruptura, los autores nacionales coinciden en calificar este ilícito como de naturaleza extracontractual. Por lo mismo, concluyen que esta conducta es sancionable de acuerdo a las normas que rigen los delitos y cuasidelitos civiles en nuestro ordenamiento jurídico.²²⁰

Este razonamiento se encuentra respaldado en nuestro ordenamiento jurídico por la presencia de una noción amplia de ilícito extracontractual en el artículo 2314 del Código Civil, en virtud del cual es indemnizable cualquier tipo de daño producido por un comportamiento antijurídico, incluso aquellos que tienen su origen en el período precontractual.

Ante la ausencia de una regulación expresa sobre la materia, tanto la doctrina como la jurisprudencia de nuestro país se pronuncian en favor de la aplicación de las normas contenidas en los artículos 2314 y siguientes del Código Civil al supuesto de ruptura injustificada de las negociaciones contractuales.²²¹

²²⁰ Al interior de la doctrina nacional, el único autor que se ha manifestado a favor de la tesis contractualista de la responsabilidad precontractual ha sido Manuel Risueño, quien en su memoria de prueba sostuvo que tanto las hipótesis reguladas en el Código de Comercio como el supuesto de ruptura de las negociaciones debían regirse por las normas de la responsabilidad contractual. Sin embargo, se trata de una opinión aislada que se explica por la adherencia de este autor a la tesis formulada por Ihering, que admitía la naturaleza contractual de la responsabilidad precontractual partiendo del supuesto de la existencia de un verdadero precontrato en la fase de las negociaciones, tesis que lógicamente no ha prevalecido entre los juristas nacionales. RISUEÑO F., MANUEL, *op. cit.* [nota 182], pp. 47-132. Por su parte, y pese a concurrir en cuanto a la naturaleza extracontractual de la responsabilidad precontractual, el profesor Barros destaca que la responsabilidad por incumplimiento de deberes de cuidado durante la negociación presenta analogías contractuales, en atención a la relación negocial que surge con ocasión de las tratativas contractuales. Dicha analogía contractual justificaría la imposición de deberes de protección, lealtad y diligencia en la etapa precontractual, pese a que aún no existe consentimiento perfeccionado. BARROS BOURIE, ENRIQUE, *Tratado de Responsabilidad Precontractual*, *op. cit.* [nota 172], p. 1004.

²²¹ Este criterio ha sido sustentado por la Corte de Apelaciones de Santiago en sentencia de fecha 25 de agosto de 1948, publicada en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo XLVI, 1949, 2ª parte, sección 2ª, pp. 49 y ss. En esta oportunidad,



Así se manifiesta don Arturo Alessandri Rodríguez al sostener que la hipótesis de ruptura dolosa o culpable de las negociaciones contractuales constituye un supuesto de responsabilidad extracontractual sometida a las reglas de los artículos 2314 y siguientes, pues tales negociaciones no crean entre las partes vínculo jurídico alguno.²²²

Esta opinión es compartida por Hugo Rosende Álvarez y Ramón Domínguez Águila, quienes han sostenido que las negociaciones contractuales deben regirse por las reglas de la responsabilidad extracontractual, debiendo aplicarse las normas contempladas en los artículos 2284, 2314 y 2329 del Código Civil.²²³

La misma solución es apoyada por Carlos Ducci Claro, quien considera que la responsabilidad contractual se aplica únicamente ante el incumplimiento de obligaciones derivadas de un contrato, por lo que encuadra la responsabilidad precontractual en aquellas normas que sancionan los hechos ilícitos cometidos por una parte en forma culpable o intencional, causando daño a un tercero.²²⁴

la Corte de Apelaciones de Santiago se pronunció en favor de la aplicación de las normas sobre responsabilidad extracontractual contenidas en los artículos 2314 y ss. del Código Civil, señalando que "si bien es cierto que en el Código Civil no existen disposiciones que contemplen específicamente el caso de la responsabilidad precontractual —que en doctrina es aquella que nace de la equidad comercial, que obliga a indemnizar los perjuicios producidos por la confianza en la formación del contrato o del retiro de la oferta de celebrar el contrato propuesto, que vulnera la seguridad dada de que aquel se perfeccionará (...)—, no es menos cierto que dicho cuerpo de leyes contempla expresamente las obligaciones que se contraen sin convención estatuyendo que ellas nacen o de la ley o del hecho voluntario de una de las partes".

²²² En opinión del profesor Alessandri, dado que nuestra legislación no regula el supuesto de las tratativas o negociaciones contractuales a la oferta concreta y completa de contratar, ante el silencio de la ley, se deben aplicar las normas de la responsabilidad delictual. ALESSANDRI RODRÍGUEZ, ARTURO, *De la responsabilidad extracontractual en el derecho chileno*, tomo I, 2ª edición, EDIAR Editores, 1983, N° 29, p. 57.

²²³ Véase, ROSENDE ÁLVAREZ, HUGO, *op. cit.* [nota 210], pp. 337-348. DOMÍNGUEZ ÁGUILA, RAMÓN, *Teoría general del negocio jurídico*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1977, pp. 50 y ss.

²²⁴ DUCCI CLARO, CARLOS, *op. cit.* [nota 198], p. 340. En el mismo sentido, véase ABELIUK MANASEVICH, RENÉ, *op. cit.* [nota 184], p. 823.

Como puede advertirse, la postura que se ha seguido en la doctrina nacional ha sido considerar la responsabilidad precontractual como una simple aplicación del régimen extracontractual. Bajo esta concepción, se estima que lo que se sanciona no es el incumplimiento de una obligación contraída voluntariamente por los negociantes, sino simplemente aquellos comportamientos impropios que pueden tener lugar durante el período de formación de un contrato.

La jurisprudencia de nuestro país ha ratificado la aplicación del régimen extracontractual a los ilícitos cometidos durante el período de formación de los contratos señalando expresamente que "esta responsabilidad precontractual ha de regirse por las normas de los delitos y cuasidelitos".²²⁵ Sobre este punto, nuestros tribunales han resuelto que el autor de la ruptura "deberá responder por los perjuicios sufridos por la parte demandante y que sean una consecuencia directa del hecho ilícito cometido, como expresamente lo previene el artículo 2314 del Código Civil".²²⁶

Sin perjuicio de lo anterior, cabe mencionar que al interior de la doctrina nacional también se ha postulado la necesidad de formular un régimen de responsabilidad propio para la reparación de los daños ocasionados durante la etapa precontractual, distinto de los regímenes contractual y extracontractual, por considerar que se trata de un género autónomo de responsabilidad.²²⁷

Así, algunos autores han pretendido que la ausencia de una regulación expresa de la hipótesis de ruptura injustificada de las negociaciones justificaría la introducción de una norma legal

²²⁵ Sentencia dictada por la Corte de Apelaciones de Concepción con fecha 5 de junio de 1996, ratificada por la Corte Suprema mediante resolución de fecha 28 de enero de 1999, comentada por Ramón Domínguez Benavente, Ramón Domínguez Águila y Carmen Domínguez Hidalgo, en *Revista de Derecho Universidad de Concepción* [nota 175], p. 179.

²²⁶ Corte de Apelaciones de Santiago, 25 de agosto de 1948, publicada en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo XLVI, 1949, 2ª parte, sección 2ª, pp. 49 y ss.

²²⁷ En favor de la responsabilidad precontractual como un régimen *sui generis* se pronuncia Sara Eiler, quien sostiene que la responsabilidad a que da origen la ruptura de las negociaciones contractuales no es ni contractual ni extracontractual, sino una responsabilidad precontractual basada en razones especiales, pues tendría su origen en la violación del acuerdo que las negociaciones contractuales habían producido entre las partes en orden a la seguridad de que el contrato se formaría. EILER RAUCH, SARA, *op. cit.* [nota 185], pp. 69 y ss.



destinada precisamente a disciplinar este supuesto de responsabilidad precontractual.

En este sentido se ha pronunciado Manuel Risueño, quien postula la realización de una reforma legislativa tendiente a incluir en el Libro IV del Código Civil una regulación clara del proceso de formación del consentimiento mediante la cual se podría incorporar a nuestro ordenamiento jurídico una norma legal que consagrara específicamente la responsabilidad por ruptura arbitraria de las negociaciones.²²⁸

En forma similar, Mario Rossel considera que dada la necesidad de impedir que los negocios se desarrollen en un plano de absoluta arbitrariedad, corresponde al legislador proteger los intereses económicos involucrados en las transacciones jurídicas, reglamentando una nueva responsabilidad por ruptura de las negociaciones contractuales, ya que este supuesto no se encuentra contemplado en el ordenamiento jurídico chileno.²²⁹

Sin embargo, esta postura favorable a la consideración de la responsabilidad precontractual como un régimen autónomo no ha encontrado mayor acogida entre los autores nacionales.

Por lo demás, y tal como lo ha advertido la jurisprudencia y doctrina mayoritarias, ante la ausencia de una disposición específica sobre la responsabilidad precontractual por ruptura de negociaciones contractuales en nuestra legislación, deben aplicarse a la materia las reglas generales que permiten justificar la imposición de responsabilidad civil en ausencia de una convención entre las partes negociadoras.²³⁰

Al respecto, cabe señalar que la conducta de quien interrumpe un proceso de negociaciones contractuales, sin invocar una razón justificada y luego de haber inducido a su contraparte a realizar actuaciones por confianza en la conclusión de la transacción proyectada, se encuadra perfectamente en la noción de ilícito extracontractual que recoge nuestro sistema jurídico.

²²⁸ RISUEÑO, MANUEL, *op. cit.* [nota 182], p. 131.

²²⁹ ROSSEL C., MARIO, *op. cit.* [nota 185], p. 28.

²³⁰ En este sentido, véase SAAVEDRA, FRANCISCO JAVIER, *op. cit.* [nota 176], p. 269, ALESSANDRI RODRÍGUEZ, ARTURO, *op. cit.* [nota 215], p. 57, DUCCI CLARO, CARLOS, *op. cit.* [nota 198], p. 340, DOMÍNGUEZ BENAVENTE, RAMÓN, DOMÍNGUEZ ÁGUILA, RAMÓN, y DOMÍNGUEZ HIDALGO, CARMEN, *op. cit.* [nota 175], p. 182, ROSENDE ÁLVAREZ, HUGO, *op. cit.* [nota 173], p. 69.

De esta manera, puede afirmarse que bajo el régimen de responsabilidad extracontractual establecido en los artículos 2284, 2314 y 2329 del Código Civil, la reparación de los perjuicios que se derivan de la ruptura de las negociaciones no presenta mayores particularidades en relación a la compensación de los daños reparables ordinariamente en nuestro sistema jurídico bajo este régimen.

4. REPARACIÓN DE LOS DAÑOS DERIVADOS DE LA RUPTURA INJUSTIFICADA DE LAS NEGOCIACIONES CONTRACTUALES EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO

Pese a que en nuestro ordenamiento jurídico se ha admitido la procedencia de responsabilidad precontractual por ruptura injustificada de las negociaciones contractuales, la reflexión doctrinal y jurisprudencial acerca de las consecuencias patrimoniales atribuibles a esta conducta ilícita ha sido escasa.

En principio, la doctrina nacional advierte que para determinar la extensión que corresponde dar a la obligación indemnizatoria en este supuesto de responsabilidad precontractual, se debe tener presente que no todos los gastos efectuados por las partes negociadoras durante los tratos contractuales deben ser objeto de reparación en el evento de quiebre de las negociaciones.

En este sentido, los autores nacionales concuerdan en señalar que quien emprende una actividad económica, como la negociación de un contrato, debe enfrentar innumerables gastos y soportar riesgos inevitables propios de dicha actividad, por lo que resulta necesario identificar cuáles son los daños que deben ser indemnizados a raíz de la responsabilidad precontractual que se impone al autor de la ruptura.²³¹ De esta manera, resulta necesario distin-

²³¹ Hugo Rosende Álvarez advierte que los gastos efectuados con anterioridad a las negociaciones deben ser de cargo de la persona que los hizo y, por tanto, no tienen valor alguno desde el punto de vista de la responsabilidad, pues no hay una relación de causalidad entre dichos gastos y las negociaciones sostenidas. A juicio de este autor, se trata de gastos en provecho propio, gastos de especulación o publicidad, o en último término, de gastos generales, esto es, aquellos que deben practicarse para el normal desempeño de una empresa o actividad. Al respecto,



guir entre aquellos gastos e inversiones que cada parte negociante debe asumir a su propio riesgo y aquellos perjuicios que deben ser reparados por quien ha abandonado las negociaciones.

Al respecto, tanto la doctrina como la jurisprudencia de nuestro país concluyen que la obligación de indemnizar a la víctima por los daños experimentados a raíz de la ruptura de las negociaciones sólo surge en la medida en que se pueda acreditar que la parte que ha interrumpido las conversaciones contractuales ha actuado en forma dolosa o culpable.

Sin embargo, la reflexión doctrinal no llega al extremo de formular criterios precisos en relación a la medida de resarcimiento aplicable al supuesto de ruptura injustificada de las negociaciones, limitándose a señalar que en esta hipótesis se debe indemnizar únicamente el daño emergente experimentado por la víctima de la ruptura, pero en ningún caso el lucro cesante derivado de la misma.

Así, resulta ilustrativo el tratamiento que el autor Avelino León da a esta materia, señalando únicamente que "En todo caso, la reparación de los daños se limita a los gastos que haya hecho la parte (daño emergente) y no a las posibles utilidades del negocio (lucro cesante)."²³² En el mismo sentido se pronuncia Sara Eiler al identificar la responsabilidad precontractual como "la obligación del autor de la ruptura de indemnizar los perjuicios sufridos con motivo de no haberse seguido las conversaciones, pero no las ganancias perdidas por el hecho de no haberse formado el contrato".²³³

En todo caso, se advierte consenso en nuestro ordenamiento jurídico acerca de la necesidad de comprender dentro de la

Rosende concluye que este tipo de desembolsos escapan a la acción de la parte que ha iniciado las conversaciones o participa en ellas y, por ende, no podrán ser considerados como perjuicios indemnizables en caso de ruptura de las tratativas. Asimismo, este autor descarta la indemnizabilidad de aquellos gastos efectuados espontáneamente, sin el consentimiento del otro negociante, los cuales no podrán reclamarse de la parte con que se negociaba si no llega a concretarse la transacción, a menos que dichos gastos le hayan reportado un beneficio, pues en tal caso deberá restituirlos de acuerdo a las normas del enriquecimiento sin causa. ROSENDE ÁLVAREZ, HUGO, *op. cit.* [nota 173], pp. 61-67.

²³² LEÓN HURTADO, AVELINO, *op. cit.* [nota 172], p. 55.

²³³ EILER RAUCH, SARA, *op. cit.* [nota 185], p. 73.

indemnización procedente en el supuesto de ruptura injustificada de las negociaciones el daño emergente experimentado por la parte que legítimamente confiaba en la conclusión del acuerdo proyectado. Por tanto, se deben incluir todos aquellos gastos realizados con motivo de la negociación que puedan calificarse como necesarios para la preparación del contrato proyectado.

Tal como señala el autor Arturo Alessandri Rodríguez, la parte agraviada por la ruptura tiene derecho a que se le reembolsen todos los gastos efectuados inútilmente en la etapa precontractual, tales como "los gastos en que la otra parte incurrió con motivo de esas negociaciones (confección de planos, ensayos, preparación de trabajos, fabricación de modelos, gastos de viaje si los hubo, etc.)".²³⁴

Por lo demás, los autores nacionales también coinciden en señalar que no deben indemnizarse las ganancias que la víctima de la ruptura ha dejado de obtener por el hecho de no haberse formado el contrato. En consecuencia, se excluye la reparación del lucro cesante que puede haber experimentado la parte interesada en la conclusión del acuerdo proyectado como integrante de la indemnización procedente en esta hipótesis de responsabilidad precontractual.

En este sentido se pronuncia Hugo Rosende al señalar que en el supuesto de interrupción culpable o dolosa de un proceso de negociaciones "la confianza burlada exige la reparación del daño emergente producido por el comportamiento de mala fe, doloso o culpable, pero en ningún caso justifica la indemnización del lucro cesante, ya que, dado el estado de las negociaciones, nada protege las expectativas sobre los beneficios que produciría el contrato".²³⁵

Similar opinión manifiesta el profesor Enrique Barros quien sostiene que por regla general el interés protegido no será el beneficio que el contrato habría reportado al demandante si hubiese llegado a celebrarse o si hubiese sido válido (esto es, la frustración del propósito contractual), sino los daños que se siguen del ilícito como son los costos de negociación y los que

²³⁴ ALESSANDRI RODRÍGUEZ, ARTURO, *op. cit.* [nota 170], p. 158.

²³⁵ ROSENDE ÁLVAREZ, HUGO, *op. cit.* [nota 173], p. 77.



se derivan de la confianza creada en la contraparte y contrariada por la mala fe del demandado".²³⁶

Descartada la reparación del lucro cesante, la doctrina nacional concluye que en el derecho chileno se debe reparar únicamente el daño emergente experimentado por la víctima a raíz de los gastos en que incurrió por haber confiado en la conclusión segura del negocio. La doctrina nacional ni siquiera se refiere a la posibilidad de indemnizar aquellos daños experimentados por la víctima de la ruptura al descartar otras oportunidades de contratar con terceros por haber confiado en que las negociaciones llegarían a buen término.

Por su parte, la jurisprudencia nacional, sólo en escasas ocasiones ha tenido la oportunidad de referirse a la medida de resarcimiento aplicable al supuesto de ruptura injustificada de las negociaciones. A este respecto, los tribunales chilenos han resuelto que en este supuesto se deben reparar los daños consistentes en los gastos en que había incurrido la parte que tenía la fundada esperanza en que el contrato se celebraría. Se ha resuelto que en esta materia se repara lo que se ha denominado el interés negativo y no la ganancia esperada con el negocio que se proponía convenir, ignorando sin embargo, el costo de oportunidad que supone involucrarse en una negociación fallida.

Este criterio se encuentra recogido en la sentencia de fecha 5 de junio de 1996 de la Corte de Apelaciones de Concepción previamente citada, que señala: "La empresa que, sin comunicar a la otra, que negocia a la vez con una tercera y se retira en avanzada etapa de las negociaciones debe reparar los perjuicios que ha causado con ese retiro y consistentes en los gastos efectuados por la autora respecto de los cuales ha existido un asentimiento para que los hiciera, atendidos los términos en que se llevaban adelante las tratativas".²³⁷

²³⁶ BARROS BOURIE, ENRIQUE, *Tratado de Responsabilidad Precontractual*, op. cit. [nota 172], p. 1007.

²³⁷ De igual modo, en sentencia de fecha 30 de junio de 1999 la Corte de Apelaciones de Concepción señala en este sentido: "La demandada debe reparar los daños consistentes en los gastos en que había incurrido la demandante que tenía la fundada esperanza en que el contrato se celebraría". Corte de Apelaciones de Concepción, sentencia de 30 de junio de 1999, comentada por Ramón Domínguez Benavente, Ramón Domínguez Aguila y Carmen Domínguez Hidalgo, en *Revista de Derecho Universidad de Concepción* [nota 175], pp. 187 y ss.

Como puede advertirse, la jurisprudencia nacional, con apoyo de cierto sector doctrinal, invoca el criterio del interés negativo desarrollado en la regulación de la culpa in contrahendo del derecho alemán como medida de resarcimiento aplicable a la etapa precontractual. Sin embargo, los tribunales nacionales no asumen cabalmente que el concepto desarrollado por Ihering se refiere al interés que tenía la víctima de la ruptura en no iniciar negociaciones que le harían perder tiempo, realizar gastos y dejar pasar otras oportunidades de contratar bajo términos más convenientes.

Se debe tener en cuenta que precisamente este criterio de interés negativo o interés de confianza es el que se encuentra recogido en las normas del Código de Comercio como medida de resarcimiento adecuada al período de formación del contrato. Por lo mismo, las reflexiones provenientes del ámbito comercial y las opiniones formuladas por la doctrina comercial al analizar los supuestos de retractación tempestiva y aceptación extemporánea de la oferta, aunque no resultan aplicables directamente al supuesto de ruptura injustificada de las negociaciones contractuales, pueden desempeñar una función relevante para identificar la extensión que debe darse a la indemnización procedente en este supuesto de responsabilidad precontractual en el derecho chileno.

Al analizar las disposiciones del Código de Comercio que imponen al oferente la obligación de indemnizar los perjuicios causados a la contraparte por el término de las negociaciones, los autores nacionales señalan que en estos supuestos se debe reparar el interés de confianza del destinatario de la oferta. En este sentido se manifiesta el profesor Raúl Varela, quien señala que "la obligación del oferente en el caso de revocación tempestiva, es de indemnizar perjuicios y se funda en la idea de seguridad o confianza en el mantenimiento de la oferta".²³⁸

Por lo mismo, al referirse a la extensión de la reparación procedente en este supuesto de responsabilidad precontractual el autor sostiene que "los perjuicios indemnizables según el artículo 100 del Código de Comercio son los gastos y demás daños que el destinatario haya sufrido con motivo de la recepción de la oferta".

²³⁸ VARELA VARELA, RAÚL, *Derecho Comercial*, tomo III, Editorial Universitaria, 1966, Santiago, p. 15.



A juicio de la doctrina nacional en las hipótesis de retractación tempestiva y aceptación extemporánea de la oferta no se debe indemnizar el lucro cesante experimentado por el destinatario puesto que, tal como señala Raúl Varela "el destinatario, sólo podía contar que la oferta sería mantenida hasta que él diera su respuesta dentro del plazo legal o convencional. Pero no podía contar que el contrato se formaría efectivamente, porque el proponente tiene, por la ley, el derecho de revocar la oferta".²³⁹

En el mismo sentido se pronuncia Avelino León, quien, adhiriendo a los criterios desarrollados por la doctrina francesa, sostiene que "sólo deben indemnizarse los perjuicios reales y efectivos que haya sufrido el destinatario de la oferta con motivo de la retractación y no las ventajas hipotéticas que habría podido obtener con el contrato que no se ha celebrado. Sería reparable entonces todo gasto que hubiere hecho con motivo de la oferta, como reparación o arrendamiento de locales para depositar los objetos ofrecidos, contratación de préstamos en condiciones onerosas, rechazo de otra oferta en condiciones convenientes, etc. Pero no podría pretenderse obtener el beneficio que se derivaría de un negocio ulterior hipotético".²⁴⁰

En razón de lo anterior la doctrina concluye que "el destinatario de la oferta no puede considerar como perjuicio las ganancias que habría obtenido si el contrato se hubiera llevado a término; pero en cambio podría cobrar el daño resultante de haber desechado otra propuesta en consideración a la nueva por él recibida", con lo cual admite la reparación de aquellas oportunidades de contratar que fueron perdidas o rechazadas por el destinatario de la oferta al perseverar en la negociación fallida.²⁴¹

²³⁹ VARELA VARELA, RAÚL, *op. cit.* [nota 230], p. 15.

²⁴⁰ LEÓN HURTADO, AVELINO, *op. cit.* [nota 172], p. 78.

²⁴¹ VARELA VARELA, RAÚL, *op. cit.* [nota 230], p. 15. En favor de la reparación de las oportunidades perdidas por el destinatario de la oferta como consecuencia del quiebre de las negociaciones se pronuncia Luis Claro Solar, quien pone de manifiesto que "la oferta hecha por el proponente, que es conveniente para la persona a quien ha sido dirigida, puede haber llevado a ésta a desistir de otro negocio análogo y, una vez retractada tal oferta, colocarla en la situación de tener que aceptar condiciones más onerosas para poder cumplir a su vez el compromiso que ha contraído sobre la fe de la oferta que el proponente, que se arrepiente, le había hecho (...). El proponente ha causado en el hecho un daño o perjuicio, y aunque la sola oferta no lo obligaba, porque él busca la realización de un contra-

Por su parte el autor Hugo Rosende Álvarez sostiene que en la hipótesis de retractación tempestiva de la oferta "deben indemnizarse todos los gastos y perjuicios que sean una consecuencia directa de la revocación, en otros términos, de que se haya privado al destinatario de su facultad de disponer libremente sobre el destino de la oferta (...). El único límite en la indemnización está en que la parte no puede quedar en mejor posición que en la que habría quedado de celebrarse el contrato".²⁴²

Este autor admite expresamente que, ante la presencia de una conducta dolosa o culpable del autor de la ruptura, la reparación no sólo debe reconocer el interés de restituir los patrimonios al estado en que se encontraban con anterioridad al inicio de los contactos negociales, sino que debe protegerse además el interés de confianza de las partes que han intervenido en la negociación.²⁴³

Esta es precisamente la medida de reparación que se ha identificado en el derecho comparado como la más adecuada al período precontractual, en la medida en que permite dejar al perjudicado en la misma situación patrimonial en que se encontraría de no haberse involucrado en la negociación fallida.

En el mismo sentido, se debe tener presente que, si respecto de los casos de retractación y aceptación extemporánea de una oferta se concluye que la reparación debe encontrar su límite en el interés negativo de la parte perjudicada, con mayor razón se debe restringir la extensión de la indemnización en los supuestos de ruptura de las negociaciones contractuales en que ninguna de las partes ha manifestado aún su voluntad de quedar jurídicamente vinculada.

A la misma conclusión se llega por la vía de recurrir a la relación de causalidad que debe existir entre la conducta de la parte que interrumpe las negociaciones y los daños sufridos por la víctima del quiebre de las negociaciones para determinar cuáles son los perjuicios indemnizables en este supuesto de responsabilidad precontractual.

to que requiere aceptación de la otra parte, su retractación ha venido a quitar a ésta la posibilidad de realizarlo". CLARO SOLAR, LUIS, *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado*, volumen V, tomo XI "De las obligaciones", Editorial Jurídica de Chile, 1979, p. 67.

²⁴² ROSENDE ÁLVAREZ, HUGO, *op. cit.* [nota 173], p. 99.

²⁴³ ROSENDE ÁLVAREZ, HUGO, *op. cit.* [nota 173], p. 77.



Recurriendo a la causalidad como criterio prevalente, se concluye que la indemnización de perjuicios procedente en la hipótesis de ruptura debe comprender tanto los gastos efectuados por la víctima en el curso de los tratos contractuales como la reparación de las ventajas que dicha parte podría haber conseguido si, en lugar de haber empleado su tiempo y recursos en una negociación fallida, se hubiera abocado a otra contratación. El mismo criterio de causalidad determina la exclusión de aquellos beneficios que la víctima de la ruptura esperaba obtener de la ejecución del contrato proyectado.

Asimismo, atendiendo a la relación de causalidad jurídicamente relevante, se deberán excluir de la indemnización procedente en este supuesto aquellos daños que puedan atribuirse a la propia víctima de la ruptura. Quedan fuera del ámbito de indemnización aquellos daños sufridos por la víctima cuando durante el curso de las negociaciones contractuales ha actuado en forma imprudente al confiar infundadamente en la consumación de la transacción proyectada o si ha realizado gastos precontractuales excesivos o innecesarios, en circunstancias en que no existía una probabilidad seria de conclusión del contrato que negociaba.²⁴⁴

Esta respuesta, que parece ser la más coherente con nuestro ordenamiento jurídico en que no se contemplan los conceptos de interés negativo o interés de confianza como criterios legales de delimitación del daño resarcible, resulta, por lo demás, consistente con el carácter excepcional que corresponde atribuir a la responsabilidad precontractual a fin de preservar el ámbito de libertad en que deben desenvolverse las partes negociadoras durante el período de preparación de un contrato.

²⁴⁴ En tales casos, pudiendo acreditarse culpa en la víctima, se deberá comparar dicho comportamiento negligente con la culpa del autor de la ruptura a fin de determinar la proporción en que la conducta de cada una de las partes ha contribuido a la causación del daño. Sólo de este modo podrá establecerse si la culpa de la víctima es de tal intensidad que permite excluir la responsabilidad de la parte que ha puesto término injustificadamente a las negociaciones o si amerita únicamente la moderación de la responsabilidad en los términos del artículo 2330 del Código Civil, que autoriza al juez a efectuar una reducción proporcional de la obligación indemnizatoria en aquellos casos en que la imprudencia de la víctima ha contribuido a la ocurrencia del daño o ha incrementado los efectos dañosos de la actuación culpable del otro.



CONSEJO EDITORIAL

RICARDO ALONSO GARCÍA
LUIS DíEZ-PICAZO
EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA
JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ
AURELIO MENÉNDEZ
ALFREDO MONTOYA MELGAR
GONZALO RODRÍGUEZ MOURULLO

IÑIGO DE LA MAZA GAZMURI

LOS LÍMITES DEL DEBER
PRECONTRACTUAL
DE INFORMACIÓN

Prólogo
ANTONIO MANUEL MORALES MORENO

CIVITAS



THOMSON REUTERS

Primera edición, 2010



Para Ignacio y Tomás, que son lo único incondicionado

El editor no se hace responsable de las opiniones recogidas, comentarios y manifestaciones vertidas por los autores. La presente obra recoge exclusivamente la opinión de su autor como manifestación de su derecho de libertad de expresión.

No está permitida la reproducción total o parcial de este libro, ni su tratamiento informático, ni la transmisión de ninguna forma o por cualquier medio, ya sea electrónico, mecánico, por fotocopia, por registro u otros métodos, ni su préstamo, alquiler o cualquier otra forma de cesión de uso del ejemplar, sin el permiso previo y por escrito de los titulares del Copyright.

Thomson Reuters y el logotipo de Thomson Reuters son marcas de Thomson Reuters

Civitas es una marca de Thomson Reuters (Legal) Limited

© 2010 [Thomson Reuters (Legal) Limited / Iñigo de la Maza Gazmuri]
Editorial Aranzadi, SA
Camino de Galar, 15
31190 Cizur Menor (Navarra)
ISBN: 978-84-470-3083-5
Depósito Legal: NA 1046/2010
Printed in Spain. Impreso en España
Fotocomposición: Editorial Aranzadi, SA
Impresión: Rodona Industria Gráfica, SL
Polígono Agustinos, Calle A, Nave D-11
31013 - Pamplona

SUMARIO

Índice de Abreviaturas	21
Prólogo	23
Introducción	25
Preliminar. Una pregunta persistente	39
I. Dos casos conspicuos	39
A. EL MERCADER DE RODAS	39
1. <i>Santo Tomás</i>	41
2. <i>Crocio</i>	42
3. <i>Pothier</i>	43
B. LAIDLAW V. ORGAN	45
II. Un tema confuso	48
A. LA CONFUSIÓN	49
B. LA COMPLEJIDAD	51
1. <i>La dispersión</i>	51
2. <i>La falta de uniformidad</i>	52
3. <i>La eventual incompatibilidad de los intereses protegidos</i>	53
III. Acción y omisión	56
IV. Conocimiento e imputabilidad del conocimiento	58
V. Deberes precontractuales de información	59
A. DEBERES PRECONTRACTUALES DE INFORMACIÓN Y OBLIGACIÓN DE INFORMAR ..	59
B. LA ESTRUCTURA DEL DEBER PRECONTRACTUAL DE INFORMAR	61
1. <i>El supuesto de hecho</i>	61
2. <i>La consecuencia jurídica</i>	62
PARTE PRIMERA. DEBERES TÍPICOS	
Introducción	67

§ 1. LA EVICCIÓN Y LOS VICIOS REDHIBITORIOS

I. El ámbito de actuación de los deberes precontractuales de información	70
A. CONSIDERACIONES PREVIAS	70
B. FUNCIONAMIENTO OBJETIVO Y DEBERES PRECONTRACTUALES DE INFORMACIÓN	72
1. <i>El funcionamiento objetivo</i>	72
a. <i>Acciones edilicias</i>	73
b. <i>La evicción</i>	75
2. <i>Deberes precontractuales de información</i>	76
3. <i>Las normas</i>	78
II. La estructura de los deberes precontractuales de información	78
A. EL SUPUESTO DE HECHO	79
1. <i>La ignorancia</i>	79
a. <i>El desconocimiento de la información</i>	79
b. <i>La legitimidad de la ignorancia</i>	80
2. <i>El conocimiento</i>	82
a. <i>Conocimiento real</i>	82
b. <i>Conocimiento imputado</i>	85
(i) <i>Algunos argumentos históricos</i>	86
(ii) <i>Las exigencias de la buena fe</i>	87
(aa) <i>Los vicios redhibitorios</i>	87
(bb) <i>La evicción</i>	88
3. <i>La ignorancia y el conocimiento</i>	90
4. <i>La reticencia</i>	91
B. LAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS	93
1. <i>Indemnización de daños y perjuicios</i>	94
2. <i>Pactos de exclusión de responsabilidad</i>	97
III. Algunas conclusiones	98
A. INTERESES PROTEGIDOS	98
B. LA ESTRUCTURA	99
1. <i>La ignorancia</i>	100
2. <i>El conocimiento</i>	101
3. <i>La reticencia</i>	102
§ 2. LA DESIGUALDAD ENTRE LAS PARTES	
I. Igualdad y desigualdad	106
A. EL INDIVIDUALISMO: IGUALDAD Y LIBERTAD	106
B. LA DESIGUALDAD	110

C. ASIMETRÍAS INFORMATIVAS	113
1. <i>Falta de información</i>	114
2. <i>Racionalidad imperfecta</i>	115
3. <i>Algunos supuestos de déficit informativo</i>	118
II. Técnicas de protección	119
A. DEBERES PRECONTRACTUALES DE INFORMACIÓN COMO TÉCNICA DE PROTECCIÓN DE LA PARTE MÁS DÉBIL	120
1. <i>El entorno comunitario</i>	120
2. <i>El derecho español</i>	123
3. <i>Información y deberes precontractuales de información</i>	127
a. <i>El interés de conservación</i>	129
b. <i>La protección del mercado</i>	130
B. LAS VENTAJAS Y LÍMITES DE LOS DEBERES PRECONTRACTUALES DE INFORMACIÓN	131
1. <i>Ventajas</i>	131
2. <i>Limitaciones</i>	132
a. <i>Limitaciones fácticas</i>	132
(i) <i>Los costos (informarse para informar)</i>	132
(ii) <i>Racionalidad imperfecta</i>	133
b. <i>Limitaciones normativas</i>	133
c. <i>Una regla</i>	135
III. Normas de protección	136
A. EL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY GENERAL PARA LA DEFENSA DE LOS CONSUMIDORES Y USUARIOS Y OTRAS LEYES COMPLEMENTARIAS (TRLGDCU)	137
1. <i>Consideraciones preliminares</i>	137
a. <i>Más allá de la información</i>	137
(i) <i>Cláusulas abusivas y condiciones generales</i>	138
(ii) <i>Derecho de desistimiento</i>	138
b. <i>El suministro de información</i>	139
(i) <i>Libertad contractual</i>	140
(ii) <i>Interés de conservación</i>	140
(iii) <i>Protección del mercado</i>	141
2. <i>Deberes precontractuales de información</i>	142
a. <i>La información</i>	143
(i) <i>Sobrecarga de información</i>	144
(ii) <i>Intersticios y buena fe</i>	148
(iii) <i>Deber de conocimiento</i>	149
b. <i>Los requisitos de la información</i>	149
(i) <i>Reglas generales</i>	150
(ii) <i>Reglas especiales</i>	152
c. <i>La forma de transmisión</i>	153

d. <i>Las consecuencias de la infracción de los deberes precontractuales de información</i>	154
B. OTROS DEBERES PRECONTRACTUALES DE INFORMACIÓN	159
1. <i>La Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico (LSSICE)</i>	159
a. <i>Los intereses protegidos</i>	159
b. <i>Algunas peculiaridades de la contratación por medios electrónicos</i>	160
c. <i>Deberes precontractuales de información en la LSSICE</i>	161
(i) <i>La información sobre el prestador</i>	161
(ii) <i>La información sobre el proceso de contratación</i>	162
(iii) <i>La información sobre las condiciones generales</i>	163
2. <i>La Ley de Aprovechamiento por Turno de Bienes Inmuebles de Uso Turístico y Normas Tributarias (LDAT)</i>	164
a. <i>La complejidad del objeto de la prestación</i>	164
b. <i>Deberes precontractuales de información</i>	165
c. <i>El derecho de desistimiento</i>	166
d. <i>Las consecuencias</i>	168
Conclusiones de la primera parte	171

PARTE SEGUNDA. DEBERES ATÍPICOS

Introducción	177
§ 1. EL DERECHO INGLÉS: LA NEGATIVA Y SUS RAZONES	
I. Consideraciones preliminares	180
A. <i>LA OPINIÓN DE LA DOCTRINA Y DE LOS TRIBUNALES</i>	180
B. <i>DEBER DE INFORMAR</i>	183
II. Misrepresentation: a propósito del suministro de información defectuosa	183
A. <i>LA DECLARACIÓN</i>	184
1. <i>Las posibles manifestaciones de la declaración</i>	185
2. <i>El contenido de la declaración</i>	187
a. <i>Los términos y las representaciones</i>	188
b. <i>Las declaraciones excluidas</i>	190
B. <i>LA INDUCCIÓN</i>	193
III. Duty to disclose y error: el ámbito de la omisión	194
A. <i>DEBERES ESPECÍFICOS</i>	195
B. <i>EL ERROR (MISTAKE)</i>	196
1. <i>El error unilateral conocido o reconocible</i>	197

a. <i>El error sobre el contenido del contrato (mistake about the terms of the contract)</i>	198
b. <i>El error sobre la identidad</i>	200
c. <i>El error sobre el objeto (subject-matter) del contrato</i>	201
2. <i>La renuencia frente al error</i>	202
a. <i>La seguridad jurídica</i>	202
(i) <i>Un problema de distribución de riesgos</i>	203
(ii) <i>El test objetivo</i>	203
b. <i>El rechazo de las exigencias de la buena fe</i>	204

§ 2. UNA CUESTIÓN DE LÍMITES

I. La buena fe como fundamento directo de los deberes precontractuales de informar atípicos	207
A. <i>EL DERECHO EUROPEO DE CONTRATOS</i>	207
1. <i>Derecho nacional y armonización del derecho de contratos</i>	207
2. <i>La buena fe y las negociaciones del contrato</i>	211
a. <i>Derecho nacional</i>	211
b. <i>Derecho uniforme y soft law</i>	213
3. <i>La buena fe y el deber de informar</i>	216
a. <i>Una breve mirada al derecho francés, alemán e italiano</i>	216
(i) <i>El derecho francés</i>	216
(ii) <i>El derecho alemán</i>	218
(iii) <i>El derecho italiano</i>	219
b. <i>El soft law</i>	220
(i) <i>Los Principios de UNIDROIT y los PECL</i>	221
(ii) <i>El Proyecto de Pavía</i>	222
(iii) <i>El DCFR</i>	222
(iv) <i>El Projet de Cadre Commun</i>	224
B. <i>EL DERECHO ESPAÑOL</i>	224
1. <i>La buena fe y las negociaciones del contrato</i>	224
a. <i>La doctrina</i>	225
b. <i>Los tribunales</i>	229
2. <i>La buena fe y el deber de informar</i>	230
a. <i>La doctrina</i>	230
(i) <i>La buena fe</i>	230

(ii) Los límites	232
(aa) Morales Moreno: el error como un problema de distribución de riesgos	233
(bb) Paz-Ares: los efectos de la información	234
(cc) Gómez Calle: la moral y la economía	236
(dd) Verda y Beaumont: los límites del deber de advertir el error esencial	237
(ee) Bazosabal Arrué: la regla general	238
b. <i>La opinión de los tribunales</i>	238
II. Buena fe: la pregunta, no la respuesta	241
A. ¿UN DEBER GENERAL DE INFORMAR?	241
1. <i>La generalidad del deber</i>	241
2. <i>No siempre, ni siquiera muy ampliamente</i>	244
a. <i>El modelo económico</i>	244
b. <i>Autoresponsabilidad</i>	247
c. <i>Una extrapolación incorrecta</i>	249
B. LA CONCRECIÓN DE LA BUENA FE	250
1. <i>Un fundamento complejo</i>	251
a. <i>Un mismo fundamento, diversas opiniones</i>	251
b. <i>Las bases legales de la buena fe en cuanto fundamento de los deberes precontractuales de informar atípicos</i>	252
2. <i>Las ventajas y los riesgos</i>	255
a. <i>Las ventajas</i>	255
b. <i>Los riesgos</i>	257
3. <i>Ponderación y tipificación</i>	258
a. <i>La ponderación de los intereses</i>	259
(i) <i>Conflicto de intereses</i>	259
(ii) <i>La idea de ponderación</i>	260
(iii) <i>Un ejemplo de incorporación de los diversos intereses a través de la buena fe</i>	262
b. <i>La tipificación</i>	263
§ 3. LA CONCRECIÓN DE LA BUENA FE	
I. La incardinación	268
A. LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL	269
B. EL INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL	271
1. <i>Algunos ejemplos</i>	271
2. <i>Algunas conclusiones</i>	273

II. El error, el dolo y la estructura del deber precontractual de informar	274
A. EL CASO	275
B. EL SUPUESTO DE HECHO DEL DEBER PRECONTRACTUAL DE INFORMAR	277
1. <i>La ignorancia</i>	277
a. <i>El error</i>	277
b. <i>El dolo</i>	282
2. <i>El conocimiento</i>	283
a. <i>La materia del conocimiento</i>	283
b. <i>La reconocibilidad del error</i>	284
(i) <i>El significado de la reconocibilidad en el derecho español</i>	284
(ii) <i>La valoración de la conducta del destinatario de la declaración</i>	285
(iii) <i>La comparación de las conductas</i>	286
3. <i>La reticencia y sus manifestaciones</i>	286
a. <i>Las manifestaciones</i>	286
b. <i>La importancia</i>	289
(i) <i>Abstenciones y omisiones</i>	289
(ii) <i>Acciones y omisiones</i>	290
C. LAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS	291
1. <i>El error</i>	293
2. <i>El dolo</i>	294
III. Excusabilidad	296
A. LOS INTERESES	297
1. <i>El error</i>	297
a. <i>Un comentario preliminar: la distribución del riesgo</i>	297
b. <i>Los criterios: la autorresponsabilidad y la protección de la confianza</i>	298
(i) <i>El principio de autorresponsabilidad y la confianza del destinatario de la declaración</i>	299
(aa) <i>Autoresponsabilidad</i>	299
(bb) <i>La confianza del destinatario de la declaración (seguridad del tráfico jurídico)</i>	300
(ii) <i>La protección de la confianza del errans</i>	301
2. <i>El dolo</i>	302
a. <i>La opinión de la doctrina</i>	303
(i) <i>La relevancia de la negligencia</i>	303
(ii) <i>La irrelevancia de la negligencia</i>	304
(iii) <i>La negligencia y la existencia del error doloso</i>	305
b. <i>La opinión de los tribunales</i>	306
3. <i>Tres breves conclusiones</i>	309

B. LA PONDERACIÓN	310
1. <i>La comparación de las conductas de las partes</i>	311
2. <i>La protección de la confianza</i>	312
a. <i>La inducción de la confianza</i>	313
b. <i>La confianza razonable</i>	314
c. <i>El umbral mínimo de confianza</i>	316
(i) Incumplimiento e invalidez	316
(ii) La información obtenida por medios ilícitos	320
d. <i>Relaciones de confianza</i>	320
(i) Presunciones de confianza	322
(ii) La facticidad de la relación	324
e. <i>El grado de protección de la confianza</i>	325
3. <i>Autorresponsabilidad</i>	326
a. <i>La carga de informarse y el acceso a la información</i>	327
(i) La carga de informarse	327
(ii) El acceso a la información	328
(iii) Asunción del riesgo	329
(aa) Ignorancia consciente	329
(bb) El contexto social	330
b. <i>La valoración de la conducta</i>	330
(i) Algunos factores para determinar la diligencia de quien padece el error	331
(aa) La condición de experto o profesional	331
(bb) El asesoramiento de expertos	332
(cc) El acceso a la información	332
(dd) Las circunstancias personales	333
(ii) La comparación de las posiciones de las partes	336
(aa) Simetría y asimetría en el acceso a la información: el sentido económico de la distinción	336
(bb) Un enfoque complementario	337
(iii) Los recursos endógenos de la negociación	338
(iv) Preguntas y respuestas	340
(aa) La posibilidad de formular preguntas: secretos profundos y secretos superficiales	340
(bb) Un deber de responder ¿y un derecho a mentir?	341
(cc) Levmore y la «deshonestidad óptima»	344
C. RECAPITULACIÓN	347
IV. La función intersticial de las consideraciones de eficiencia	348
A. EL ESCENARIO	349
1. <i>Baldus, ni confianza ni autorresponsabilidad</i>	349
a. <i>El caso</i>	349
b. <i>Ni confianza ni autorresponsabilidad</i>	350
2. <i>El error más allá de la diligencia del errans</i>	352

a. <i>Fragonard</i>	352
b. <i>Reticencia y anulabilidad</i>	353
B. CONSIDERACIONES DE EFICIENCIA	356
1. <i>Un enfoque ex ante</i>	357
2. <i>Los criterios</i>	359
a. <i>Algunas consideraciones de eficiencia asignativa</i>	359
b. <i>La forma y los efectos</i>	362
(i) La forma en que se adquiere la información	362
(aa) Kronman: información gratuita y deliberada ...	362
(bb) Eficiencia asignativa: algunas inconsistencias ...	364
(ii) Los efectos de la información	366
c. <i>Una regla</i>	368
Conclusiones de la segunda parte	373
Índice de jurisprudencia	377
Bibliografía	383

LA EVICCIÓN Y LOS VICIOS REDHIBITORIOS

La idea que interesa defender en este capítulo es que la regulación de la evicción y de los vicios redhibitorios en el Código civil plasma dos deberes precontractuales de información típicos(1).

Por lo mismo, la pregunta de la que es necesario hacerse cargo es ¿en qué medida la regulación de los vicios redhibitorios y la evicción disciplina deberes precontractuales de información? O, en otras palabras, ¿en qué medida el legislador ha concretado las exigencias de la buena fe, en lo que se refiere a los deberes precontractuales de información, en el tratamiento de los vicios redhibitorios y la evicción?

Para responder a esta pregunta, lo primero que es necesario tener en cuenta es que, con cierta frecuencia, se considera que tanto los vicios redhibitorios como la evicción, poseen un funcionamiento objetivo. El vendedor *garantiza* una posesión útil y pacífica de la cosa.

Esto es correcto; las normas que regulan los vicios redhibitorios y la evicción protegen objetivamente al comprador frente a la menor utilidad

(1) No presto atención, entonces, a otras normas que disciplinan la presencia de vicios redhibitorios en el ordenamiento jurídico español. Como es sabido, la regulación de los vicios redhibitorios en el derecho español posee un cierto carácter fragmentario. De una parte, se encuentran las reglas del Código civil y de Comercio que obedecen a una lógica similar. Desde luego existen diferencias en el tratamiento que le prodigan a los vicios redhibitorios el Código civil y de Comercio, pero la lógica de ambos cuerpos –esto es la comprensión del vínculo contractual que ambos poseen– es la misma. Así, por ejemplo –y en lo que interesa aquí– el artículo 342 CCO no individualiza las acciones de que dispone el comprador frente a la presencia de vicios redhibitorios y, en general, la doctrina mercantil ha estimado que proceden las acciones del artículo 1486.1 CC. Ver, por ejemplo, VERGÉZ, M., «El contrato de compraventa y contratos afines», en MENÉNDEZ, A. (dir.), *Lecciones de derecho mercantil*, 5ª ed., Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2000, pp. 600-601 y SÁNCHEZ CALERO, F. y SÁNCHEZ CALERO GUILARTE, J., *Institución*

nes de derecho mercantil, 30ª ed., Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2007, p. 365.

De otra parte, está el Título V del Libro II del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (TRLGDCU) que contiene las disposiciones anteriormente plasmadas en la ley 23/2003 de 10 de julio, de Garantías en la Venta de Bienes de Consumo, que transpone la Directiva 99/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de mayo de 1999, sobre Determinados Aspectos de la Venta y las Garantías de los Bienes de Consumo. Estas disposiciones obedecen a una lógica diversa a la de los códigos citados. Sobre esto puede consultarse FENOV PIGÓN, N. (*El sistema de protección del comprador*, Cuadernos de Derecho Registral, Madrid, 2006, p. 26) advirtiendo que la falta de conformidad en la Ley: «Responde a una concreta construcción del contrato, de su incumplimiento, y de los remedios que este último desencadena».

y el menor valor de la cosa, tratándose de los primeros, y frente a la privación de la cosa, tratándose de la segunda. El vendedor, por así decirlo, garantiza que la cosa es lo que aparenta ser. Sin embargo, además de aquello que garantizan, los remedios propios de ambas figuras jurídicas extienden su protección más allá: a la tutela de la persona y los bienes del comprador. Una cosa defectuosa o de propiedad de un tercero no sólo impide que el acreedor satisfaga su interés contractual, sino que, eventualmente, puede irrogarle otros daños a éste. La satisfacción del interés contractual se protege en forma objetiva; la tutela frente a otros daños no. Este último es el ámbito de los deberes precontractuales de información.

Para examinar dicho ámbito es necesario prestar atención a la forma en que la regulación de los vicios redhibitorios y la evicción recoge los elementos que configuran la estructura del deber precontractual de informar. Una vez que se analiza esa estructura, es posible extraer valiosas conclusiones tanto para los deberes precontractuales de información, como respecto del tratamiento que prodiga el Código civil a los vicios redhibitorios y la evicción.

El presente capítulo se encuentra dividido en tres partes. En la primera de ellas me ocupo de mostrar el ámbito de actuación de los deberes precontractuales de información (I). En la segunda parte, examino cómo se encuentra recogida la estructura de dichos deberes a propósito de la regulación de los vicios redhibitorios y de la evicción (II). Finalmente, en la tercera parte, presento algunas conclusiones que se pueden obtener del estudio de ambas figuras cuando se miran a través del prisma de los deberes precontractuales de información (III).

I. El ámbito de actuación de los deberes precontractuales de información

A. CONSIDERACIONES PREVIAS

En su análisis de la igualdad de las partes en los contratos, GROCIO afirma que quien contrata debe indicar los defectos conocidos de la cosa(2). Una opinión semejante mantuvo POTHIER. Este último autor, al analizar las exigencias que la buena fe impone a los contratantes en la compraventa, estimó que dichas exigencias pueden vulnerarse no sólo a través de la mentira, sino, además, a través de la reticencia(3). Desarrollando esta idea, POTHIER cita la definición de dolo de FLORENTINO, según la cual:

«El vendedor debe responder de que no hay en él dolo malo; el cual

(2) GROCIO, *Del derecho*, Libro II, cap. XII, n° IX, p. 199.

(3) POTHIER, *Traité du contrat de vente*, p. 157.

se halla no solamente en aquel que para engañar habla con oscuridad, sino también en el que insidiosamente y con oscuridad disimula(4)».

Advierte POTHIER que el vendedor está obligado no sólo a no mentir, sino que, tampoco puede disimular los defectos de la cosa ni, en general, todo aquello que concierne a la cosa, en términos que de haberlo sabido el comprador hubiera modificado su voluntad de adquirirla, pues ésta es la exigencia que le impone la buena fe. En sus palabras:

«La bonne foi oblige le vendeur non-seulement à ne rien dissimuler des vices intrinsèques de la chose, mais en général à ne rien dissimuler de tout ce qui concerne la chose, qui pourroit porter l'acheteur à ne pas acheter, ou à ne pas acheter si cher(5)».

Al ocuparse estas materias, tanto GROCIO como POTHIER se encargan de señalar que a conclusiones similares se había llegado en el derecho romano, donde el vendedor que no informaba sobre la presencia de vicios materiales o jurídicos podía ser condenado a indemnizar al comprador los daños y perjuicios que éste hubiera sufrido como consecuencia del silencio. Esto no significa, sin embargo, que, en general, en otros supuestos distintos de los vicios redhibitorios o la evicción, existiera un deber precontractual de informar.

En opinión de SCHERMAIER, la *bona fides* romana no entrañaba un deber general de informar(6). En este mismo sentido, ZIMMERMANN ha sugerido que los abogados romanos eran suficientemente realistas para advertir que los usos del comercio no necesariamente se corresponden con elevados estándares de honestidad y, comentando el caso del mercader de Rodas, el autor alemán señala que, en el derecho romano, las acciones del mercader no se comparaban con ideales éticos abstractos, sino con los estándares de decencia promedio en los negocios(7). En la definición de esos estándares, conviene tener presente que la regla general era el *caveat emptor*, cada uno debía ingeniárselas para defender su propio interés(8). Lo anterior queda bien descrito en las palabras de POMONIO: «*in pretio emptionis et venditionis naturaliter licere contrahentibus se circumvenire*». (9) Estas palabras adquieren pleno sentido si se considera que en el derecho romano clásico las relaciones económicas quedaban disciplinadas por lo que hoy denominaríamos economía de libre mercado, de manera que la justicia del precio no era un factor que afectara a la validez del contrato(10).

(4) D. 18, 1, 43.

(5) POTHIER, *Traité du contrat de vente*, p. 159.

(6) SCHERMAIER, «*Bona fides*», p. 93.

(7) ZIMMERMANN, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford University Press, 1996, pp. 256-257.

(8) Ver MORALES MORENO, «El dolo como criterio», p. 611.

(9) D. 4, 4, 16, 4. Ver también D. 19, 2,

22, 3. Con todo, conviene recordar los límites que imponía a esta libertad la lesión. Sobre esto puede consultarse MARTÍN PÉREZ, *La rescisión del contrato (En torno a la lesión contractual y el fraude a los acreedores)*, Bosch, Barcelona, 1995, p. 90, que comenta la *rescindenda venditio*.

(10) ZIMMERMANN, *The Law of Obligations*, p. 256. De esta economía de libre mercado hace excepción lo que se ha ve-

De aquí no se sigue que los romanos consideraran que cualquier silencio era lícito. Refiriéndose a los deberes precontractuales de información en el derecho romano, SCHERMAIER señala que, comprendidos en el sentido moderno, este tipo de deberes únicamente existió en los supuestos en que se consideraba que el silencio constituía una vulneración de la *bona fides*, y que solamente en el terreno de las garantías por defectos –jurídicos o materiales– tuvo lugar una cierta tipificación que definía supuestos de responsabilidad por dolo(11).

De cierta manera –aunque con evidentes discontinuidades– esa tipificación se ha mantenido hasta la codificación(12). Se trata de deberes de informar impuestos a propósito de los vicios redhibitorios y la evicción.

B. FUNCIONAMIENTO OBJETIVO Y DEBERES PRECONTRACTUALES DE INFORMACIÓN

Una vez que se mira con atención a los remedios que provee el ordenamiento jurídico frente a la presencia de evicción o de vicios redhibitorios se advierte que, algunos de ellos, funcionan en forma objetiva y otros, en cambio, reposan sobre la culpabilidad –esto es sobre el dolo o la culpa grave– del deudor. Esta distinción es fundamental para delimitar el campo de los deberes precontractuales de información.

1. El funcionamiento objetivo

Tanto en el derecho romano, como en el derecho histórico español y

nido a denominar la *Lex Secunda*, contenida en C. 4, 44, 2 que disciplina la *laesio ultradimidium* permitiendo al vendedor que recibió del comprador un precio menor a la mitad del valor de la cosa vendida deshacer la venta. Se trata, sin embargo, de una excepción frente a la extendida creencia de que el precio de las cosas quedaba determinado a la libertad de las partes. Un análisis de los probables fundamentos de la ley en cuestión puede encontrarse en MARTÍN PÉREZ, J. A., *La rescisión*, pp. 90-96.

(11) SCHERMAIER, J., «Mistakes, Misrepresentations and Duties to Inform in the Civil Law Tradition», en SIFTON GREEN (ed.), *Mistake, Fraud and Duties to Inform in European Contract Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2005, p. 46. Sobre esto puede consultarse, además, SOLIDORO MARUOTTI, L., «...Si vero sciens reticuit et emptorem decepit...» (D. 19.1.13 pr.): 'vizi di fatto', 'vizi di diritto' e reticenza del venditore», en AA VV, *Fides Humanitas Ius. Studii in onore di Luigi Labruna*, t. VIII, Editoriale Scientifica, Nápoles, 2007, pp. 5269-5313.

(12) Probablemente, la más evidente de todas estas discontinuidades se esté pro-

duciendo actualmente, en la medida que tanto la disciplina de los vicios redhibitorios como la de la evicción se encuentran fuertemente cuestionadas en el ámbito nacional y más bien superada en el ámbito uniforme, absorbida por la noción de falta de cumplimiento. Sobre esto puede consultarse MORALES MORENO, A. M., «Bases para una regulación del contrato de compraventa en un futuro código europeo de las obligaciones», en *Id.*, *La modernización del derecho de obligaciones*, Thomson-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2006, pp. 145-159. Como advierte el autor, si se utiliza una noción unitaria de incumplimiento, capaz de cubrir sus diversas manifestaciones: «los remedios especiales de responsabilidad, tradicionalmente integrados en las garantías por evicción o por vicios ocultos, están llamados a desaparecer» (*Ibid.*, p. 152). Sobre el enfoque de la Convención de Viena a este respecto puede consultarse MORALES MORENO A. M., «Comentario a los artículos 35 a 40», en DÍEZ-PICAZO, L. (Dir.), *La compraventa internacional de mercaderías*, Civitas, Madrid, 1997, pp. 286-355.

en el Código civil, las acciones edilicias y la evicción han tenido un funcionamiento objetivo, en los términos que se exponen a continuación.

a) Acciones edilicias

No cabe duda de que en el sistema que consagra el Código civil de 1889 la naturaleza de las acciones redhibitoria y estimatoria es de carácter objetivo(13). Una rápida mirada al artículo 1485 CC es suficiente para advertir que el vendedor responde por los defectos ocultos de la cosa, aunque los ignore; esto se deduce con claridad del primer párrafo del precepto, según el cual:

«El vendedor responde al comprador del saneamiento por los vicios o defectos ocultos de la cosa vendida, aunque los ignore».

Se trata de una regla cuyos orígenes se encuentran en el derecho romano y que, posteriormente fue acogida por el derecho histórico español

Según JÖRS y KUNKEL, el Edicto curul imponía a los vendedores de animales y esclavos una obligación de hacer públicos algunos de los defectos de sus mercancías(14), así, por ejemplo, la locura en los esclavos(15), los padecimientos del hígado, del pulmón(16) y de la vejiga(17), las paperas(18), o la epilepsia(19). Frente a cualquiera de estos defectos u otros graves(20), el comprador disponía de dos acciones: la redhibitoria y la *quantii minoris*. La primera de ellas le permitía recuperar el precio pagado, restituyendo la cosa comprada. La segunda acción le otorgaba una reducción del precio pagado.

Ni el ejercicio de la acción redhibitoria, ni el de la *quantii minoris* precisaba acreditar ningún grado de culpa del vendedor(21).

En las Partidas y el derecho español que precedió a la codificación, el asunto –esto es, el carácter objetivo de las acciones edilicias– se prestó a algunas dudas, concretamente a propósito de la acción redhibitoria, toda vez que de la lectura de las reglas pertinentes de las Partidas –específicamente P. 5, 5, 63 a 66(22)– parece desprenderse la necesidad

(13) Ver, por ejemplo, MORALES MORENO, «El dolo como criterio», p. 632 y «Comentario al artículo 1.485», en *Comentario del Código Civil*, vol. II, 2ª ed., Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, pp. 957-959; GARCÍA CANTERO, G., «Comentario a los artículos 1475 a 1490», *Derecho civil español, común y foral*, t. III, ALBALADEJO, M. (dir.), 16ª ed., Reus, Madrid, 1992, p. 369; FENOY PICÓN, *Falta de conformidad*, pp. 113-114 y ALBALADEJO, M., *Derecho civil*, t. II, 12ª ed., Edisofer, Madrid, 2004, p. 511.

(14) JÖRS, P. y KUNKEL, W., *Derecho privado romano*, Trad. Prieto Castro, Labor, Barcelona, 1937, p. 335.

(15) D. 21.1.1.9.

(16) D. 21, 1, 12, 4.

(17) D. 21, 1, 14, 4.

(18) D. 21, 1, 14, 9.

(19) D. 21, 1, 53.

(20) No cualquier defecto justificaba la protección edilicia. Así, por ejemplo, no se consideraba como defecto grave el fanatismo de un esclavo (D. 21, 1, 1, 9), su timidez, carácter codicioso y avaro, iracundo (D. 21, 1, 1, 11), melancólico (D. 21, 1, 2), soberbio, giboso o encorvado, que padeciera comezón o sarna (D. 21, 1, 3).

(21) Ver JÖRS y KUNKEL, *Derecho privado romano*, p. 336.

(22) P. 5, 5, 63: *Cómo se puede desfacer la vendida si el vendedor encubre la servidumbre, ó el cienso ó la maldad que hábie en la cosa que vendió*

«Casa ó torre que debe servidumbre á otra ó que fuese tributaria vendiendo un home á otro, callando el vendedor et non apercebiendo dello á aquel que la compraba, por

de una conducta reprochable del vendedor —una reticencia intencional— para utilizarlas. Sin embargo, voces tan autorizadas como las de Gregorio López y Gutiérrez Fernández apoyaron el carácter objetivo de las acciones edilicias y así lo reconoció el Tribunal Supremo en una sentencia de 28 de marzo de 1863(23), donde, aplicando la Ley 65 (P. 5, 5, 65), afirmó que la acción redhibitoria era eficaz sea que el vendedor conociese el defecto o vicio del que adolecía la cosa, o lo ignorara(24).

tal razon como esta puede desfacer el comprador la vendida, et es tenuto el vendedor de tornarle el prescio con todos los daños et los menoscabos quel vinieron por esta razon. Otrosi decimos que si vendiese un home á otro algunt campo ó prado que sopiese que criaba malas yerbas et dañosas para las bestias que las pasciesen, et quando lo vendiese se callase que lo non quisiese decir al comprado, que es tenuto el vendedor por ende de tornar el prescio al comprador con todos los daños quel vinieron ende; mas si esto non sopiese el vendedor quando lo vendió, non serie tenuto de tornar mas del prescio solamente».

P. 5, 5, 64: *Cómo se puede desfacer la vendida del siervo, si el vendedor encubre la tacha ó la maldad del*

«Tacha ó maldad habiendo el siervo que un home vendiese á otro, así como si fuese ladrón, o hobiese por costumbre de foir á su señor ó otra maldad semejante destas, si el vendedor sabie esto et non lo dixo al comprador, tenuto es de rescebir el siervo et tornarle el prescio con los daños et los menoscabos quel vinieron ende: et si non lo sabie, debe fincar el siervo al comprador. Pero tenuto es el vendedor de tonarle tanta parte del precio quanto fuere fallado en verdad que valie menos por razon de aquella tacha. Eso mesmo decimos que serie si el siervo hobiese alguna enfermedad mala encobierta».

P. 5, 5, 65: *Cómo se puede desfacer la vendida de caballo ó de otra bestia, si el vendedor non dice ó encubre la tacha o la maldad del.*

«Caballo, ó mulo ó otra bestia vendiendo un home á otro que hobiese alguna mala enfermedad ó tacha por que valiese menos, si lo sabe el vendedor quando la vende, débelo decir; et si lo non dice, luego quel comprador entendiere aquella enfermedad ó tacha fasta seis meses puédela tornar al vendedor et cobrar el prescio que dio por ella, et el vendedor es tenuto de la rescebir, et tornarle el prescio maguer non quiera. Et si fasta los seis mese non demandase el prescio, despues non lo podrie demandar, et fincarie la vendida valedera,

como quier que fasta un año pueda el comprador facer demanda á aquel quel vendió la bestia quel peche ó le torne tanta parte del prescio quanto fallasen en verdad que valie menos por razon de la tacha ó de la enfermedad que era en ella; et destos plazos adelante non podrie el comprador facer ninguna destas demandas. Et este tiempo de los seis meses et del año sobredicho se debe comenzar á contar desde el día que fue fecha la vendida».

P. 5, 5, 66: *Cómo non puede ser desfacha la vendida de la bestia, si el vendedor dice paludiamiente á la sazón que la vende, la tacha que ha.*

«Manefiestamente diciendo la tacha ó la enfermedad el vendedor al comprador del siervo ó de la bestia quel vende, si el comprador seyendo ende sabidor le place de la compra, et recibe la cosa por suya et da el prescio por ella, si despues desto se quisiese repentir, non podrie, nin serie tenuto el vendedor de rescebir la cosa nin de tornar el prescio. Eso mesmo decimos que serie si se aviniesen en el prescio amos á la bestia, et fuese fecha la vendida en tal manera que por tacha que hobiese la bestia non la podiese desechar el comprador. Mas si el vendedor dixiese generalmente que la bestia que vendie habie tachas, et encobriese callando las que habie, ó diciéndolas envueltas con otras engañosamente, de guisa quel comprador non se podiese ende apercibir; entonce decimos que serie tenuto rescebir la cosa que así vendiese, et de tornar el prescio al comprador á los plazos que deximos en la ley ante deesta».

(23) Pte. Excmo. Sr. D. S. González Nandín. CL n.º 21.

(24) GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, B., *Códigos ó estudios fundamentales sobre el derecho civil español*, t. IV, Madrid, 1869, p. 358. Ver, además, MORALES MORENO, «El alcance protector de las acciones edilicias», *ADC*, 33-3, 1980, p. 605, advirtiendo que la Glosa de López indica que la acción redhibitoria se extendía no sólo a aquellos casos en que el vendedor conocía el vicio, sino que alcanzaba a aquellos en que lo ignoraba. Más ar-

b) La evicción

Con la evicción sucede algo similar. La doctrina parece encontrarse de acuerdo acerca de su funcionamiento objetivo en términos tales, que sus consecuencias jurídicas se producen con independencia de la culpabilidad del deudor(25).

Así sucedía, por lo demás, en el derecho romano y en el derecho histórico español.

En el derecho romano, la venta de cosa ajena era válida y eficaz(26) y la razón para ello es que no existía obligación para el vendedor de transferir la propiedad de la cosa(27). Sin embargo, el vendedor debía garantizar el goce pacífico de la cosa, de manera que el comprador pudiera adquirirla por usucapión. Dicha garantía se plasmó a través de diversas instituciones, la primera de ellas —cuyos orígenes parecen encontrarse en las XII Tablas— fue la *actio auctoritatis*, una garantía implícita en las ventas por *mancipatio* cuyo objeto era doble: que el vendedor prestara asistencia jurídica al comprador en juicio cuando un tercero reivindicara la cosa y, que en caso de que se negara a defenderlo, o que la defensa no fuera eficaz, le pagara el doble del precio(28). Más adelante —y, en principio, en las ventas sin *mancipatio*—, existió responsabilidad del vendedor bajo pactos que solían reproducir el contenido de la *auctoritas*; aparentemente, el más frecuente fue la *stipulatio duplae*, en virtud de la cual, en caso de resultar evicta la cosa, el vendedor debía pagar al comprador el doble del precio(29). Finalmente —a partir de los tiempos de Juliano— se encontraba disponible la *actio empti* sin necesidad de que existiera dolo para recuperar el *id quod interest*.(30). Como puede advertirse, ninguna de las acciones precisaba culpa del vendedor.

Al igual que en el derecho común, en el derecho histórico español —específicamente en las Partidas— la venta de cosa ajena era válida, esto sin perjuicio de las reglas sobre evicción que, en las Partidas, se encuentra regulada en P. 5, 5, 32 a 36. Una mirada a la Ley 32, muestra el funcionamiento objetivo de la evicción(31).

gumentos a favor de la tesis inclusiva pueden encontrarse en FENYO PICÓN, *Falta de conformidad e incumplimiento en la compraventa. (Evolución del ordenamiento español)*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1996, p. 125, nota 365.

(25) Ver ESPÍN CÁNOVAS, D., «Fundamento de la garantía del vendedor en caso de evicción», *RD*, 1966, p. 17 señalando: «[L]as normas sobre evicción tienen un automatismo que las aproxima a la responsabilidad objetiva». Por su parte, RODRÍGUEZ MORATA (*Venta de cosa ajena y evicción*, Bosch, Barcelona, 1990, p. 212) advierte de que:

«resulta cierta la objetividad de la responsabilidad por evicción ex art. 1478 del Código en la medida que a la hora de imputar el riesgo y, en su caso, los beneficios de la

evicción se prescinde de toda consideración subjetiva o culposa».

(26) Ver KASER, *Derecho romano privado*, p. 192.

(27) Ver ZIMMERMANN, R., *The Law of Obligations*, p. 293.

(28) Ver ARANGIO-RUIZ, V., *La compravendita in diritto romano*, vol. II, 2ª ed., Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, Nápoles, 1990, pp. 310-320.

(29) Ver JÖRS, P. y KUNKEI, W., *Derecho romano privado*, p. 331.

(30) Ver ZIMMERMANN, R., *The Law of Obligations*, p. 298.

(31) En lo que interesa aquí, la Ley 32 dispone: «Quita et libre de todo embargo debe seer entregada la cosa vendida al comprador, de manera que si algunt otro gela quisiere

2. Deberes precontractuales de información

Configurada de manera objetiva la responsabilidad del vendedor, la noción de deber de informar pierde buena parte de su tracción. El sentido en que, actualmente, se utiliza dicha expresión suele implicar algún tipo de juicio de reproche a quien infringe la conducta que impone el deber(32). Esto es lo que ha llevado a la doctrina más autorizada a afirmar que una de las condiciones necesarias para que surja un deber precontractual de informar es que una de las partes —aquella a la que se impone el deber— conozca o, al menos deba conocer, la información objeto del deber(33).

Las acciones edilicias y la evicción no precisan de este requisito. Es verdad que en el Edicto de los ediles se defiende la justicia de la responsabilidad del vendedor en aquellos casos en que hubiese ignorado el defecto, señalando que el vendedor «pudo conocerlo(34)». Sin em-

embargar ó moverle pleyto sobre ella, que gela debe hacer sana; pero luego qué moveren ende pleyto, tenuto es el comprador de hacerlo saber á aquel que gela vendió, ó á lo mas tarde ante que sean abiertos los testigos que fueren aduchos sobre aquella cosa en juicio contra él, et si así non lo ficiere saber el vendedor, si despues le fuere vencida en juicio, non podrie demandar el precio á aquel que gela vendió nin á sus herederos. Más si gelo fizo saber et non quiso el vendedor amparar al comprador, ó lo non pudo defender á derecho, entoncces el vendedor tenuto es de tornarle el precio que rescibió dél por aquella cosa que vendió, con todos los daños et los menoscabos quel venieron por esta razon. Et si por avetura quando gela vendió se obligó á pena del doblo, si non gela amparase segunt derecho, con todo eso non se entiende quel debe pechar el precio doblado tan solamiente, mas la cosa doblada maguer mas valiese».

Conviene aquí advertir que el deber de indemnizar «todos los daños et los menoscabos» tiene lugar si el vendedor, debidamente notificado, no comparece a la defensa o si, haciéndolo «lo non pudo defender á derecho». Por lo mismo, no parece necesario un juicio de reproche para hacer efectiva la garantía.

(32) Ver, por ejemplo, GHESTIN, J. (*Traité*, p. 616) señalando que: «L'obligation d'information suppose que l'une des parties connaissait non seulement l'information, mais aussi, l'influence de celle-ci sur le consentement de l'autre partie» (itálicas en el original).

En el mismo sentido, FABRE-MAGNAN, M. (*De*

l'obligation d'information, p. 187) señalando que el deber de informar precisa que una parte —aquella sobre la cual recae el deber— conozca tanto la importancia de la información para la otra parte como el contenido de la información. Para el derecho italiano, es necesario el conocimiento de la información —por ejemplo si se alega dolo— o la posibilidad de haberla conocido —si se alega error. Sobre esto ver GRISSI, G., *L'obbligo precontrattuale*, pp. 276-333. Algo similar parece suceder en los supuestos en que se acepta el deber de informar en el derecho inglés. Sobre esto se puede consultar CARTWRIGHT, J., *Misrepresentation, Mistake and Non-Disclosure*, Sweet and Maxwell, Londres, 2007, p. 536.

Con todo, tratándose de las relaciones de consumo, la regulación de éstas suele imponer lo que puede denominarse un «deber de conocimiento». Ver p. 209.

(33) Ver, por todos, LEYSSAC, L., «L'obligation de renseignements dans les contrats», en LOUSSOUARN, Y., *L'information en droit privé travaux de la conférence d'agrégation*, LGDJ, Paris, 1978, p. 323.

(34) Se lee en D. 21, 1, 1, 2:

«La causa de proponer este Edicto es poner coto á las falacias de los vendedores, y amparar á los compradores, cualesquiera que hubieran sido engañados por los vendedores; pero sepamos que el vendedor aunque haya ignorado lo que mandan los Ediles que se haga, debe no obstante quedar obligado. Y esto no es injusto, porque pudo saberlo el vendedor; y porque nada importa al comprador por qué sea engañado, si por ignorancia, ó por astucia del vendedor».

bargo, MORALES MORENO acierta cuando afirma que, de aceptarse una justificación como ésta, se trataría «de un deber cuyo cumplimiento exigiría en muchos casos en el vendedor el despliegue de una diligencia que no puede serle exigible(35)».

En realidad, un deber precontractual de información no añade nada a las acciones edilicias y la evicción tal y como han sido presentadas hasta aquí. La función que cumplen es garantizar la posesión útil y pacífica de la cosa, con independencia de la conducta del vendedor. Lo que hacen estas acciones es articular un régimen de garantías que protege la posición del comprador en términos objetivos(36).

Aun así, no obstante el hecho de que las garantías deban ser distinguidas de los deberes, SCHERMAIER está en lo correcto cuando afirma que, en el régimen de garantías que configura el derecho romano frente a defectos materiales y jurídicos de la cosa, existen «deberes de informar» considerados en el sentido moderno(37). Estos deberes no se refieren a las acciones redhibitoria o *quantum minoris*, sino a las acciones indemnizatorias a través de las cuales se imputaba al vendedor la responsabilidad por los daños que las anomalías de la cosa o el hecho de que perteneciera a un tercero habían ocasionado al comprador(38). En estas situaciones, lo que existió fue una cierta tipificación que definía supuestos de responsabilidad del vendedor por dolo o culpa grave. Esa tipificación ha mante-

(35) MORALES MORENO, A. M., «El dolo como criterio», p. 632.

(36) Respecto del uso de la expresión «garantía», SMITH, S. (*Atiyah's Introduction to the Law of Contract*, 6ª ed., Clarendon Press, Oxford, 2005, p. 251) ha sugerido, para el derecho inglés, que un régimen de garantías es distinto de un deber de informar, se trata de una alternativa a éste. Tratándose de un régimen de garantías, la responsabilidad surge al margen de la conducta del contratante que debe responder. En cambio, si es un deber de informar, la responsabilidad surge porque la conducta del agente es reprochable. En el mismo sentido, WADDAMS («Precontractual Duties», pp. 245-246) considera que varios de los problemas que se suscitan a propósito del deber de informar pueden ser solucionados más adecuadamente a través de garantías implícitas (*implied warranties*), que evitan preguntarse si el vendedor sabía o debía haber sabido aquello que no informó.

La idea de que la disciplina de los vicios materiales establece una garantía en el sentido que se ha advertido puede consultarse

también en EHMANN y SUTSCHET, *La reforma del BGB*, pp. 246-247.

Con todo, algunos autores españoles han considerado inadecuado el uso de la expresión «garantía» a estos efectos, toda vez que la garantía tendría una función preventiva de la que el saneamiento carece; el saneamiento tendría una función reparatoria. Ver RUBIO GARRIDO, T., *Contrato de compraventa y transmisión de la propiedad*, Publicaciones del Real Colegio de Bolonia, Bolonia, 1993, p. 499; y DURÁN RIVAGOSA, R., *Evicción y saneamiento*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2002, pp. 58-60.

El uso que le doy a la expresión «garantía», para distinguirla de la expresión «deber» simplemente alude a su carácter objetivo, que prescinde del juicio de reproche a la conducta del vendedor.

(37) Ver *supra* nota 11.

(38) Tomo la idea de MORALES MORENO, «El dolo como criterio», p. 632: «El deber de informar adquiere en cambio sentido y utilidad cuando se utiliza para imputar al vendedor los daños y perjuicios que al comprador haya podido producirle la anomalía de la cosa».

nido su perfil —al menos en sus contornos más gruesos— hasta el Código civil, y es a propósito de ella que tiene sentido hablar de deberes precontractuales de información.

3. *Las normas*

Una vez advertido cuál es el ámbito de los deberes precontractuales de información en la regulación de los vicios redhibitorios y la evicción será conveniente detenerse un momento en las normas jurídicas que fijan dicho ámbito. Tratándose de la evicción es el artículo 1478 CC. En lo que a los vicios redhibitorios toca, el precepto es el artículo 1486 II CC.

Artículo 1478

Cuando se haya estipulado el saneamiento o cuando nada se haya pactado sobre este punto, si la evicción se ha realizado, tendrá el comprador derecho a exigir del vendedor:

1. La restitución del precio que tuviere la cosa vendida al tiempo de la evicción, ya sea mayor o menor que el de la venta.
2. Los frutos o rendimientos, si se le hubiere condenado a entregarlos al que le haya vencido en juicio.
3. Las costas del pleito que haya motivado la evicción, y, en su caso, las del seguido con el vendedor para el saneamiento.
4. Los gastos del contrato, si los hubiese pagado el comprador.
5. Los daños e intereses y los gastos voluntarios o de puro recreo u ornato, si se vendió de mala fe.

Artículo 1486 II

Si el vendedor conocía los vicios o defectos ocultos de la cosa vendida y no los manifestó al comprador, tendrá éste la misma opción y además se le indemnizará de los daños y perjuicios, si optare por la rescisión.

En la próxima sección se estudia con mayor detención ambas normas, sin embargo es útil, ahora, adelantar dos características de los preceptos que es conveniente enfatizar aquí. La primera de ellas es que existen supuestos de responsabilidad cuyo funcionamiento no es objetivo (el artículo 1486 CC es uno, el número 5 del artículo 1478, otro). La segunda característica es que dichos supuestos extienden la protección del comprador. Es respecto de estos supuestos que interesa examinar la estructura de los deberes precontractuales de información.

II. **La estructura de los deberes precontractuales de información**

Tal y como lo he entendido aquí, la estructura de un deber precontractual de información se compone de un supuesto de hecho y de consecuencias jurídicas que se le aparejan. En ese orden los reviso.

Existe un segundo grupo de supuestos de deberes precontractuales de informar típicos que me interesa considerar en esta investigación. Se trata de supuestos en los que la imposición a una de las partes del deber de suministrar información está concebida como una **técnica de protección a la otra parte**, cuya posición comercial se considera desventajosa porque no es capaz de tutelar adecuadamente sus intereses durante la negociación del contrato.

A diferencia de lo que sucede con la evicción y los vicios redhibitorios, en este segundo grupo de supuestos no es necesario inducir la presencia de deberes precontractuales de informar a partir de las consecuencias jurídicas previstas en caso de inobservancia de dichos deberes, el legislador ha sido más explícito: ha señalado **directamente** el deber de una de las partes de proporcionar a la otra cierta información.

Este ligero cambio en la forma de imponer deberes precontractuales de información evidencia una transformación más profunda y significativa que viene afectando al derecho de contratos a partir de la segunda mitad del siglo XIX. Se trata de una transformación en la forma de concebir al contrato. O, dicho con mayor precisión, de concebir una de las premisas sobre la que reposa el derecho de contratos que plasmaron los códigos decimonónicos: la **igualdad entre las partes**.

Las relaciones de consumo constituyen el ejemplo emblemático de esta transformación. Este tipo de relaciones no son, desde luego, las únicas en que se manifiesta la desigualdad —las relaciones laborales y el contrato de arrendamiento de inmuebles son otros dos ejemplos suficientemente conspicuos. Sin embargo, en una investigación como la que se está realizando, el estudio de las **relaciones de consumo** y otras similares resulta imprescindible por la técnica que, preferentemente, ha utilizado el legislador para intentar corregir las desigualdades. Dicha técnica consiste en imponer el suministro de información. Esta no es la única técnica empleada, pero, sin duda, es la dominante.

La preferencia del legislador por esta técnica se justifica por dos razones. La primera de ellas es la percepción —progresivamente difundida— según la cual la falla de mercado que, principalmente, explica los abusos por parte de los empresarios a los consumidores es la presencia de **asimetrías informativas**. La respuesta del legislador frente a esta falla de mercado ha sido intentar mejorar la información de la parte que se encuentra en desventaja: el consumidor. La segunda razón que explica

la preferencia por el suministro de información como técnica de protección de la parte más débil es que suele considerarse que la imposición de deberes precontractuales de información constituye la **intervención estatal** menos disruptiva en términos de libre mercado.

La aproximación del legislador al tema, tanto a nivel español como comparado, comenzó a través de la protección de la libre competencia. Actualmente, el énfasis parece haberse desplazado —en lo que a protección de consumidores se refiere— hacia los problemas que experimenta el consumidor recopilando y procesando la información necesaria para tomar su decisión de adquirir un determinado bien o servicio.

El objetivo de este capítulo es mostrar cómo se ha utilizado esta técnica de la imposición de deberes precontractuales de información para proteger a la parte que, en ciertas relaciones contractuales, se encuentra en una posición desventajosa respecto de la otra por un problema de asimetrías informativas.

El capítulo se encuentra estructurado en tres partes. La primera de ellas está dedicada a la desigualdad entre las partes contratantes. Lo que me interesa mostrar es que la desigualdad que resulta relevante, en términos de deberes precontractuales de información es aquella que queda determinada por la presencia de asimetrías informativas (I). La segunda parte presenta los deberes precontractuales de información como una técnica de protección en ciertas relaciones contractuales en las que suelen presentarse asimetrías informativas. Advierto, además, que se trata de una técnica que posee ventajas y limitaciones (II). Finalmente, la tercera parte está dedicada al estudio de algunas reglas jurídicas que, como consecuencia de la desigualdad entre las partes, imponen deberes precontractuales de información (III).

I. Igualdad y desigualdad

El individualismo consideró que, normativamente, se debía tratar a los contratantes que negociaban un contrato *como* si estuvieran en igualdad de condiciones. Por esta razón se entendió que cada parte podía tutelar, por sí misma, sus propios intereses. Esta posición normativa ha sido parcialmente abandonada en ciertas relaciones contractuales, en las que se asume lo contrario, esto es que debe tratarse a las partes *como* si no estuvieran en igualdad de condiciones. Por ello se considera que una de las partes no puede tutelar adecuadamente sus intereses.

A. EL INDIVIDUALISMO: IGUALDAD Y LIBERTAD

Ha sido frecuente considerar que, durante el siglo XIX, la fisonomía del derecho de obligaciones fue influida de manera determinante por el liberalismo o bien —las expresiones suelen utilizarse indistintamente—

por el individualismo(1). Igualmente, se ha afirmado que el diseño del Código civil francés —que, según se sabe, tanta influencia tuvo sobre los redactores del Código civil español(2)— responde a una filosofía liberal o individualista(3). Aunque esto último es un error(4), lo cierto es que, al menos algunos de los comentaristas del Código civil francés, se sirvieron de estas ideas en su exégesis de los preceptos del *Code*.(5)

(1) Para el derecho español puede consultarse CASTRO Y BRAVO, F., «Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad», *ADC*, 35-4, 1982, p. 1014, señalando que el movimiento codificador español se inspira en la ideología liberal. En el derecho francés, puede consultarse RANOUU, V., *L'autonomie de la volonté. Naissance et évolution d'un concept*, Presses Universitaires de France, París, 1980, considerando que la autonomía de la voluntad es la pieza maestra de la filosofía que dominó el siglo XIX, el individualismo jurídico. Una mirada a la influencia de las ideas liberales en el derecho alemán previo al BGB en GORDLEY, J., *The philosophical origins of modern contract doctrine*, *Clarendon Law Series*, Abril 22, 1993, pp. 225-227, señalando la importancia que, gracias a la obra de KANT y HEGEL, dieron los juristas alemanes a la idea de libertad. En el mundo del *common law* —*mutatis mutandis*— las cosas fueron similares, para el derecho inglés, la obra fundamental es ATYAH, *The Rise and Fall*, especialmente pp. 238-358. Finalmente, en el derecho estadounidense, puede consultarse KENNEDY, D., «Form and Substance in Private Law Adjudication», *Harv. L. Rev.*, vol. 89, 1976, pp. 1728-1730, quien afirma que entre los años 1850 y 1940 se desarrolló la época del individualismo clásico en Estados Unidos.

(2) CASTRO Y BRAVO (*Derecho civil de España*, pp. 208-210) considera, entre otras, dos críticas al Código civil español: que haya seguido el plan del francés y el afrancesamiento de su texto.

(3) Una extensa cita de autores franceses en este sentido, incluyendo a Colin y Capitant, Cornu, Josserand, los Mazeaud y Weill y Terré, puede encontrarse en GORDLEY, J., «Myths of the French Civil Code», *Am. J. Comp. L.*, vol. 42, 1994, p. 459, nota 2.

(4) GORDLEY («Myths of the French Civil Code», pp. 460-462) ha mostrado esto con elocuencia, señalando que existen, al menos, dos razones para dudar de que los redactores del *Code* hayan estructurado el derecho de contratos desde los principios

individualistas: La primera de ellas es que una mirada al Discurso preliminar de Portalis muestra que los redactores no se encontraban interesados en «quebrar» con el pasado, sino más bien en adaptar sus desarrollos a las necesidades del presente. La segunda es que aun cuando los redactores hubieran tenido este propósito no tuvieron tiempo para hacerlo, el *Code* fue redactado en cuatro meses. Sobre esto —señala GORDLEY— aunque no se sepa con exactitud cómo utilizaron ese tiempo, lo cierto es que alrededor de dos tercios de los textos del *Code* —sobre todo en contratos, propiedad y responsabilidad extracontractual— guardan una relación extremadamente cercana con los trabajos de Domat y Potier, y si hay algo claro —cabría agregar— es que ninguno de los dos autores puede ser considerado como liberal o individualista. Más adelante, en el mismo trabajo (*Ibid.*, pp. 469-478), GORDLEY se dedica a explorar específicamente si pueden advertirse efectos de la ideología liberal en las normas codificadas sobre contratos. Señala que el principal argumento para sostener esto se encuentra en el artículo 1134 del *Code*, concretamente su inciso primero: «*Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites*». Sin embargo —siempre con GORDLEY— esa frase está tomada de Domat, quien, por su parte, la tomó de una colección de Decretales del papa Bonifacio VIII quien; a su vez, la extrajo del *Corpus Juris Civilis*. Una vez más, el vínculo con la ideología liberal es cualquier cosa menos claro.

(5) Ver GHESTIN, *Traité*, pp. 29-30, señalando que si bien no es exacto afirmar que los principios de la economía liberal influenciaron a los redactores del *Code*, es más exacto considerar esa influencia en la obra de los comentaristas de dicho texto. GORDLEY (*The Philosophical Origins*, p. 223), algo más escéptico, considera que el único de los comentaristas más importantes del *Code* durante el siglo XIX que escribe como un liberal del siglo XIX es Laurent. En opinión de GORDLEY, los exégetas del *Code* no se encontraban preocupados por proble-

En el caso del Código civil español, una voz tan autorizada en estas materias como la de CASTRO Y BRAVO, ha señalado que el codificador español se inspiró en una ideología liberal(6). Afirma este autor que el Código civil español:

«[...] tiene el matiz de su época: un liberalismo individualista templado. El individualismo se manifiesta ampliamente en el derecho de obligaciones(7)».

Lo cierto es que «individualismo» es un término acuñado durante el siglo XIX que posee diversos significados(8). Para los efectos de este trabajo es posible considerar únicamente dos de ellos. El primero consiste en concebir al individualismo como un mecanismo de organización social y el segundo significado del término lo concibe como un valor(9).

En cuanto mecanismo de organización social, el individualismo se relaciona, desde temprano, con la libertad económica(10). Se trata de la idea según la cual el Estado debe despejar las restricciones a la libre iniciativa económica de las personas, toda vez que la libertad de producción y contratación de individuos racionales y autointeresados produce la mayor satisfacción de dichos individuos y el progreso social(11).

Concebido como un valor, el individualismo se relaciona con aquello que, desde Kant, suele denominarse autonomía de la voluntad(12) y que puede definirse como el poder de la voluntad para dictarse sus propias leyes(13). A partir de esta idea se derivan una serie de principios articulados

mas filosóficos, por esta razón no es fácil encontrar alusiones directas a ciertas ideologías. Una opinión que es compartida por JESTAZ, P. y JAMIN, CH. (*La doctrine*, Dalloz, París, 2004, pp. 88-89) quienes consideran que una de las características comunes de los exégetas franceses del siglo XIX fue su falta de espíritu especulativo.

(6) CASTRO Y BRAVO, «Notas», p. 1014.

(7) CASTRO Y BRAVO, *Derecho civil de España*, p. 207.

(8) LUKES, S., *El individualismo*, trad. J. L. Álvarez, Ediciones Península, Barcelona, 1975, p. 11. También la expresión «liberal» perteneciente al siglo XIX, se utiliza por primera vez en España alrededor de 1812. Ver VOEGELIN, E., «Liberalism and Its History», *Review of Politics*, vol. 36, 1974, p. 504. LUKES (*El individualismo*, pp. 101-190) dedica toda la segunda parte de esta obra a intentar precisar, a través de un análisis de sus ideas básicas, los distintos significados de esta expresión y distingue entre el individualismo político, económico, religioso, ético, epistemológico y metodológico, concluyendo que existen cuatro ideas centrales englobadas en el término: respecto a la dignidad humana, a la autonomía, a la intimidad y al autoperfeccionamiento y que estas

ideas constituyen, por su parte, elementos esenciales de las ideas de igualdad y libertad.

(9) ATYAH, *The Fall and Rise*, p. 256.

(10) LUKES, *El individualismo*, p. 111. Parece haber consenso en que el primer intento por justificar teóricamente en forma coherente el individualismo económico tuvo lugar a partir de la obra de Adam Smith y David Ricardo y a la labor de los fisiócratas franceses. Sobre esto puede consultarse BLAUG, M., *Teoría económica en retrospectiva*, trad. E. Suárez, Fondo de Cultura Económica, México D. F., 1985, pp. 51-99.

(11) LUKES, *El individualismo*, p. 112. Ver también ROSENFELD, M., «Contract and Justice: The Relation between Classical Contract Law and Social Contract Theory», *Iowa L. Rev.*, vol. 70, 1985, pp. 776-779.

(12) La idea de autonomía o autodirección, desde luego, precede a KANT y puede encontrarse en ARISTÓTELES Y SANTO TOMÁS, sin embargo en KANT parece encontrar su formulación más sistemática. Ver LUKES, *El individualismo*, pp. 69-73.

(13) Ver RANOUU, *L'autonomie de la volonté*, p. 10. Ver también LALAGUNA, E., «La libertad contractual», *RDP*, 1972, p. 883.

res del derecho de contratos: la libertad contractual, el consensualismo, la fuerza obligatoria del contrato y su eficacia relativa(14).

El individualismo —entendido como mecanismo de organización social y como valor— parece encontrarse en el centro de lo que Díez-Picazo denomina «concepción moderna del contrato(15)», para advertir esto, basta considerar los presupuestos ideológicos y sociológicos sobre los cuales el autor hace reposar esta concepción:

«El primero es el presupuesto económico de una economía liberal fundada en el lema del *laissez faire* y en la idea de que las leyes del mercado y el egoísmo individual actuando en el propio interés son, como dice Adam SMITH, los mejores motores de la felicidad y de la prosperidad de las naciones.

El segundo de los presupuestos ideológicos de la concepción moderna del contrato se encuentra en la idea de la sustancial igualdad de las partes contratantes. El contrato es el medio mejor de arreglo de los intereses privados porque es una obra común de dos contratantes, que se encuentran en igual situación y en un mismo plano económico. Es un arreglo entre las partes».

El tercero de los presupuestos ideológicos y socioeconómicos se encuentra en una época que rinde culto [...] a las ideas de la preponderancia de la libertad individual y que en definitiva es una época de predominio burgués sobre la economía(16)».

En un sentido similar, centrándose en la categoría de contrato que maneja el Código civil español, LACRUZ et al. consideran que los artículos 1091 y 1255 CC transmiten:

«[...] una visión del contrato fundada en, a) la igualdad de las partes, situadas ambas en un mismo rango, con iguales posibilidades de exigir y prestar; y b) la libertad plena de ambas, que concurren espontáneamente a pactar lo más acorde con sus intereses(17)».

Pues bien, ése es el modelo de contrato que consagra —originalmente al menos— el Código civil español, uno que se basa en la igualdad y en la libertad de las partes para contratar. Y, precisamente, porque las partes son libres e iguales, la autorregulación a través del contrato constituye la mejor garantía de que los intereses de los contratantes quedarán adecuadamente protegidos durante todo el *iter* contractual(18). En el marco de ese modelo resulta obvio que el legislador haya considerado que, durante la negociación del contrato, cada una de las partes deba procurarse su propia información y que, más allá de algunos supuestos

(14) GHESTIN, *Traité*, pp. 35-37.

(15) Díez-Picazo, *Fundamentos*, I, p. 137.

(16) *Loc. cit.*

(17) LACRUZ BERDEJO, et al., *Elementos de derecho civil*, t. II, *Derecho de obligaciones*, vol. I, *Parte general. Teoría general del contrato*, 4ª ed., revisada y puesta al día por F. Rivero

Hernández, Dykinson, Madrid, 2007, p. 330.

(18) Ver MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDIZ, «Trascendencia del principio», p. 34. Algo similar puede decirse del BGB, ver ZIMMERMANN, *El Nuevo derecho alemán*, p. 186.

excepcionales de deberes precontractuales de información, los códigos decimonónicos no contengan reglas generales al respecto(19).

B. LA DESIGUALDAD

La concepción del contrato que se acaba de esbozar se sostiene, como se ha visto, sobre varias premisas normativas. Una de ellas, la que más interesa aquí, es la igualdad entre los contratantes.

La «igualdad» es un concepto plagado de significados(20) y controversias(21) por este motivo, es útil comenzar aquí precisando el sentido en que será utilizado las siguientes páginas.

Para estos efectos, la igualdad de las partes contratantes simplemente implica que el legislador considera que quienes negocian un contrato son capaces de tutelar adecuadamente sus propios intereses durante la negociación y ejecución del contrato. No se trata, desde luego, de una igualdad fáctica –evidentemente, no todas las personas que negocian contratos son capaces de proteger adecuadamente sus propios intereses– sino de una igualdad normativa. La decisión del legislador es tratar a todas las personas, salvo casos extremos(22), como si así fuera, dejando que los contratos produzcan sus efectos normales.

Quizás el ejemplo más evidente de lo que se acaba de afirmar sea el tratamiento que recibe la lesión enorme en el Código civil. El artículo 1293 CC consagra la rescisión por lesión en términos extremadamente restrictivos, quebrando de esta manera una forma de comprender esta figura jurídica que, en el derecho español histórico, es posible remontar hasta el

(19) GÓMEZ CALLE, *Los deberes precontractuales*, p. 12. Ver también MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDÍAZ («Trascendencia del principio», p. 79), advirtiendo que, según la teoría tradicional, es tarea de cada negociante conseguir la información precisa. En un sentido similar VIGNERON-MAGGIO-APRIÈ, S. (*L'information des consommateurs en droit européen et en droit suisse de la consommation*, Bruylant Schulthess, Ginebra, 2006, p. 141) ha señalado:

«Le droit civil traditionnel met les parties au contrat sur un pied d'égalité. Ce modèle est animé par le principe du *causal empiric*, selon lequel chaque partenaire contractuelle est responsable de la recherche des informations dont il a besoin».

(20) En este sentido PÉREZ LUÑO, E. (*Dimensiones de la igualdad*, Dykinson, Madrid, 2005, p. 16) se ha referido a la «equivocidad significativa» del término.

(21) En verdad, el problema es que la discusión acerca de la igualdad es inherente a cualquier teoría de la justicia y se encuentra, con mayor o menor intensidad

prácticamente en cualquier controversia sobre filosofía política y en un número significativo de cuestiones de filosofía moral. Por ello, la cantidad de temas que roza (desde igualdad de oportunidades a igualdad entre hombres y animales) y la cantidad de preguntas que suscita (por ejemplo: ¿igualdad de qué? ¿igualdad entre quiénes? ¿en qué momento? ¿cómo se mide?) es inabarcable y lo mismo sucede con la bibliografía. Con todo, un atractivo intento por mostrar «el estado de la cuestión» actualmente puede encontrarse en HOLTIG, N. y LIPPERT-RASMUSSEN (eds.) *Egalitarianism. New Essays on the Nature and Value of Equality*, Clarendon Press, Oxford, 2007, *passim*.

(22) Así, por ejemplo, los incapaces. Sin embargo, como ha apuntado GORDILLO CAÑAS, A. (*Capacidad, incapacidades y estabilidad de los contratos*, Tecnos, Madrid, 1986, pp. 46-47) las causas de incapacidad aceptadas por el Código civil son más bien restrictivas, limitándose a aquellas anomalías que determinan una real incapacidad de autogobierno por parte del sujeto.

Fuero Juzgo(23). Resulta útil, a estos efectos, considerar algunos de los argumentos empleados tempranamente por los autores para justificar esta decisión. Comenzando por GARCÍA GOYENA quien, al justificar el artículo 1164 del Proyecto de 1851 (antecedente del 1293 CC), señala:

«¿Quién puede y debe conocer el valor y rendimientos de su cosa mejor que el vendedor? ¿Ni qué juez más competente para apreciar lo crítico ó indiferente de su posición particular? Si vende, es porque así le conviene, ó porque no encuentra quien le dé más: y en tal caso resulta que ha vendido por lo que entonces valía la cosa, pues que la escasez de compradores ó la afluencia de vendedores puede rebajar indefinidamente el precio(24)».

En un sentido similar, algunas décadas más tarde, ROMERO Y GIRÓN y GARCÍA MORENO apoyaban la reforma que supuso el artículo 1.293 CC al tratamiento que, hasta entonces, había recibido la lesión en el derecho histórico español:

«Esta reforma se imponía y es digna de aplauso. El hombre, antes de contraer una obligación ha de meditar acerca de su conveniencia; y, si por imprevisión, descuido u otra causa sufre algún perjuicio, no debe esperar que la ley le proteja cuidando de sus intereses con más celo del que él los cuida, sobre todo cuando esa protección redundará en perjuicio de tercero(25)».

En lo que resulta de interés aquí, ambos párrafos transcritos se encuentran permeados por una de las ideas centrales del credo individualista, aquella según la cual cada persona es el mejor juez de su propio bienestar y, por lo mismo, la más adecuada para velar por sus propios intereses en la negociación de un contrato. De ahí que no sea –por regla general– función del legislador o de los jueces inmiscuirse en las negociaciones ni en sus resultados(26).

Señala CASTRO Y BRAVO que las ideas liberales –específicamente aquella de excluir las limitaciones a la autonomía de la voluntad– son puestas en duda, ya entrado el siglo XX, a través de un creciente intervencionismo del Estado destinado a proteger a ciertas clases sociales, que se manifiesta, por ejemplo, en el contrato de arrendamiento, de trabajo,

(23) Así lo advierte GARCÍA GOYENA (*Concordancias*, pp. 619-620), dejando ver, sin embargo, que el primer código español verdadero, el Fuero Juzgo, la desechó. Más adelante el Fuero Real la acogió (ley 5, título 10), y lo mismo sucedió con las Partidas (P. 5, 5, 56). Sobre esto puede consultarse, más detalladamente, MARTÍN PÉREZ, *La rescisión*, pp. 129-134.

(24) GARCÍA GOYENA, *Concordancias*, p. 621.

(25) ROMERO Y GIRÓN, V. y GARCÍA MORENO, A., *Texto y comentarios al Código civil*, Madrid, 1889, pp. 500-502.

(26) Desde luego esto admite excepciones. Además de las más evidentes –la ley,

el orden público, las buenas costumbres– el Código civil contiene otras menos comprensibles en el marco de un paradigma individualista. Así, nada más por citar algunas, el artículo 1103 CC permite al juez moderar la responsabilidad que proceda de negligencia en el cumplimiento de toda clase de obligaciones; el artículo 1154 CC permite al juez moderar la cláusula penal cuando la prestación se ha cumplido parcial o irregularmente; el artículo 1801 CC permite al juez reducir la obligación de quien pierde en juegos o apuestas a aquella cantidad que no excediere de los usos de un buen padre de familia.

de seguros o de transporte(27). Añade, a continuación, que este cambio llevará a los autores a pensar en una nueva concepción del orden público, concretamente «de la protección de los intereses del contratante que no se encuentra en una situación de igualdad, para defender sus propios intereses (v. gr., arrendatarios, trabajadores, asegurados, etc.)(28)».

Precisamente, la falta de atención a las desigualdades entre las partes contratantes ha sido una de las críticas más persistentes y eficaces contra la teoría de la autonomía de la voluntad(29). Aceptando que esta crítica sea correcta, conviene, sin embargo, precisar de qué desigualdades se está hablando. La necesidad de precisión se justifica porque, como ha sugerido Díez-Picazo, frente a la crítica de la desigualdad, la idea de igualdad sobre la que parece reposar dicha crítica es «mítica», no existe dicha igualdad ni va a existir(30). Sobre lo mismo, GHESTIN ha indicado que, en el *Ancien Régime*, la sociedad estaba plagada de desigualdades entre quienes contrataban(31). Siendo esto último correcto, lo que parece es que, en ciertas relaciones contractuales, las diferencias entre las partes, con el paso del tiempo, se han radicalizado y, comparadas con las antiguas desigualdades, presentan algunos aspectos novedosos. Aspectos frente a los cuales se ha considerado que la protección dispensada a los

(27) CASTRO Y BRAVO, «Notas», p. 1052. En realidad la idea de protección a la parte más débil en el contrato es extremadamente antigua. ZIMMERMANN (*El nuevo derecho alemán*, p. 186) señala que la tradición protectora de las partes débiles en el contrato puede retrotraerse al derecho romano y su regulación de los intereses máximos en préstamos y la lesión enorme. Lo que sucede es que a partir de las revoluciones industriales y a la luz de los códigos decimonónicos y su idea de igualdad de las partes, el problema se torna estructural.

(28) *Loc. cit.*

(29) Ver, por ejemplo, LACRUZ, et al., *Elementos II-1*, p. 331, refiriéndose al fallo de los presupuestos de la autonomía contractual y, señalando respecto de la igualdad:

«ha influido decisivamente sobre el respectivo bargaining power de las partes contratantes la radical transformación verificada en las estructuras económicas y sociales en los últimos decenios: la generalización de la producción industrial en masa; el enorme desarrollo de las relaciones comerciales de cambio; el nacimiento de la empresa multinacional. El que posee el capital, el que posee las fuerzas naturales y la guía, no está en situación de igualdad para contratar con el obrero al que emplea indi-

vidualmente, ni, por lo demás, con el consumidor al que vende sus productos» (*Ibid.*, p. 332).

Ver también MARTÍNEZ DE AGUIRRE, «Trascendencia del principio», pp. 36-39.

En el mismo sentido, aunque esta vez en el ámbito belga, BOURIER, CH. (*La faiblesse d'une partie au contrat*, Bruylant Academie, Lovaina, 2003, p. 247) señalando que el principal reproche que le formulan la totalidad de los autores a la teoría de la autonomía de la voluntad es el hecho de no prestar atención a las desigualdades entre las partes en aras de una supuesta igualdad de derecho.

(30) Díez-Picazo, L., «Contrato de consumo y derecho de contratos», *ADC*, 59-1, 2006, p. 15. En el mismo sentido, ALFARO ÁGUILA-REAL, J., «Protección de los consumidores y derecho de los contratos», Nota crítica a Martínez de Aguirre, «Trascendencia del principio», *ADC*, 47-2, 1994, p. 307. Ver también RECALDE CASTELL, A., «El derecho de consumo como derecho privado especial», en TOMILLO URBINA, J. y ALVAREZ RUBIO, J. (dirs.), *El futuro de la protección jurídica de los consumidores*, Thomson-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2008, pp. 550-553.

(31) GHESTIN, *Traité*, p. 45.

contratantes por las normas del Código civil resulta ser insuficiente(32). Aquí no interesan todas las posibles desigualdades que existan entre las partes y que hayan llamado la atención del legislador o de la doctrina, sino, únicamente, aquellas desigualdades que se explican por la presencia de asimetrías informativas.

C. ASIMETRÍAS INFORMATIVAS

He sugerido que existen ciertas relaciones que se caracterizan por una cierta desigualdad entre las partes. Lo que deseo agregar ahora es que esas desigualdades, generalmente –y en lo que interesa a este trabajo– se explican como un problema de asimetrías informativas, es decir, por las ventajas que, en términos de información, posee una de las partes sobre la otra.

El ejemplo más evidente de esta situación son las relaciones de consumo(33). En este ámbito es, actualmente, un lugar común la idea de que la vulnerabilidad del consumidor frente al empresario puede explicarse en términos de asimetrías informativas(34).

(32) Ver, por ejemplo, MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAB, «Trascendencia del principio», p. 80, advirtiendo que mecanismos como los vicios del consentimiento o las acciones edilicias son insuficientes para proteger a los consumidores. En el mismo sentido CALAIS-AULOY, J., «L'influence du droit de la consommation sur le droit civil des contrats», *RTDC*, 1994, 2, p. 240, indicando que las innovaciones que introdujo el *Code de la consommation* en el derecho francés eran necesarias debido a la inadaptación de las reglas del Código civil a los problemas de las relaciones de consumo.

(33) Así, por ejemplo, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A. («La protección de los consumidores, la Constitución española y el derecho mercantil», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A. y R., *Estudios jurídicos sobre la protección de los consumidores*, Tecnos, Madrid, 1987, p. 22) con toda elocuencia afirma:

«La necesidad de que el consumidor sea protegido es consecuencia del reconocimiento de que existe una gran masa –la inmensa mayoría de personas– de personas que al realizar las operaciones normales de la vida cotidiana, referidas principalmente a la adquisición de bienes y servicios, no están en condiciones de conseguir a solas unas calidades y unos precios adecuados. El prototipo del consumidor necesitado es la persona que individualmente no está en condiciones de hacer sus justas exigencias sobre los productos o servicios que ad-

quiere y que carece de los medios necesarios para enfrentarse con las empresas con las que contrata».

(34) Ver, por ejemplo, MARTÍNEZ DE AGUIRRE, «Trascendencia del principio», p. 80; PÉREZ GARCÍA, P. A., *La información en la contratación privada. En torno al deber de informar en la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios*, Instituto Nacional de Consumo, Madrid, 1990, pp. 69-73; ORTÍ VALLEJO, A., «Comentario artículo 13», en BERCOVITZ, RODRÍGUEZ-CANO, R. y Salas Hernández, J., *Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, Civitas, Madrid, 1992, p. 404; CALLEJO RODRÍGUEZ, C., «El deber precontractual de información: del esquema tradicional del Código civil al régimen del derecho de consumo», *Revista Jurídica del Notariado*, nº 47, 2003, p. 11; MORENO-LUQUE CASARIEGO, C., «Protección previa a la contratación de bienes y servicios», en LEÓN ARCE, A. (dir.) *Derechos de los consumidores y usuarios*, 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, p. 196; MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C., et al., *Curso de derecho civil*, vol. II, *Derecho de obligaciones*, 2ª ed., Colex, Madrid, 2008, p. 408; HADFIELD, G., HOWSE, R. y TREBILCOCK, M., «Information-Based Principles for Rethinking Consumer Protection Policy», *Journal of Consumer Policy*, vol. 28, 1998, p. 140; HOWELLS, G., «The Potential and Limits of Consumer Empowerment by Information», *Journal of Law and Society*, vol. 32, 2005, pp. 352-356; VIGNERON-MAGGIO-APRILE, *L'information*, pp. 30-33.

A propósito de las asimetrías informativas, me interesa mostrar algo sobre lo cual, en mi opinión, la doctrina española no ha prestado suficiente atención, y es qué, en las relaciones contractuales que interesan en este capítulo, las equivocaciones de una de las partes no sólo se explican por falta de información, sino también por problemas de racionalidad imperfecta (*imperfect rationality*) (35).

Conviene mostrar la diferencia entre falta de información y racionalidad imperfecta a través de algunos ejemplos.

1. Falta de información

Las hipótesis de falta de información son las más sencillas. Una de las partes, simplemente, omite proporcionarle información a la otra. La peculiaridad es, nada más, que se asume que la parte que no comunicó la información se encontraba en mejores condiciones de acceder a ella y, por lo tanto, se le impone el deber de suministrarla a la otra parte, cuyo acceso a la información se considera más dificultoso.

Esta hipótesis puede ser ilustrada a través de una SAP de Tarragona de 13 de marzo de 2006 (36). Se trata de la compraventa a través de una agencia de viajes de unos billetes de avión de ida y vuelta con destino a Chile. La adquirente se vio privada de hacer uso de los pasajes de regreso, toda vez que el vuelo de regreso de Santiago de Chile a Barcelona hacía una escala en Atlanta y en Nueva York, por lo cual dicho vuelo precisaba de visa para transitar por Estados Unidos. Cuando adquirió el billete, la agencia de viajes no le informó a la compradora de que al ser ciudadana chilena requería de visado. En lo que importa aquí la SAP dispone en su fundamento de derecho tercero:

«La LDCU de 19 julio 1984 consagra como uno de los derechos básicos de los consumidores el de una información correcta sobre los diferentes productos y servicios para facilitar el conocimiento sobre su adecuado uso o disfrute, derecho introducido en el art. 2.1 de la Ley y desarrollado en el Capítulo IV art. 13 a 17. En el primero de los artículos mencionados anteriormente se establece, en la parte que entendemos trascendente para el supuesto de autos, que los servicios puestos a disposición de los consumidores y usuarios deben incorporar una información veraz, eficaz y suficiente

(35) Tomo esta idea de BAR-GILL, O., «Informing Consumers About Themselves», *New York University Law and Economics Working Papers*, 2007, p. 5, disponible en <http://lsr.nellco.org/cgi/viewcontent.cgi?article=1115&context=nyu/lewp> [visitado 10/07/2008].

Para comprender esta idea es necesario advertir que ha sido desarrollada como una crítica a la asunción de racionalidad de los sujetos que, generalmente, emplea el pensamiento económico (ver, por ejemplo, POSNER, R., «Rational Choice, Behavioral Economics, and the Law», *Stan. L. Rev.*, vol.

50, 1998, pp. 1551-1575) según la cual (1) las personas poseen objetivos bien definidos y sus decisiones se encuentran orientadas hacia la maximización de dichos objetivos; (2) esas preferencias reflejan los costos y ventajas de las opciones disponibles para el sujeto, y (3) en situaciones de incertidumbre las personas son capaces de utilizar la información disponible para evaluar sus probabilidades y son capaces de integrar nueva información disponible y reevaluar sus probabilidades.

(36) AC 2006, 1162.

sobre sus características esenciales y, al menos, sobre las instrucciones o indicaciones para su correcto uso o consumo, lo que implica una información suficiente relativa a las características del servicio que adquiere, información que está obligado a proporcionarle el agente que interviene en la producción y distribución del servicio y se orienta a que el consumidor logre un uso satisfactorio del mismo que le permita cubrir las expectativas para las que lo adquirió o, en otro sentido, la información ha de extenderse a cubrir todas las características que son propias del servicio que adquiere, lo que constituye, en esencia, una obligación de información no exclusiva del derecho de consumo sino común al ámbito del derecho contractual general y que viene exigida por el principio de buena fe, información que, en definitiva, trata de lograr una satisfactoria ejecución contractual, y que el art. 13.1 LDCU regula en una forma genérica».

Pues bien, en este caso el problema se suscita toda vez que no se informó a la demandante acerca de la necesidad de visado para realizar un viaje, lo cual, en los hechos, determinó que no pudiera usar su billete aéreo de vuelta. El problema, como puede apreciarse, es que la información no se proporcionó.

2. Racionalidad imperfecta

La causa más compleja que explica la presencia de asimetrías informativas es la racionalidad imperfecta. A diferencia de la falta de información, aquí la información se suministra, pero el consumidor no es capaz de hacer buen uso de ella. Probablemente, uno de los ejemplos más elocuentes para ilustrar esto en materia de contratos sea el contrato por adhesión (37).

El contrato por adhesión es un fenómeno antiguo (38), sin embargo, la atención de la doctrina se fija en él únicamente a partir de comienzos del siglo XX (39). El apogeo de esta figura es una consecuencia de las transformaciones que comienza a experimentar la producción y la distribución de bienes y servicios y las relaciones sociales anejas a éstas a partir de las revoluciones industriales de los siglos XVIII y XIX, de ahí que suela afirmarse que la producción en masa tiene como consecuencia lógica la contratación en masa (40).

(37) No cualquier contrato por adhesión, sino aquellos que plasman la contratación con condiciones generales, cuyas características pueden consultarse en DIEZ-PICAZO, *Fundamentos*, I, pp. 445-446.

(38) Ver BURKE, J., «Reinventing Contracts», *Murdoch University Electronic Journal of Law*, vol. 10, 2003, p. 20 (Disponible en <http://www.murdoch.edu.au/elaw/issues/v10n2/burke102.html>. Visitado 20/12/2007), señalando que, al menos desde el siglo XVI es posible encontrar en algunos países europeos condiciones generales para contratos de seguro marítimo. ZIMMERMANN (*El nuevo derecho alemán*, p. 186), por su parte, señala que el uso de condiciones

generales de la contratación («*standard form contracts*») puede retrotraerse, al menos, a la compraventa, el arrendamiento, y las prácticas bancarias en Roma.

(39) Se adjudica a SALENLLES haber acuñado la expresión *contrats d'adhésion* en un artículo publicado en 1901 (*De la déclaration de volonté: Contribution à l'étude de l'acte juridique dans le Code civil allemand*). Ver CHESTIN, J. y MARCHESSEUX-VAN MELLE, I., «Contrats d'adhésion et clauses abusives», en FONTAINE, M. (dir.), *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels*, LGDJ, Paris, 1996, p. 1.

(40) Ver, por ejemplo, KESSLER, F., «Contracts of Adhesion - Some Thoughts

Los autores españoles no parecen dudar acerca de la desigualdad que existe entre las partes contratantes en un contrato por adhesión, y suelen considerar esa desigualdad en términos de inferioridad de unas de las partes: el adherente(41). A ello añaden que esa desigualdad determina —no en forma necesaria, pero sí general— la ausencia de una efectiva posibilidad de autodeterminación por parte del adherente(42).

Con todo ¿por qué se produce esa desigualdad? Una respuesta evidente es que dicha desigualdad se explica porque una de las partes predispone todo el contenido del negocio y la otra se limita a aceptarlo o rechazarlo(43). Sin embargo, no parece ser una respuesta satisfactoria. Del hecho de que una parte predisponga el contenido normativo del acuerdo no se sigue necesariamente riesgos para el adherente. El riesgo de la incorporación de cláusulas abusivas tiene más bien que ver con la vulnerabilidad —entendida como incapacidad de protegerse a sí misma— que, generalmente, aqueja al adherente, particularmente si se trata de relaciones de consumo(44).

¿Qué explica, entonces, la presencia de cláusulas abusivas en un contrato por adhesión? Una posible respuesta es la posición del predisponente en el mercado, monopólica u oligopólica. Sin embargo, pese a alguna opinión especialmente autorizada en este sentido, no puede aceptarse que la posición de quien ofrece este tipo de negocios sea lo que explique la desprotección del adherente(45). SCHÄFER y OTT han señalado respecto del uso de cláusulas abusivas que:

About Freedom of Contract», *Colum. L. Rev.*, vol. 43, 1943, pp. 630-631; y BALLESTEROS GARRIDO, J. A., *Las condiciones generales de los contratos y el principio de autonomía de la voluntad*, Bosch, Barcelona-Madrid, 1999, p. 25.

(41) La doctrina española ha dedicado un ingente número de estudios a tratar el contrato por adhesión y otras figuras relacionadas. Así, por ejemplo, GARCÍA AMIGO, M., *Condiciones generales de los contratos (civiles y mercantiles)*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1969; CASTRO Y BRAVO, F., *Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes*, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1979; POLO, E., *Protección del contratante débil y condiciones generales de los contratos*, Civitas, Madrid, 1990; ALFARO AGUILA REAL, J., *Las condiciones generales de la contratación. Estudio de las disposiciones generales*, Civitas, Madrid, 1991; AA VV, *Las condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas*, Civitas, Madrid, 1996; PAGADOR LÓPEZ, J., *Condiciones generales y cláusulas contractuales predispuestas. La Ley de condiciones generales de la contratación de 1998*, Marcial Pons, Madrid, 1999; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord.) *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, Aranzadi Editorial, Elcano (Navarra), 2000; ESPINAU ESPINAU, S. (dir.), *Las*

condiciones generales de la contratación y la Ley 7/1998, de 13 de abril, Marcial Pons, Madrid, 1999; BALLESTEROS GARRIDO, *Las condiciones generales*; NIETO CAROL, U. (dir.), *Condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas*, Lex Nova, Madrid, 2000; Díez-PICAZO, L. (dir.), *Comentarios a la Ley sobre condiciones generales de la contratación*, Civitas, Madrid, 2002; LLIBRE GRIMALT, F., *El contrato celebrado bajo condiciones generales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002; BALLUGERA GÓMEZ, C., *El contrato no-contrato enigma desvelado de las condiciones generales de la contratación*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2006.

(42) Ver, por ejemplo, PAGADOR LÓPEZ, J., *Condiciones generales*, p. 102.

(43) Así, GHESTIN y MARCHESIAUX-VAN MELLE («Contrats d'adhésion», p. 8) han señalado que es la redacción unilateral de las cláusulas en un contrato por adhesión lo que permite el abuso del predisponente.

(44) Considerando, en general, la posición de los consumidores en las relaciones de consumo, MARTÍNEZ DE ACUIRRE y ALDÍAZ («Trascendencia del principio», p. 44) se ha referido a una «situación de inferioridad típica o estructural».

(45) CASTRO Y BRAVO, *Las condiciones generales*, pp. 169-170.

«Frecuentemente no se trata de grandes empresas monopolistas que trabajan con un gigantesco aparato publicitario, sino de pequeñas compañías en mercados atomizados en los cuales según la opinión de la teoría económica ortodoxa tendría que dominar la competencia(46)».

Una tercera explicación de la existencia de cláusulas abusivas es la presencia de asimetrías informativas entre predisponente y adherente. En este sentido, PAGADOR LÓPEZ ha expuesto una serie de causas que, en su opinión, socavan una posibilidad plena y efectiva de autodeterminación cuando se trata de los contratos concluidos con condiciones generales(47). Señala el autor que existe una inferioridad social o intelectual y económica del adherente(48). Al comentar la inferioridad social o intelectual, el autor citado presta atención a las expresiones que ha utilizado la doctrina alemana para referirse a dicha inferioridad (así, por ejemplo, *intellektuelle und psychologische Unterlegenheit, intellektuelle Überlegenheit, intellektuelle Überforderung*) y señala:

«Con estas y análogas expresiones se trata de describir la situación de inferioridad o indefensión en que, de ordinario, se encuentra la parte que se adhiere a un *clausulado de condiciones generales* —la cual, por razón de su insuficiente o inexistente formación y de su escasa o nula experiencia en el tráfico comercial, no es capaz (ni le es razonablemente exigible que lo sea) de comprender y valorar el contenido y alcance de las condiciones generales a las que se adhiere(49)».

Como se desprende del párrafo citado, una razón que explica la indefensión del adherente es la falta de información. No es, sin embargo, la única, junto a ella, otra razón es lo que podría denominarse la racionalidad imperfecta del adherente, es decir, que los adherentes no son capaces de ponderar adecuadamente la información que reciben(50). El problema no

(46) SCHÄFER H-B. y OTT, C., *Manual de análisis económico del derecho civil*, trad. M. von Carsteeen-Lichterfelde, Tecnos, Madrid, 1991, p. 312.

(47) PAGADOR LÓPEZ, J., *Condiciones generales*, pp. 104-121.

(48) *Ibid.*, pp. 104-105.

(49) *Ibid.*, p. 105.

(50) La idea de incapacidad del consumidor frente a contratos por adhesión posee una abultada bibliografía. Sobre ella puede consultarse DE LA MAZA GAZMURI, I., «Contratos por adhesión y cláusulas abusivas: ¿Por qué el Estado y no solamente el mercado?», *Revista Chilena de Derecho Privado*, n.º 1, 2003, pp. 109-147. En este trabajo (*Ibid.*, p. 128 nota 67) he intentado, siguiendo a HILLMAN, R. y RACHLINSKI, J. («Standard-Form Contracting in the Electronic Age», *N.Y.U. L. Rev.*, vol. 77, 2002, pp. 429-456), una exposición sucinta de los factores que explican la incapacidad del consumidor sobre la que resulta útil volver aquí.

Los consumidores se enfrentan a cuatro tipos de problemas en este ámbito. El primer problema tiene que ver con lo que se denomina *racionalidad limitada*

(*bounded rationality*). En forma sumaria, la racionalidad limitada significa que los seres humanos disponen únicamente de capacidades computacionales limitadas y una memoria seriamente defectuosa. Un ejemplo de lo anterior, sugerido por Tversky y Kahneman, es que la gente tiende a concluir que los accidentes de automóviles son mucho más frecuentes de lo que en realidad son si es que han presenciado uno recientemente (citado en JOLLS, C., SUNSTEIN, C. y THALLER, R., «A Behavioral Approach to Law and Economics», en SUNSTEIN, C. (ed.), *Behavioral Law & Economics*, Cambridge University Press, Nueva York, 2000, pp. 14-15). Un análisis más detallado de las limitaciones a la racionalidad del modelo económico neoclásico en el caso de los consumidores puede encontrarse en HANSON, J. y KISSAR, D., «Taking Behavioralism Seriously: Some evidence of Market Manipulation», *Harv. L. Rev.*, vol. 112, *passim*). Según dicho análisis, los consumidores rara vez acumulan toda la información necesaria. Esto incidiría, por ejemplo, en que no se detengan sobre la distribución de los riesgos remotos en un contrato por adhesión.

es únicamente la falta de información, sino la efectiva posibilidad de que el adherente pueda utilizar dicha información para tutelar adecuadamente sus intereses. En ocasiones, la racionalidad imperfecta del adherente —especialmente en las relaciones de consumo— impide un adecuado uso de la información. De aquí se siguen dos consecuencias que es conveniente apuntar desde ya. La primera de ellas es que, en relaciones en las que el problema suele ser la presencia de asimetrías informativas, la cuestión del suministro de la información se encuentra indisolublemente ligada a cómo se transmita la información. La segunda consecuencia que conviene enfatizar es que, a veces, el suministro de información no es suficiente, es necesario ir más allá, imponiendo prohibiciones (por ejemplo, privando de validez *ex ante* ciertas cláusulas por abusivas) o bien, permitiendo a la parte más débil desvincularse del contrato celebrado dentro de un cierto plazo (*v gr.*, el derecho de desistimiento).

3. Algunos supuestos de déficit informativo

Me interesa ahora mostrar, aunque sumariamente, algunos supuestos que contribuyen a explicar la presencia de déficits informativos de una de las partes, ya sea porque carecen de información o porque no son capaces de utilizar la información de la que disponen.

El primer supuesto, al que ya se ha hecho alusión, es el contrato por adhesión celebrado con condiciones generales. En este caso, lo que explica la presencia de un déficit informativo por parte del adherente

El segundo problema es que las personas suelen tener dificultades para tomar aquellas decisiones que involucran la consideración de un número amplio de factores. Esto significa que, enfrentado a un contrato que involucra una pluralidad de factores, el consumidor tenderá a concentrarse únicamente en algunos de ellos, probablemente los más evidentes como el precio o el número de cuotas en que puede ser pagado dicho precio, dejando los demás de lado.

El tercer problema es que, basados en estudios empíricos, algunos psicólogos sostienen que las personas suelen hacer inferencias consistentes con aquello que desean creer, interpretando información ambigua de manera que se acomode a sus creencias y deseos. Este fenómeno, una especie de disonancia cognitiva, puede implicar que los consumidores no consideren cierta información —respecto, por ejemplo a la distribución de riesgos realizada a través del contrato— pues ésta tiende a desacreditar la decisión original del consumidor de comprar el producto.

Finalmente, el cuarto problema es que existe alguna evidencia respecto a que los

sujetos tienden a subestimar los riesgos que ellos mismos toman. En el problema que ocupa estas líneas, esto significa que los sujetos tienden a sobrestimar su capacidad de evaluar los riesgos incluidos en este tipo de acuerdos. En este sentido —y respecto a la responsabilidad por productos defectuosos— CALABRESI, G. (*El costo de los accidentes*, Editorial Ariel, Barcelona, 1984, p. 71) ha expuesto este argumento en la siguiente forma:

«Aun cuando los individuos contaran con los datos necesarios para evaluar el riesgo [de un producto], serían incapaces, psicológicamente, de hacerlo. Se afirma que la gente no suele apreciar, racionalmente, la probabilidad de morir o la de sufrir un accidente grave. Estas cosas les ocurren a los demás —pensamos—; y no hay forma de que nos persuadan de que también pueden sucedernos a nosotros por muchas estadísticas que nos muestren».

Sobre todo esto puede consultarse, además, para el caso específico de contratos por adhesión, KORONKIN, R., «Bounded Rationality, Standard Form Contracts, and Unconscionability», *U. Chi. L. Rev.*, vol. 70, 2003, pp. 1203-1295.

suele ser la complejidad del contenido normativo del contrato. El problema suele ser que un consumidor promedio simplemente no es capaz de comprender lo que está firmando(51).

El segundo supuesto corresponde a la complejidad de la prestación objeto del contrato. Así sucede, por ejemplo, en los derechos de aprovechamiento por turno, en los que la complejidad del derecho que se transfiere al adquirente puede impedirle hacerse una idea exacta acerca de sus derechos y obligaciones(52).

Un tercer supuesto de déficit informativo tiene lugar en aquellos contratos en los que la forma de perfeccionamiento posee ciertas peculiaridades que dificultan una adecuada comprensión de una de las partes sobre el exacto significado de sus acciones. Así sucede, por ejemplo, con los contratos celebrados a distancia, particularmente, en aquellos celebrados a través de medios electrónicos(53).

Un cuarto y último supuesto —que también tiene lugar en contratos celebrados a distancia— se presenta cuando el consumidor no tiene la posibilidad de acceder al producto o averiguar la naturaleza del servicio antes de contratarlo(54). Lo mismo sucede en los contratos de viaje combinado(55).

II. Técnicas de protección

Como corolario de la idea según la cual la desigualdad entre consumidores y empresarios se explica por un problema de asimetrías informativas se afirma que, tratándose de relaciones de consumo, la regla característica del derecho privado, según la cual cada contratante debe conseguir la información necesaria para proteger su posición, se invierte:

«[...] imponiendo a los profesionales un genérico deber de información respecto al consumidor, que suple el déficit informativo [...], y garantiza así que se trata de un consentimiento suficientemente ilustrado, apto para fundamentar una decisión razonable(56)».

(51) Ver DE LA MAZA GAZMURI, «Contratos por adhesión», pp. 109-147.

(52) Ver ZIMMERMANN, *El nuevo derecho alemán*, p. 246.

(53) Ver CLEMENTE MEORO, M., «La prestación del consentimiento en los contratos de consumo por vía electrónica y la obligación de información previa y posterior», en COTINA HUESO, L. (coord.), *Consumidores y usuarios ante las nuevas tecnologías*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, p. 85.

(54) Ver ARROYO APARICIO, A., *Los contratos a distancia en la Ley de Ordenación del Comercio Minorista*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2002, p. 239.

(55) Ver ZIMMERMANN, *El nuevo derecho alemán*, p. 246.

(56) MARTÍNEZ DE AGUIRRE, «Trascendencia del principio», p. 80. En el mismo sentido, GÓMEZ SEGADE, J. A. («Notas sobre el derecho de información del consumidor», *RJC*, nº 3, 1980, p. 141) señala que: «Las normas del derecho mercantil tenderán que iluminar esta zona de penumbra en que se hallaban marginados los intereses de los consumidores, sustituyendo el viejo principio de *caveat emptor*, por el más progresivo del *caveat venditor*». Por su parte, para el derecho italiano, GALIÀ (*Appunti di diritto civile*, Cedam, Padua,

Como ya se ha mencionado, la técnica de protección que se ha empleado en forma predominante consiste en la imposición de deberes precontractuales de información. En las próximas páginas me interesa detenerme sobre esta técnica. Comienzo caracterizándola. A continuación muestro las ventajas que suelen mencionarse para justificar la imposición de deberes precontractuales de información y doy una mirada a las limitaciones –tanto fácticas como normativas– que presenta esta técnica.

A. DEBERES PRECONTRACTUALES DE INFORMACIÓN COMO TÉCNICA DE PROTECCIÓN DE LA PARTE MÁS DÉBIL

Los deberes precontractuales de informar constituyen una manifestación del suministro de información como técnica para proteger a la parte más débil en una relación contractual caracterizada por la presencia de asimetrías informativas. Ahora me interesa presentar esta manifestación individualizándola de otras formas que asume el suministro de información. Para esta tarea resulta útil comenzar presentando el suministro de información como técnica de protección en el entorno comunitario y, luego, en el derecho español.

1. El entorno comunitario

En su examen de los deberes precontractuales de información en el derecho europeo, WILHELMSSON y TWIGG-FLESNER señalan que no es posible derivar del acervo comunitario (*acquis communautaire*) una regla general que imponga deberes precontractuales de información y, añaden, que no existe, en el mismo entorno, un principio según el cual se requiera a un contratante una revelación completa (*full-disclosure*) de toda la información que el otro contratante pueda necesitar para decidir si celebra o no el negocio(57). Sin embargo, continuando con la opinión de estos dos autores, existen ciertas áreas donde el acervo comunitario provee este tipo de deberes precontractuales, y la principal de ellas (*the core area*) es la del consumo(58).

A nivel comunitario, la política de protección de los consumidores ingresa formalmente en escena con el Tratado de la Unión Europea o de Maastricht de 1992, que introduce por primera vez en el Tratado de

2008, p. 483) señala que en las relaciones de consumo la imposición de deberes precontractuales de información representa el principal y fundamental instrumento de protección que permite superar las asimetrías informativas.

(57) Ver WILHELMSSON, T. y TWIGG-FLESNER, CH., «Pre-contractual information duties in the *acquis communautaire*», *European Review of Contract Law*, nº 4, vol. 2, 2006, p. 456.

(58) *Loc. cit.* Ahora bien, el hecho de que en materia de protección al consumidor exista un entramado más denso de reglas, no significa que en esa área exista una completa armonización del derecho europeo, entre otras cosas porque, como se ha señalado, la noción de consumidor posee una «geometría variable» a lo largo de los distintos países. Ver VIGNERON-MAGGIO-APRILE, L'information, p. 442.

la Comunidad Europea la mención a la política de protección de los consumidores(59). Algunos años más tarde, con el Tratado de Ámsterdam de 2 de octubre de 1997(60) –que modifica el anterior– se desarrolla dicha política, a través del artículo 153, estableciendo el derecho a la información como uno de los mecanismos destinados a proveer de un alto grado de protección a los consumidores(61).

Este derecho a la información se garantiza de diversas maneras. Algunas de ellas corren a cargo de la Administración Pública y se pueden concretar de maneras muy diversas, entre ellas, a través de la creación de oficinas de información al consumidor o estableciendo que los medios de comunicación de titularidad pública dediquen espacios y programas a la información y educación de los consumidores sobre su salud y seguridad en el consumo.

Otra forma de garantizar el derecho a la información ya no depende de la Administración Pública, sino de los particulares. En esta segunda forma, el suministro de información corre a cargo de ciertos particulares a quienes por el hecho de poner en circulación ciertos bienes y servicios se les impone el suministro de información de diversas maneras.

A nivel comunitario esta imposición se plasma a través de las Directivas comunitarias. La mayoría de ellas a propósito de relaciones de consumo(62).

Las medidas de protección que imponen las Directivas comunitarias en materia de consumo son extremadamente variadas. Algunas de ellas no son propiamente precontractuales, sino que se imponen con independen-

(59) Ver, por ejemplo, su artículo 3 s) y, sobre todo, su Título XI. Antes de eso, puede reconocerse una primera fase donde lo que existe es una preocupación por el mercado y las libertades económicas. A esta primera fase pertenecen la Cumbre de París de 1972, donde se advierte la necesidad de desarrollar una política de protección de los consumidores, y el Programa Preliminar de 1975, donde se recogen los derechos fundamentales de los consumidores.

(60) Tratado de Ámsterdam por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea, los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas y determinados actos conexos.

(61) El texto del artículo 153, que modifica el antiguo artículo 129 A del Tratado de Maastricht, dispone, en lo que aquí interesa:

«Para promover los intereses de los consumidores y garantizarles un alto nivel de protección, la Comunidad contribuirá a proteger la salud, la seguridad y los intere-

ses económicos de los consumidores, así como a promover su derecho a la información, a la educación y a organizarse para salvaguardar sus intereses».

Dicho precepto no fue modificado por el Tratado de Niza de 2001. Por su parte, el artículo 2 punto 20 del Tratado de Lisboa de 13 de diciembre de 2007 por el que se modifica el Tratado de la Unión Europea y el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, mantiene este primer apartado del artículo 153, que ha quedado como el artículo 169 de la versión consolidada del Tratado de funcionamiento de la Unión Europea.

(62) Sobre esto puede consultarse PALACIOS GONZÁLEZ, M., «El deber de información en los contratos con consumidores», en ESPIAU ESPIAU, S. y VAQUER ALOY, A., (edits.), *Bases de un derecho contractual europeo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 89-96; WILHELMSSON y TWIGG-FLESNER, «Pre-contractual information», pp. 456-457; y VIGNERON-MAGGIO-APRILE, L'information, pp. 72-200.

cia de si exista o no negociación de un contrato, así, por ejemplo, las reglas que disciplinan la publicidad de los productos y servicios(63), su precio(64) o su etiquetado.(65). En otros casos, no se trata, exactamente, de reglas que imponen el suministro de información, sino más bien conceden un período de tiempo para reflexionar sobre la decisión de contratar con posterioridad a la celebración del contrato(66). Respecto de las reglas orienta-

(63) El artículo 2.2 de la Directiva 84/450/CEE del Consejo, de 10 septiembre de 1984, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados Miembros en materia de publicidad engañosa, define publicidad engañosa como:

«toda publicidad que, de una manera cualquiera, incluida su presentación, induce a error o puede inducir a error a las personas a las que se dirige o afecta y que, debido a su carácter engañoso, puede afectar su comportamiento económico o que, por estas razones, perjudica o es capaz de perjudicar a un competidor».

Esta directiva fue luego modificada por la Directiva 97/55/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 6 de octubre de 1997 por la que se modifica la Directiva 84/450/CEE sobre publicidad engañosa, a fin de incluir en la misma la publicidad comparativa. La regulación de la publicidad en el entorno comunitario es completada por una serie de directivas sectoriales. Así, por ejemplo, la Directiva 89/552/CEE del Consejo de 3 de octubre de 1989 sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva; la Directiva 90/314/CEE del Consejo, de 13 de junio de 1990, relativa a los viajes combinados, las vacaciones combinadas y los circuitos combinados; Directiva 2000/13/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de marzo de 2000, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en materia de etiquetado, presentación y publicidad de los productos alimenticios; y Directiva 2001/83/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 6 de noviembre de 2001 por la que se establece un código comunitario sobre medicamentos para uso humano. Un examen de estas Directivas en VIGNERON-MAGGIO-APRILE, *L'information*, pp. 111-113.

(64) El artículo 4 (1) de la Directiva 98/6/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de febrero de 1998, relativa a la protección de los consumidores en materia de indicación de los precios de los productos ofrecidos a los consumidores,

fija ciertos requisitos que debe cumplir la información sobre precios que se entregue al consumidor.

Sobre los deberes de información que impone esta Directiva puede verse SCHULTE-NÖLKE, H. y MEYER-SCHWICKERATH, L., «Price Indication Directive (98/6)», en SCHULTE-NÖLKE, H., TWIGG-FLESNER, CH. y EBERS, M. (edits.), *EC Consumer Law Compendium. The Consumer Acquis and its transposition in the Member States*, Sellier, Munich, 2008, pp. 374-375.

El artículo 36 de la Directiva 2007/64/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de noviembre de 2007, sobre servicios de pago en el mercado interior, por la que se modifican las Directivas 97/7/CE, 2002/65/CE, 2005/60/CE y 2006/48/CE y por la que se deroga la Directiva 97/5/CE, dispone, en lo pertinente que:

«el proveedor de servicios de pago est[á] obligado a facilitar al usuario de servicios de pago, de un modo fácilmente accesible para él, la información y las condiciones establecidas en el artículo 37, antes de que el usuario quede vinculado por cualquier otro contrato u oferta relativos a una operación de pago de carácter único».

(65) El artículo 6.1 de la Directiva 85/374/CEE de 25 de julio de 1985 relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos hace responsable al fabricante por sus productos defectuosos. Para determinar este carácter defectuoso se considera, entre otras cosas, la presentación del producto.

En general, la doctrina ha estimado que dentro de los defectos a que alude la regla cabe comprender los de diseño, fabricación e instrucción. Ver VIGNERON-MAGGIO-APRILE, *L'information*, p. 91. Tratándose de defectos de instrucción lo que sucede es que, o bien no se suministró la información requerida, o ésta se suministró incorrectamente.

(66) El artículo 4 (1) de la Directiva 85/577/CEE de 20 de diciembre de 1985, referente a la protección de los consumidores en el caso de contratos negociados

das directamente a mejorar la calidad del consentimiento contractual, se presta una especial atención a la forma en que se suministra la información pues se pretende que se realice en términos que permita su adecuada comprensión. Así, por ejemplo, en ocasiones se exige que la información se entregue por escrito(67), que la redacción sea de forma clara y comprensible(68), o inequívoca(69).

Este capítulo tiene dos objetivos. El primero de ellos consiste en mostrar que, en el derecho continental —y, por lo mismo, en el español— es posible derivar directamente de las exigencias de la buena fe ciertos deberes precontractuales de informar, es decir deberes atípicos. El segundo objetivo es defender la idea según la cual del hecho de que puedan desprenderse deberes atípicos de la buena fe no se deriva que exista un deber general de informar. Lo que se sigue, más bien, es la necesidad de concretar las exigencias de la buena fe a través de la ponderación de los diversos intereses en juego.

El capítulo se divide en dos partes, que se corresponden con cada uno de los objetivos mencionados. La primera parte (I) está dedicada a presentar cómo en el derecho continental y en el español es posible derivar directamente de la buena fe deberes precontractuales de informar. La segunda parte (II) despliega los argumentos que aconsejan rechazar la imposición de un deber general de informar y defiende la idea según la cual es necesario concretar las exigencias de la buena fe, determinando en qué circunstancias impone deberes precontractuales de informar atípicos.

I. La buena fe como fundamento directo de los deberes precontractuales de informar atípicos

En esta primera parte se muestra que, a diferencia de lo que sucede en los países del *common law*, tanto en el derecho europeo continental en general como en el español, en particular, tiene lugar el siguiente fenómeno: (1) una amplia acogida de las exigencias de la buena fe, (2) la posibilidad de derivar directamente de ellas deberes precontractuales de informar y (3) la imposición de ciertos límites a esa posibilidad.

Me detengo primero en el derecho europeo y después paso al derecho español.

A. EL DERECHO EUROPEO DE CONTRATOS

1. Derecho nacional y armonización del derecho de contratos

La idea de un derecho de contratos europeo es una idea impor-

tante(1), controvertida(2) y, en torno a la cual, se ha reunido tal cantidad de literatura que se ha tornado inmanejable(3).

Sin embargo, el sentido en que utilizo la expresión «derecho europeo de contratos» aquí es muy austero. Lo que pretendo señalar es que, actualmente, cuando se habla de derecho de contratos en Europa no solamente deben considerarse los derechos nacionales, sino que, además, debe prestarse atención a lo que, hasta el momento, es el principal precipitado del proceso de armonización del derecho de contratos europeo(4): los

(1) ZIMMERMANN (*Estudios de derecho privado europeo*, p. 111) ha sugerido que: «[l]a formación de un derecho privado europeo de contratos constituye uno de los progresos jurídicos de mayor calado en la actualidad».

(2) Ver, por ejemplo, LEGRAND, P., «A Diabolical Idea», en Hartkamp, A., Hesselink, M., Hondius E., Joustra A. y Veldman M. (edits.), *Towards a European Civil Code*, 3ª ed., Kluwer Law International, La Haya, 2004, pp. 245-272.

(3) WILHELMSSON, T. («The ethical pluralism of late modern Europe and codification of European contract law», en Smits, J. (edit.), *The Need for a European Contract Law*, Europa Law Publishing, Groningen, 2005, p. 123) ha señalado que la literatura sobre el tema se ha tornado tan voluminosa que es imposible seguirla en detalle.

(4) Empleo la expresión «armonización» del derecho europeo de contratos para significar la creación de un núcleo común de derecho europeo, sensible, sin embargo, a las diferencias entre los diversos ordenamientos jurídicos. Teniendo en cuenta que me servirá de algunos de los desarrollos a que ha dado lugar este proceso de armonización, será útil detenerse con alguna morosidad sobre él.

El proceso en el que la expresión «armonización» cobra sentido puede relatarse desde dos perspectivas diversas, pero relacionadas (sigo en este enfoque a CÁMARA LAPUENTE, S., «Un derecho privado o un código civil para Europa: Planteamiento, núcleo y (esquivo) desenlace», en *Id.* (coord.) *Derecho privado europeo*, Colex, Madrid, 2003, pp. 59-66). La primera es la formal, de la mano del Parlamento europeo, el Consejo europeo y la Comisión, la segunda, es la informal, de la mano de diversos grupos de trabajo compuestos, generalmente, por académicos.

De cara a la perspectiva formal, sus orígenes pueden rastrearse en la Resolución del 26 de mayo de 1989 del Parlamento Euro-

peo (DOC 158 de 26 de junio de 1989, p. 400) sobre un esfuerzo para armonizar el derecho privado de los Estados miembros, donde se solicita que se dé comienzo a los trabajos de preparación de un Código europeo común de derecho privado de los estados miembros. En 1994, una nueva Resolución reitera la conveniencia de elaborar dicho código (DOC 205, de 25 de junio de 1994, p. 518). A partir de aquí, los hitos son numerosos y, a efectos de este trabajo bastará simplemente detenerse en los principales (una descripción más detallada hasta el año 2002 puede encontrarse en CÁMARA LAPUENTE, «Un derecho privado», pp. 59-62). El primero de ellos son las *Conclusiones de la Presidencia, Consejo Europeo de Tampere de 15 y 16 de octubre de 1999* (disponibles en http://www.consilium.europa.eu/ueDocs/cms_Data/docs/pressData/es/ec/00200-r1.es9.htm), en cuyo punto 39, bajo el epígrafe «Mayor convergencia en Derecho civil» solicita al Consejo la confección de un estudio sobre la necesidad de aproximar las legislaciones de los estados miembros en materia civil. El segundo hito que conviene subrayar es la *Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento europeo sobre Derecho contractual europeo*, de 11 de julio de 2001 (DOC 255 sw 13-9-2001, p. 1 y sigtes.), donde se propusieron, para debatir, cuatro alternativas para la armonización del derecho contractual europeo, a saber: (1) abstenerse de actuar y que sea el mercado, a través de la autorregulación, quien resuelva los problemas; (2) promover la elaboración de Principios comunes de Derecho contractual europeo para, de esa manera, favorecer la convergencia de las leyes nacionales; (3) mejorar la calidad de la normativa comunitaria (especialmente las Directivas), y (4) adoptar una nueva legislación exhaustiva a nivel europeo. El siguiente hito es la *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo un derecho contractual europeo más coherente, Plan de acción* (COM [2003] 68 fi-

nal). El *Plan de acción* identifica problemas tanto a nivel de derecho comunitario (por ejemplo, los distintos enfoques asumidos por las Directivas o sus divergencias en cuanto a terminología) como a nivel nacional (básicamente la falta de coherencia en el tratamiento que prodigan los diversos ordenamientos jurídicos a materias similares). Frente a estos problemas, y con el objeto de lograr un derecho europeo de contratos con un alto grado de consistencia, tanto en su letra como en su aplicación, se proponen tres medidas. La primera de ellas es la creación de un marco común de referencia (MCR) que establezca principios y terminología comunes en el área del derecho contractual europeo. La segunda consiste en promover la elaboración de cláusulas contractuales tipo de ámbito comunitario. La tercera medida apunta hacia la reflexión acerca de otras medidas, no limitadas a áreas específicas del derecho contractual, sino generales, como la adopción de un instrumento facultativo en el ámbito del derecho contractual europeo. El cuarto hito se encuentra en la *Comunicación de la Comisión al Parlamento y al Consejo, sobre Derecho contractual europeo y revisión del acervo: perspectivas de futuro* (COM [2004]-651 final DOCE 2005, C 14/6) donde se advierte que el interés no debe situarse en un Código civil europeo, sino en un MCR que pueda ser utilizado para transponer las Directivas y elaborar la futura legislación a nivel nacional sobre temas de derecho de contratos no considerados a nivel comunitario. Un quinto hito se encuentra en la *Resolución del Parlamento Europeo sobre el derecho contractual europeo y revisión del acervo: perspectivas para el futuro* (2005/2022 [INI]), donde se enfatiza la necesidad de armonizar el derecho de contratos para lograr un funcionamiento correcto del mercado interior único. Se señala, además, que, por el momento el MCR se limita a la racionalización y limpieza del acervo comunitario en materia de protección de consumidores y a la elaboración de normas y condiciones estándar para los contratos. Y, por último, se solicita a la Comisión que utilice los resultados de los distintos grupos de expertos que han trabajado en proyectos de redacción de derecho de contratos europeo en la revisión del acervo comunitario y, posteriormente, en el desarrollo de un derecho civil comunitario. Finalmente se requiere a la Comisión que en estas tareas se respeten los diferentes sistemas y tradiciones. El úl-

timo hito que conviene mencionar es la *Comunicación de la Comisión de 8 de febrero de 2007: Green Paper on the Review of the Consumer Acquis* (COM [2006] 744 final). En esta comunicación, la Comisión sugiere dos posibles enfoques para enfrentar los problemas que, actualmente, aquejan a la regulación comunitaria de los temas de consumo. El primero de ellos es vertical, que supone una revisión individualizada de las Directivas a fin de que se logre mayor coherencia entre ellas. El segundo, horizontal, que consiste en buscar mayor coherencia en forma transversal, probablemente, a través de la confección de un instrumento marco que, por ejemplo, uniforme la terminología.

Pues bien, como conclusión de esta primera perspectiva, puede señalarse una creciente preocupación por dotar al mercado único europeo de un derecho uniforme de contratos. Actualmente, el área sobre la que existe mayor acuerdo es el denominado «derecho del consumo» y, uno de los instrumentos a través de los cuales debería buscarse esa mayor uniformidad es el MCR, combinado con una revisión de las Directivas. Esto es lo que se ha procurado con la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre los derechos de los consumidores (COM [2008] 614 final). Respecto a las reglas comunes de derecho de contratos las cosas son menos claras, es cierto que se menciona en varios instrumentos un Código civil Europeo, sin embargo, el Parlamento y la Comisión, progresivamente, parecen haberse vuelto más cautos al respecto, decantándose, más bien, en alternativas de *soft law* a este respecto.

De cara a la perspectiva informal, especialmente a partir de la década de los 90 es posible advertir la creación y consolidación de diversos grupos de trabajo formados, principalmente, por profesores de derecho.

La primera —y, quizás más importante— de estas iniciativas son los Principios de Derecho Contractual Europeo (PECL), elaborados por la Comisión de Derecho Contractual Europeo (Comisión Lando). Se trata de una obra dividida en tres partes, la primera y la segunda (publicadas en LANDO, O. y BEALE, H. (edits.), *Principles of European Contract Law*, Kluwer Law International, La Haya, 2000) regulan las reglas generales, la conclusión de los contratos, la representación directa e indirecta, la validez e invali-

dez, la interpretación, el contenido y los efectos del contrato, el cumplimiento del contrato, el incumplimiento del contrato, y los medios de tutela frente al incumplimiento. La tercera parte (publicada en 2003) se ocupa de la pluralidad de partes en la relación obligatoria, la cesión de créditos, la asunción de deuda y la cesión de contrato, la compensación, la prescripción, la ilicitud, obligaciones condicionales y la capitalización de intereses. La forma de los PECL está inspirada en los *Restatements* estadounidenses (HESSELINK, M., «The Principles of European Contract Law: Some Choices Made By The Lando Commission», *Global Jurist Frontiers*, vol. 1, 2001, p. 4). Sin embargo, en el caso de los PECL no se trata solamente de extraer los principios del derecho actualmente vigente, sino, además, de favorecer una reforma o evolución de los mismos (ZIMMERMANN, R., *Estudios de derecho privado europeo*, p. 116) hacia reglas europeas uniformes de derecho de contratos, lo que supone —y ésta es una característica relevante del enfoque de los PECL— reconciliar algunas de las diferencias que, en la materia, presentan el *civil law* y el *common law*.

La segunda iniciativa es el Anteproyecto de Código europeo de contratos (Proyecto de Pavia), bajo la responsabilidad de la Academia de Iusprivatistas europeos de Pavia (GANDOLFI, G. (coord.), *Code européen des contrats*, 3ª ed., Giuffrè Editore, Milán, 2002), originado a partir de los trabajos del profesor Gandolfi desde la década de los 90 y publicado en 2002. A diferencia de los PECL, el Proyecto de Pavia no tiene la forma de un *Restatement*, se trata, como ha sugerido VATTIER FUENZALIDA, C. («Revisión *Code européen des contrats*», *ADC*, 54-2, 2001, p. 756) de un verdadero código, con normas, en ocasiones, sumamente concretas, diseñadas para ser aplicadas directamente por los jueces. El Proyecto de Pavia se estructura en 173 disposiciones, agrupadas en 11 títulos, que comprenden todas las materias que suelen tratarse en la parte general de derecho de obligaciones.

La tercera iniciativa es el *Draft Common Frame of Reference (DCFR) (Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law Draft Common Frame of Reference (DCFR) Outline Edition* Preparada por el the Study Group on a European Civil Code and the Research Group on EC Private Law (Acquis Group) Basado parcialmente en una versión revisada de the Principles of European

Contract Law, editado por Christian von Bar, Eric Clive and Hans Schulte-Nölke and Hugh Beale, Johnny Herre, Jérôme Huet, Matthias Storme, Stephen Swann, Paul Varul, Anna Veneziano y Fryderyk Zoll, Diciembre 2008), preparado por el *Study Group on a European Civil Code (Study Group)* y el *Research Group EC Private Law (Acquis Group)*. El *Study Group*, bajo la dirección del profesor von Bar, se considera el sucesor de la Comisión Lando y aunque su objetivo inicial fue la redacción de un Código civil europeo, este objetivo luego ha derivado, como se verá, en la elaboración de un instrumento de marco común que contiene principios, definiciones y reglas modelo. Por su parte, el *Acquis Group* se propuso como objetivo la elaboración de un *Restatement* del derecho patrimonial europeo, que extrajera del acervo comunitario los principios de derecho civil patrimonial. Tanto el *Study Group* como el *Acquis Group* forman parte, en la actualidad de la *Joint Network on European Private Law (CoPECL)* una red europea de cooperación para la creación de un derecho europeo de contratos fundada en 2005 y, bajo cuyos auspicios se ha redactado el DCFR. Pues bien, el DCFR es presentado por sus autores como un posible modelo para un futuro marco común de referencia del derecho de contratos europeo, de manera que pueda servir como una «caja de herramientas» (*tool box*) para los futuros legisladores, no sólo a nivel comunitario, sino además nacional. En cuanto a su contenido, es la iniciativa más ambiciosa, cubriendo todas las materias tratadas por los PECL, añadiendo reglas sobre contratos específicos, y otras que disciplinan obligaciones que no provienen del contrato, así, por ejemplo, el enriquecimiento injusto.

La cuarta iniciativa surge de otro de los integrantes de la CoPECL, la *Association Henri Capitant des Amis de la Culture Juridique Française* en conjunto con la *Société de Législation Comparée* y su *Projet de Cadre Commun de Référence Principles Contractuels Communs (Projet de Cadre Commun)* (publicado como *Projet de cadre commun de référence. Principes contractuels communs*, Société de Législation Comparée, París, 2008). El objetivo ha sido elaborar una terminología común y unos principios generales para el derecho de contratos europeos. Se trabajó sobre el artículado de los PECL, comparándolos con los textos de los Principios UNIDROIT, de la CISG, del Proyecto de Pavia y del DCFR.

instrumentos normativos de *soft law*. (5) En lo que interesa al derecho de contratos los principales instrumentos de *soft law* son: los PECL, el Proyecto de Pavia, el DCFR y el *Projet de Cadre Commun*.

En conjunto con estos instrumentos de armonización del derecho de contratos europeo me servirá ocasionalmente de los Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales(6), y de la CISG. Aunque ninguno de estos dos cuerpos sea de carácter estrictamente europeo, su importancia para el derecho europeo de contratos es evidente y justifica su inclusión(7).

2. La buena fe y las negociaciones del contrato

La idea que pretendo exponer aquí es que tanto los derechos nacionales como los instrumentos de derecho uniforme y *soft law* brindan una amplia acogida en sus respectivos modelos de contratos a las exigencias de la buena fe, extendiéndolas a la etapa de la negociación del contrato.

a. Derecho nacional.

A diferencia de lo que sucede en el derecho inglés, y para estos

El resultado es un texto dividido en dos títulos. El primero de ellos trata los principios directores del derecho europeo de contratos (libertad, seguridad y lealtad). El segundo, sigue más o menos de cerca el esquema de los PECL, estableciendo reglas acerca de la formación del contrato, el poder de representación, la ineficacia del contrato, su ilicitud, su interpretación, su contenido, sus efectos, su cumplimiento, la condición y el plazo, los remedios y la sustitución de las partes.

(5) Utilizo la expresión «*soft law*» según la definición de SNYDER, F. («Soft law and Institutional Practice in the European Community», en MARTIN, S. (edit.), *The Construction of Europe – Essays in honour of Emile Noel*, Kluwer Academic Publishers, 1993, p. 198); esto es, como: «rules of conduct which, in principle, have no legally binding force but which nevertheless may have practical effects». Una definición menos sucinta puede encontrarse en SENDEN, L. (*Soft Law in European Community Law*, Hart Publishing, Oxford, 2007, p. 113) en los siguientes términos: «Rules of conduct that are laid down in instruments which have not been attributed legally binding force as such, but nevertheless may have certain (indirect) legal effects, and that are aimed at and may produce practical effects».

(6) Los Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales constituyen un intento de unificación del derecho internacional de contratos siguiendo la técnica de los *restatements* de contratos estadounidenses. El objetivo de los Principios UNIDROIT, según queda dicho en el Prólogo a su edición de 2004 (INSTITUTO INTERNACIONAL PARA LA UNIFICACIÓN DEL DERECHO PRIVADO, *Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales 2004*, Thomson-Aranzadi, Roma, 2004) es:

«establecer un conjunto equilibrado de reglas destinados a ofrecer un conjunto equilibrado de reglas destinadas a ser utilizadas en todo el mundo independientemente de las específicas tradiciones jurídicas y condiciones económicas y políticas de los países en que vengan aplicados». La aplicación de los Principios UNIDROIT alcanza únicamente a los contratos internacionales de carácter mercantil.

(7) Sobre la pertinencia de considerar ambos cuerpos en estudios sobre derecho privado europeo puede consultarse SCHULZE, R. y ZIMMERMANN, R., *Textos básicos de derecho privado europeo. Recopilación*, trad. E. Arroyo i Amayuelas, Marcial Pons, Barcelona, 2002, p. 9.

efectos también en el derecho irlandés y escocés(8)— los demás ordenamientos jurídicos europeos acogen en su derecho de contratos, generalmente, en términos bastante amplios, el principio de la buena fe, extendiendo sus exigencias al período de los tratos preliminares(9).

Así sucede, por ejemplo, con el célebre párrafo 242 del BGB, cuyo modesto texto —referido únicamente a la ejecución de las obligaciones(10)— ha tenido una importancia difícil de exagerar(11), con el artículo 1.134 del Código civil francés(12), o bien, con el artículo 1.337 del Código civil italiano(13). Esta amplia acogida de la buena fe en el derecho contractual también es perceptible en el artículo 288 del Código Civil griego (que transcribe el § 242 del BGB). En el derecho austriaco, aunque no existe un precepto como los anteriores, la Corte Suprema ha considerado que el principio de la buena fe es inherente al Código Civil (ABGB [*Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch*])(14). En el derecho suizo, el Código civil contiene, en el artículo 2 I, una regla general sobre la buena fe en el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de los deberes que, se ha estimado que, resulta aplicable a la fase de negociación de los contratos(15). Tratándose del Có-

(8) Con todo, en el caso escocés parece haber una progresiva aceptación de las exigencias de la buena fe. Ver WHITTAKER y ZIMMERMANN, «Good Faith», pp. 48-49.

(9) Ver, por ejemplo, PROBST, «Deception», pp. 98-101.

(10) Párrafo 242: Prestación según buena fe.

«El deudor está obligado a cumplir la prestación según las exigencias de la buena fe conforme a los usos del tráfico».

Según la traducción de LAMARCA MARQUES, A., Id. (dir.), *Código Civil alemán. Bürgerliches Gesetzbuch*, Marcial Pons, Madrid, 2008.

(11) Así, por ejemplo, SCHLECHTRIEM, P. (*Good Faith in German Law and in International Uniform Laws*, p. 7. Disponible en <http://w3.uniroma1.it/idc/centro/publications/24schlechtriem.pdf>; visitado el 06/06/2008) señala que:

«If one takes a commentary on § 242 BGB in order to see what courts and literary contributions have made of this provision, one is immediately struck, if not shocked, by the abundance of cases, theories, detailed rules and sub-rules having sprung from it. Certainly the most frightening example is the 11th edition of the Staudinger commentary, where the commentator, Dr. Weber, dealt with this single provision in a tome of more than 2,000 pages».

Un vistazo a la importancia de este precepto en MARRESINIS, et al., *The German Law*, pp. 118-133.

Las exigencias de la buena fe se extienden a las negociaciones del contrato; incluso antes de la Ley de Modernización del dere-

cho de obligaciones de 2001 se había reconocido la existencia de deberes de protección durante la etapa precontractual así como que la no entrega de información o la información defectuosa podía originar un derecho a indemnización por daños y perjuicios por culpa *in contractu*. Ver EHMANN y SUTCHET, *La reforma del BGB*, pp. 201-204.

(12) Cuyo texto es el siguiente: «Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise.

Elles doivent être exécutées de bonne foi». Sobre la extensión de las exigencias de la buena fe a las negociaciones del contrato puede verse GHESTIN, *Traité*, pp. 31-40.

(13) Cuyo texto original reza: «Le parti, nello sviluppo delle negoziazioni e nella formazione del contratto, loro dovrebbero comportarsi di accordo con la buona fede».

En palabras de GRISI (*L'obbligo precontrattuale*, p. 35):

«Nello specifico precontrattuale è innegabile che la promulgazione del nuovo codice abbia contribuito in maniera determinante a consacrare il definitivo ingresso della buona fede tra le fonti di produzione di autonome situazioni giuridiche, *in primis* grazie all'introduzione dell'art. 1337».

(14) WHITTAKER y ZIMMERMANN, «Good Faith», pp. 48-49 y PROBST, «Deception», p. 105, nota 888.

(15) El texto es el siguiente:

digo civil holandés (BW), aunque no existe una norma tan general como la suiza, la doctrina se ha servido de otras y ha señalado que el concepto de buena fe permea todas las ramas del derecho de obligaciones y contratos, cubriendo las negociaciones del contrato(16). En el derecho portugués, el deber de comportarse de buena fe durante las negociaciones del contrato se encuentra contenido en el artículo 227 del Código Civil(17). Finalmente, en el caso de los países nórdicos la *Uniform Nordic Contract Act* contiene en sus § 33 y 36 un deber general de lealtad mutua y honestidad(18).

b. Derecho uniforme y soft law

La influencia de la buena fe en el derecho contractual también es perceptible en el derecho uniforme y en los principales instrumentos de *soft law* a través de los cuales se ha intentado, e intenta, armonizar el derecho de contratos, tanto en el ámbito internacional como en el europeo.

Respecto del derecho uniforme, la CISG dispone en su artículo 7 que, en la interpretación de la Convención, se tendrá en cuenta la necesidad «de asegurar la observancia de la buena fe en el derecho internacional». Aunque se trata de un artículo cuyo significado ha sido arduamente discutido y al cual se han asignado múltiples interpretaciones, según algunas de ellas, la CISG impondría a los contratantes deberes de comportamiento según las exigencias de la buena fe(19).

«Chacun est tenu d'exercer ses droits et d'exécuter ses obligations selon les règles de la bonne foi.

L'abus manifeste d'un droit n'est pas protégé par la loi».

Respecto a la amplitud de las exigencias de la buena fe, en particular sobre su aplicación a la etapa precontractual, puede consultarse ENGEL, P., *Traité des obligations en droit suisse*, Éditions Idies et Calendes, Neuchâtel, 1973, pp. 134-135 y GUGGENHEIM, D., *Le droit Suisse des contrats*, Georg Editeur, Ginebra, 1989, p. 22.

(16) El artículo 6:1 del BW, en su párrafo 1 dispone que en una relación obligatoria ambas partes deben comportarse de acuerdo a lo que es equitativo y razonable. Por su parte, el artículo 6:248, párrafo 1, preceptúa que los contratos no sólo obligan a aquello expresamente pactado, sino, además, a aquello que según la naturaleza del contrato derive de la ley, los usos o de las exigencias de la razonabilidad y equidad. Los términos razonabilidad y equidad expresan aquí la buena fe. Finalmente, el artículo 6:258, que disciplina la teoría de la imprevisión, aludiendo a criterios de razonabilidad y equidad. Ver HARTKAMP, A. y TILLEMANS, M., *Contract Law in the Netherlands*, Kluwer Law International, La Haya, 1993, pp. 48-49; y HARTKAMP, A., «Judicial Discre-

tion Under the New Civil Code of the Netherlands», Roma, 1992, s/p, párrafo 6. Disponible en <http://w3.uniroma1.it/idc/centro/publications/04hartkamp.pdf> (visitado el 07/07/2008).

Para una mirada a decisiones de la Corte Suprema holandesa vinculando la buena fe al deber de informar ver VAN ROSSUM, «The Duty of Disclosure», pp. 304-306.

(17) Cuyo texto es el siguiente:

«1. Quem negocia com outrem para conclusão de um contrato deve, tanto nos preliminares como na formação dele, proceder segundo as regras da boa fé, sob pena de responder pelos danos que culposamente causar à outra parte.

2. A responsabilidade prescreve nos termos do artigo 498».

Ver ANTUNES VARELA, J., *Das Obrigações em geral*, 7ª ed., Almedina, Coimbra, 1993, pp. 273-275.

(18) Ver WHITTAKER y ZIMMERMANN, «Good Faith», p. 56.

(19) SIM, D. (*The Scope and Application of Good Faith in the Vienna Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, disponible en <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/sim1.html>. Visitado el 20/06/2008) identifica seis interpretaciones diversas para la expresión «buena fe» contenida en el artículo 7 CISG. Según la primera in-

En lo que respecta al *soft law*, es necesario distinguir derecho internacional y derecho europeo de contratos.

Tratándose del derecho internacional de contratos, los Principios UNIDROIT consideran principalmente la buena fe en sus artículos 1.7 y 2.15(20). El primero de ellos dispone que las partes deben actuar con buena fe y lealtad negocial en el tráfico internacional(21). El segundo de estos preceptos se refiere, específicamente, a la vigencia de las exigencias de la buena fe durante la negociación del contrato, haciendo responsable de los daños que provoque a quien se retire de mala fe o a quien continúe las negociaciones sin intención de contratar(22).

En el ámbito del derecho europeo de contratos también es posible encontrar menciones a la buena fe en todas las principales iniciativas de *soft law*(23). Así, por ejemplo, los PECL, tal y como sucede con los Principios UNIDROIT, recogen la buena fe como una regla de conducta para los

interpretación, la buena fe aludiría a las prácticas de las partes o a los usos del comercio internacional. La segunda, considera a la buena fe como una guía interpretativa del texto de la Convención. La tercera caracteriza a la buena fe como un requisito del ejercicio de los derechos y remedios previstos en la Convención. La cuarta interpretación considera a la buena fe como un principio sustantivo en la resolución de los problemas no cubiertos por la CISG. La quinta interpretación va más allá, identificando a la buena fe como una fuente de derechos y obligaciones que puede contradecir o extender los derechos y obligaciones consignados en la CISG. Finalmente, la sexta interpretación, contradice esta última al señalar que no existe una doctrina general de la buena fe que sirva de fuente a derechos y obligaciones diversos a aquellos que expresamente contempla la CISG. Examinando casos en que se ha utilizado el artículo 7 de la CISG entre 1993 y 2002 SHCHENY, B. («Good Faith in the CISG: Interpretation Problem in Article 7», *Beypress Legal Serie*, paper 339, 2004, pp. 25-43, disponible en <http://law.bepress.com/expreso/esp/339>. Visitado 20/06/2008) concluye que, por el momento, no existe un criterio que prevalezca con claridad y que, en el futuro, es más probable que primé una aceptación amplia.

(20) Otros preceptos que se refieren a las exigencias de la buena fe, empleando esta expresión u otras similares son el artículo 3.5, y el artículo 3.10 que a propósito del error reconocido el primero—y la excesiva desproporción —el segundo— emplean la expresión «criterios comerciales razonables de lealtad negocial». Por su parte, el

artículo 4.8 utiliza como criterio de integración del contrato «la buena fe y la lealtad negocial». Ver Comentario 1 artículo 1.7.

(21) Artículo 1.7 (Buena fe y lealtad negocial)

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

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

(22) Artículo 2.1.15 (Negociaciones de mala fe)

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

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

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

Con todo, aún si no existiera esta última norma, no cabe duda de que las exigencias de la buena fe se aplican durante la negociación del contrato. El Comentario 1 al artículo 1.7 dispone, en lo que es pertinente aquí:

«este artículo deja claro que, aún en ausencia de una disposición específica en los Principios, las partes deben conducirse de acuerdo a la buena fe y observando la lealtad negocial a lo largo de la vida del contrato, incluso durante el proceso de su formación».

(23) Me refiero a aquellas iniciativas mencionadas en *supra* nota 4.

contratantes en su artículo 1:201(24) y, en el Comentario A de este precepto, se señala:

«This Article sets forth a base principle running through the Principles. Good faith and fair dealing are required in the formation, performance and enforcement of the parties duties under a contract, and equally in the exercise of a party's right under the contract(25)».

El Proyecto de Pavía, por su parte, contiene numerosísimas alusiones a la buena fe, tanto en su dimensión objetiva como subjetiva(26). En lo que importa aquí —esto es la exigibilidad de la buena fe durante la negociación del contrato— es especialmente importante el artículo 6 sobre ruptura unilateral de negociaciones(27), que sanciona la retirada de mala fe imponiendo el deber de indemnizar los daños y perjuicios que se ocasionen.

Tratándose del DCFR, al igual que sucedía en el Proyecto de Pavía, la buena fe es considerada una gran cantidad de normas(28). El precepto del cual puede desprenderse con mayor naturalidad la extensión de las exigencias de la buena fe a las negociaciones del contrato es el II.-3:301, que sanciona las rupturas unilaterales cuando ha existido mala fe en ellas(29).

(24) Artículo 1:201; Good Faith and Fair Dealing

«(1) Each party must act to accordance with good faith and fair dealing

(2) The Parties may not exclude or limit this duty».

(25) Junto a esta caracterización de la buena fe, es posible encontrar en los PECL otras múltiples menciones a la buena fe, así por ejemplo: en el artículo 2:301 a propósito de la ruptura unilateral de las negociaciones, en el artículo 2:302 sobre el deber de no revelar información confidencial, o en el artículo 4:109 respecto del deber de no aprovecharse injustamente de la otra parte.

Sobre el rol de la buena fe en los PECL puede consultarse STORME, M., «Good Faith and the Contents of Contracts in European Private Law», *Electronic Journal of Comparative Law*, vol. 7.1, 2003, pp. 5-13.

(26) Sobre todo esto puede consultarse DE LOS MOZOS, J. L., *Estudios de derecho de contratos, integración europea y codificación*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2005, pp. 179-194.

(27) Artículo 6, Deber de protección
«1. Cada parte es libre de iniciar tratos preliminares con el fin de celebrar un contrato, sin que se le pueda imputar ninguna responsabilidad en el caso de que aquél no se perfeccione, salvo si su comportamiento es contrario a la buena fe.

2. Actúa contra la buena fe la parte que inicia o prosigue tratos preliminares sin intención de llegar a la celebración del contrato.

3. Si en el transcurso de los tratos preliminares las partes han examinado ya los elementos esenciales del contrato, cuyo eventual perfeccionamiento se prevé, la parte que ha suscitado en la otra una confianza razonable en cuanto a la celebración del mismo, actúa contra la buena fe desde que interrumpe los tratos preliminares sin motivo justificado.

4. En los casos previstos en los párrafos anteriores, la parte que ha actuado contra la buena fe está obligada a reparar el daño sufrido por la otra hasta el máximo de los gastos comprometidos por esta última en el curso de los tratos preliminares con vistas a la celebración del contrato, así como por la pérdida de ocasiones similares causada por los tratos pendientes».

(28) Así, por ejemplo, el artículo I.-1:102 indica que sus normas deberán interpretarse y desarrollarse prestando atención a la necesidad de promover «good faith and fair dealing»; el artículo II.-1:102 considera a la buena fe como una limitación de la autonomía de la voluntad; el artículo II.-7:201 se refiere a ella a propósito del error reconocido, y el artículo II.-7:205 la menciona a propósito del dolo por omisión.

(29) Artículo II. - 3:301: Negotiations contrary to good faith and fair dealing
«(1) A person is free to negotiate and is not liable for failure to reach an agreement.

(2) 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.

Finalmente, el *Projet de Cadre Commun* dispone en su artículo 0:301, bajo la rúbrica *Devoir général de bonne foi*, que desde la negociación del contrato hasta el cumplimiento de las obligaciones que de él derivan, las partes deben comportarse de acuerdo a las exigencias de la buena fe(30).

*

Una mirada al derecho europeo de contratos muestra que durante la negociación del contrato, las partes deben comportarse según las exigencias de la buena fe, lo que suele implicar una conducta leal y honesta que, supone, por ejemplo, no retirarse arbitrariamente de los tratos preliminares y, en lo que concierne a esta investigación, como se verá inmediatamente, suministrar cierta información.

3. La buena fe y el deber de informar

A continuación interesa examinar la relación que es posible percibir en el derecho europeo de contratos entre la buena fe y los deberes precontractuales de informar atípicos.

a. Una breve mirada al derecho francés, alemán e italiano

La posibilidad de desprender deberes de informar directamente de las exigencias de la buena fe parece ser común a la mayoría de los ordenamientos europeos(31), para ilustrar esta tendencia me servirá, brevemente, de tres ordenamientos jurídicos que son especialmente importantes para el derecho español, ya sea por la influencia de su código civil (Francia) o de su doctrina civil (Alemania e Italia): el derecho francés, el derecho italiano y el derecho alemán.

(i) El derecho francés

Respecto del derecho francés, es frecuente contraponerlo al derecho inglés para mostrar un escenario de renuencia a la imposición del deber de informar (el inglés) y otro de amplia aceptación (el francés)(32). La doctrina francesa parece mostrarse de acuerdo en que es

(30) A person who has negotiated or broken off negotiations contrary to good faith and fair dealing is liable for any loss caused to the other party to the negotiations.

(4) It is contrary to good faith and fair dealing, in particular, for a person to enter into or continue negotiations with no real intention of reaching an agreement with the other party».

(30) Artículo 0:301: *Devoir général de bonne foi*
"Chacune des parties est tenue d'agir conformément aux exigences de la bonne foi, depuis la négociation du contrat jusqu'à la réalisation de l'ensemble de ses effets. Les parties ne peuvent exclure ce devoir, ni le limiter».

(31) Ver, en general, SEFTON-GREEN, «Comparative conclusions», p. 387.

(32) Ver pp. 239-240. Con todo, como ha sugerido LEGRAND («Pre-Contractual Disclosure», p. 323) hasta la década de los sesenta del siglo XX, existía convergencia en el tratamiento que prodigaban el derecho inglés y el derecho francés respecto al deber de informar. En ninguno de los dos ordenamientos jurídicos se encontraba un deber general de informar cuyo fundamento fuera las exigencias de la buena fe durante la negociación de un contrato, prevaleciendo la máxima *emptor debet esse curiosus* (ver, también, GULIKER, «Regulating Contracting», p. 625).

Resulta interesante advertir que este cam-

posible derivar un deber de informar directamente de las exigencias que impone la buena fe a las partes durante la negociación de un contrato. Esta derivación ha sido especialmente evidente tratándose del dolo por omisión(33).

Puede aceptarse que, a partir de la segunda mitad del siglo XX, existe, en el derecho francés, el reconocimiento de un amplio deber de informar que se deriva de las exigencias de la buena fe, es interesante advertir que de ello no se sigue que «siempre» se deba informar. Tanto en la opinión de la doctrina como en las decisiones de los tribunales se han establecido límites a dicho deber(34).

Así, por ejemplo, JOURDAIN, ha llegado a comentar que: «[L]e devoir de se renseigner est donc un principe dont l'obligation d'informer ne représente qu'une exception(35)». Por su parte, LARROUMET señala como un límite a la imposición de deberes precontractuales de informar la posibilidad de que la parte ignorante pueda procurarse la información por sí misma(36). Finalmente, un ambicioso intento de perfilar esos límites puede encontrarse en FABRE-MAGNAN que establece una distinción entre el elemento material y el elemento moral del deber de información sobre la que conviene detenerse(37). En el elemento material, la autora establece a su vez otra distinción entre la información y las prestaciones sobre la cuales puede recaer el deber de informar. En el caso del elemento moral, se detiene en analizar la posición de las partes, específicamente sobre la inexcusabilidad del error y sobre el deber de informarse para informar. Así, por

bio que ha tenido lugar en el derecho francés parece ser la consecuencia de otro más profundo que afecta a la comprensión completa del derecho de contratos. Si en el caso del derecho inglés la lente que se emplea para observarlo es mayoritariamente la de la economía de libre mercado, la seguridad y la certeza, en el caso francés, ha existido un cambio en la idea de contrato desde un énfasis en la voluntad, intangibilidad y seguridad propio de la perspectiva individualista a otro basado en la «lealtad, solidaridad y fraternidad». Sobre esto último puede consultarse MAZEAUD, D., «Loyauté, solidarité, fraternité: la nouvelle devise contractuelle?», en *L'avenir du droit, Mélanges Terré*, Dalloz, PUF, Juris-Classeur, 1999, p. 603. Ver también THUMERGE-GUELFUCKI, C., «Libres propos sur la transformation du droit des contrats», *RTDC*, 1997, pp. 357-385. Para el caso del deber de informar puede consultarse JUGLART, M., «L'obligation de renseignements dans les contrats», *RTDC*, 1945, pp. 1-22, vinculando el espíritu de solidaridad que caracteriza a nuestra época, por contraposición al individualismo excesivo del siglo XIX, y el surgimiento del deber de informar.

(33) Así, por ejemplo puede consul-

tarse JOURDAIN, P., «Le devoir de "se" renseigner», *Dalloz*, 1983, *Chron.*, p. 139; GHESLIN, «French Report», p. 153; e Id., *Traité* p. 545, señalando que la nulidad por retención dolosa ha pasado a ser una sanción directa del principio de buena fe. En el mismo sentido MAZEAUD H. y L. y CHARAS, F., *Leçons de Droit Civil. Obligations. Théorie Générale*, 9ª ed., Montchrestien, Paris, 1998, pp. 185-186 y PICOD, Y., *Le devoir de loyauté dans l'exécution del contrat*, LGDJ, Paris, 1989, p. 14.

(34) Una extensa cita de sentencias francesas sobre el deber de informar puede encontrarse en LARROUMET, *Droit civil*, pp. 341-345. Tras la exposición de dichas sentencias, el mismo autor (*Ibid.*, p. 346) señala que, en ocasiones, los tribunales franceses han adoptado una concepción demasiado amplia del deber de informar. No obstante esto, es posible encontrar algunas decisiones judiciales que imponen límites; para una muestra de ello ver *Ibid.*, pp. 346-348.

(35) JOURDAIN, «Le devoir», p. 139.

(36) LARROUMET, *Droit civil*, p. 344.

(37) FABRE-MAGNAN, *De l'obligation d'information*, pp. 120-218.

ejemplo, respecto de este elemento material, y, específicamente, sobre la información, señala que no toda información debe suministrarse, sino sólo aquella que es relevante y cuya revelación es lícita(38). Aún dentro del elemento material, pero esta vez tratándose de las prestaciones, advierte FABRE-MAGNAN que, por regla general, no existe deber de informar a una persona sobre su propia prestación(39). Pasando ahora al elemento moral, la autora distingue entre la posición de quien conoce o debe conocer la información y la de quien la ignora. Respecto de quien conoce o debe conocer, los límites al deber de informar se encuentran determinados por el deber de informarse para informar. Tratándose de quien ignora la información, los límites quedan determinados por la ilegitimidad de su ignorancia(40).

Como se puede advertir, el derecho francés permite derivar de las exigencias de la buena fe deberes precontractuales de informar sin necesidad de que el legislador los haya tipificado, es decir, permite derivar deberes atípicos. Junto a esto establece ciertos límites a dicha posibilidad. El patrón se repite en el derecho alemán e italiano.

(ii) El derecho alemán

En el derecho alemán, un importante sector de la doctrina señala que, al negociar un contrato, se presume que cada parte debe proteger sus propios intereses y que cada uno de los negociantes puede mantener en silencio cierta información, aun cuando sea relevante para la otra parte. Así, por ejemplo, VON THUR, refiriéndose al dolo por omisión comenta que:

«El silencio respecto de estos hechos [aquellos que harían a la otra parte abstenerse del negocio si los conociera] constituye dolo solamente cuando existe la obligación de manifestarlos. Dicha obligación no puede fundarse en el contrato, que todavía no existe, pero la relación jurídica que nace de la negociación del contrato fundamenta ciertos deberes entre los contratantes. Según los principios de la buena fe y los usos, ya que en este estadio puede exigirse que cada uno de los contratantes tenga consideración para los intereses del otro. Pero dicha obligación no llega hasta forzar a los contratantes a informarse recíprocamente de las circunstancias que les interesan y sin que la parte contraria lo pida, ya que en el comercio cada cual debe cuidar de sus propios intereses: *jura vigilantibus sunt scripta*. Lo que exige el punto de vista realista del comercio es que en cierta medida se aclare la verdadera situación cuando la parte contraria parece hallarse o estar por caer en un error decisivo(41)».

Sin embargo, como muestra el párrafo transcrito, existe un límite a la legitimidad del silencio, determinado por las exigencias de la buena fe: si mantenerse en silencio es contrario a las exigencias de la buena fe,

(38) *Ibid.*, pp. 122-151.

(39) *Ibid.*, pp. 151-178.

(40) *Ibid.*, pp. 186-215.

(41) VON THUR, A., *Derecho civil. Teoría general del derecho civil alemán*, vol. II, *Los he-*

chos jurídicos, trad. T. Ravá, Marcial Pons, Madrid, 2005, p. 544.

Ver también KÖTZ, H. y PATTI, S., *Diritto europeo dei contratti*, trad. S. Buchberger, Giuffrè Editore, Roma, 2006, p. 352.

entonces existe un deber de informar(42). La pregunta, entonces, es cuándo se presentan las exigencias de la buena fe que imponen un deber de informar.

En el ámbito alemán se han identificado, al menos, tres situaciones en las que se asume que las exigencias de la buena fe imponen un deber de informar. La primera de ellas se presenta cuando una parte solicita información a la otra; la segunda sucede cuando la información se refiere a circunstancias que, en forma evidente, son totalmente determinantes para la otra parte, y la tercera tiene lugar cuando existe una relación de confianza entre las partes(43). La primera de las situaciones señaladas corresponde a un criterio ampliamente reconocido en derecho comparado, el deber de responder a preguntas específicamente formuladas(44). Respecto de la segunda situación, como ejemplos de circunstancias que, en forma evidente, son determinantes para la otra parte, se menciona el caso en que una persona solicita un préstamo pues se considera que debe revelar las dificultades financieras por las que está atravesando si su quiebra es inminente(45). Finalmente, respecto de la tercera situación —relaciones de confianza— el ejemplo típico son las relaciones familiares, en las cuales se supone que la peculiaridad del vínculo permite a las partes mantener elevados niveles de confianza recíprocos. En otros casos lo que es evidente es que no hay confianza. Un ejemplo bastante evidente de una relación donde no existe confianza son los negocios de carácter especulativo, respecto de los cuales se ha señalado que:

«[...] no existe en ningún caso un deber de aclaración respecto a las circunstancias cuya existencia o inexistencia pertenece al riesgo normal vinculado a tal negocio(46)».

(iii) El derecho italiano

En el derecho italiano existe, como ya se ha dicho(47), una disposición, en el Código civil —el artículo 1.337—, que impone a las partes el deber de comportarse de buena fe durante las negociaciones del contrato, y otra —el artículo 1.338— que obliga a resarcir el daño a aquella parte que conociendo o debiendo conocer una causa de ineficacia del contrato no informa de ella a la otra. La doctrina suele afirmar que la

(42) MARKESINIS, *et al.*, *The German Law*, p. 130 y p. 307.

(43) *Ibid.*, pp. 307-310.

(44) Ver PROBST, «Deception», pp. 99-100. Vuelvo sobre esto en pp. 508-519.

(45) Con todo, no siempre se debe suministrar la información determinante. KÖTZ («Precontractual Duties», p. 7) señala que el *Bundesgerichtshof* ha señalado que, en principio, existe:

«[a duty] to inform the other party of matters which could frustrate the other's purpose in entering the contract and which are therefore for vital importance to him,

to the extent that he could expect to be so informed according to good business practice».

No existe, entonces, una conexión automática entre el hecho de que la información sea determinante y la existencia de un deber de informar, sino que, además, es necesario que una parte pueda confiar razonablemente en que la otra le suministrará la información y, dicha confianza depende, en este caso, de lo que ordenan las buenas prácticas comerciales.

(46) ver LARENZ, *Derecho civil*, p. 545.

(47) Ver pp. 212.

buena fe origina un deber precontractual de información(48), y que el artículo 1.338.CC no es más que una especificación del 1.337(49).

La doctrina italiana no plantea dudas acerca de la existencia de un deber de informar la existencia de causas de nulidad del contrato(50), tampoco sobre el hecho que de la buena fe origine un deber de informar(51). Sin embargo, no existe acuerdo acerca del alcance de dicho deber. Algunos autores, lo conciben en términos extremadamente amplios. Así, por ejemplo, VISINTINI señala que:

«[...] nessuno dubita che il dovere di comportarsi secondo buona fede nella fase delle trattative in primo luogo impone alle parti di comunicarsi scambievolmente le circostanze e tutti gli elementi la cui conoscenza permette di formarsi una esatta rappresentazione dell'oggetto delle trattative(52)».

Otros autores, sin embargo, lo hacen en términos mucho más discretos(53) Por otra parte, los tribunales parecen ser cautos, cuando no directamente renuentes, en admitir que el silencio de una parte respecto de información relevante para la otra parte justifique la concesión a esta última de ciertos remedios(54).

b. *El soft law*

Con la excepción de los Principios UNIDROIT y los PECL, los demás instrumentos de *soft law* considerados aquí establecen directamente un deber precontractual de información. Los PECL y los Principios UNIDROIT, en cambio, lo tratan a propósito del error y el dolo, razón por la cual los considero conjuntamente.

(48) Ver, por ejemplo, GRISI, «Informazione (obblighi di)», p. 13.

(49) Ver, por ejemplo, SACCO, R., «Le invalidità», en Rescigno, P. (dir.), *Trattato di diritto privato*, vol. 10, *Obbligazioni e contratti*, t. 2ª, UTET, Turin, 1982, p. 502. Por su parte, BENATTI, F. (voz: «Responsabilità precontractuale», en AA VV, *Enciclopedia Giuridica*, vol. XXVII, Roma, 1991, p. 3) señala que la norma aparece como inútil en la medida que impone un deber ya comprendido por el artículo 1.337.

(50) Aunque se discute el alcance de la regla. Así, por ejemplo, no parece haber duda que se extiende a la nulidad, a la anulabilidad y a la nulidad parcial, pero no existe consenso respecto a su aplicación a las causas de inexistencia del contrato. Ver SCOGNAMIGLIO, R., *Di contratti in generale. Disposizioni Preliminari - Dei Requisiti del contratto*, en Scialoja, A. y Branca, G. (dir.), *Commentario del Codice civile*, Nicola Zanichelli Editore y Soc. ed. del Foro Italiano, Bologna, 1970, p. 221.

(51) Ver, por ejemplo, VISINTINI, G., *La*

reticenza nella formazione dei contratti, CEDAM, Padua, 1972, p. 111.

(52) Ver *ibid.*, p. 104. En términos muy similares GALLO, P. («I vizi del consenso», en Rescigno, P. (dir.), *Trattato dei contratti*, t. I, *I contratti in generale*, pp. 465-466) señalando que el deber de informar en los tratos preliminares. «possono estendersi a tutte le circostanze rilevanti ai fini della conclusione del contratto».

(53) Ver GRISI, *L'obbligo precontractuale*, pp. 79-144, intentando dilucidar el sentido en que se puede hablar de un deber general de informar derivado de la buena fe y las múltiples excepciones que existen a éste.

(54) Ver ROMO, V., «Formation of Contract and Pre-Contractual Information from an Italian Perspective (Final Remarks from the Perspective of European Contract Law)», en Grundmann, S. y Schauer, M. (eds.), *The Architecture of European Codes and Contract Law*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2006, p. 286.

II. Buena fe: la pregunta, no la respuesta

En la segunda parte de este capítulo se trata, por un lado de rechazar y, por otro, de concretar. En primer lugar (A) expongo la noción de un deber general de informar y las razones que aconsejan rechazarla. A continuación (B) explico que la buena fe, en tanto fundamento de los deberes precontractuales de informar es un fundamento complejo y que, por ello, es necesario intentar concretar sus exigencias, para eso es necesario ponderar los diversos intereses que se encuentran en juego.

A. ¿UN DEBER GENERAL DE INFORMAR?

La primera parte de esta investigación muestra, a propósito de los deberes precontractuales de informar típicos, que existen dos modelos que pueden utilizarse para configurar dichos deberes. El primer capítulo, referido al tratamiento de la evicción y a los vicios redhibitorios en el Código civil, permite advertir el primero de estos modelos, al que he denominado de «deberes excepcionales». Se trata de un modelo en el que la existencia de deberes precontractuales de informar se encuentra limitada a supuestos circunscritos, identificados por el legislador. El segundo modelo surge a propósito del estudio que se realiza en el segundo capítulo de las relaciones entre consumidores y empresarios. En ese ámbito, la opción del legislador ha sido establecer deberes precontractuales en forma extremadamente amplia; en términos tales que puede señalarse que, generalmente, el empresario debe suministrar información al consumidor. A este segundo modelo lo he denominado de «deber general».

El objeto de estudio en la segunda parte de este capítulo son los deberes precontractuales de informar atípicos, esto es aquellos que no ha tipificado el legislador, sino que se extraen por los jueces directamente de las exigencias de la buena fe.

La tesis que voy a defender en este apartado es que existen buenas razones para no utilizar el modelo de deber general para concebir la configuración de los deberes atípicos y, por el contrario, lo adecuado es optar por un modelo de deberes excepcionales. Comienzo exponiendo la tesis contraria, es decir, aquella según la cual de las exigencias de la buena fe puede desprenderse un deber precontractual que impone el suministro de información en términos extremadamente amplios. A continuación indico las razones que justifican el rechazo.

1. *La generalidad del deber*

La imposición del modelo de deber general de informar para los deberes atípicos parte de la base según la cual de las exigencias de la buena fe se puede derivar directamente un deber de informar. Esta idea no es problemática, sin embargo, se agrega una precisión respecto del

alcance de dicho deber. Según este modelo, parece entenderse que la buena fe impone a las partes negociantes siempre, o en términos extremadamente amplios, el deber de suministrarse recíprocamente información. Así, por ejemplo, en el derecho español, algunos autores han señalado la conveniencia de reconocer un amplísimo deber de informar no sólo en las normas de protección de los consumidores, sino que, además, en el derecho general de contratos. Representativo de esta opinión es GARCÍA CANTERO cuando señala que:

«[...] parece razonable pensar que dicho subprincipio (de información) ha de informar no sólo la específica legislación protectora de consumidores y usuarios, sino la doctrina general del contrato [...] Cabe establecer que, en toda relación contractual, las partes intervinientes tienen la obligación recíproca de informarse sobre cuántos puntos sean precisos a fin de lograr un consentimiento libre y reflexivo. Este deber contractual de informar lleva consigo el deber previo de informarse para así poder informar(144)».

Conviene advertir aquí que GARCÍA CANTERO alude al deber de informarse no como un límite al deber de informar, que es como generalmente se le considera, sino, por decirlo así, como un complemento que agrava el deber de informar. Según este autor, no sólo parece necesario entregar toda la información relevante en toda circunstancia, sino que, además, este deber –el de informar– impone otro: informarse para informar.

Por su parte, PÉREZ GARCÍA, en un estudio sobre información y derecho de consumo, sugiere que lo adecuado es considerar el deber de informar en términos generales, no limitado a la legislación sectorial de consumo, sino incluido además en el Código Civil. A estos efectos propone agregar un párrafo segundo al artículo 1258 del Código Civil español del siguiente tenor: «Todos los contratantes tienen derecho a recibir una información exacta, completa y comprensible sobre cuantos hechos pueda comprender su consentimiento(145)».

Finalmente, QUINONERO CERVANTES, comenta, a propósito del dolo por omisión que:

«El tantas veces aludido aquí principio de buena fe, impone un deber de información entre las partes sobre las circunstancias que rodean al negocio y que tienen transcendencia a la hora de emitir el consentimiento(146)».

Como puede advertirse, tal como lo consignan los autores citados, se trata de un deber de informar extremadamente amplio. En opinión de estos tres autores, debe suministrarse información respecto de «todo» lo que resulte necesario para la formación del consentimiento libre y reflexivo de las partes contratantes.

(144) GARCÍA CANTERO G., en Castán-García Cantero, *Derecho civil español, común y foral*, t. III, 16ª ed., Reus, Madrid, 1992, p. 650.

(145) PÉREZ GARCÍA, *La información*, p. 359.

(146) QUINONERO CERVANTES, «El dolo omisivo», p. 354.

Este tipo de opiniones parecen asumir una cierta noción del contrato en la cual los valores del individualismo –v. gr., el énfasis en la voluntad, la intangibilidad del contrato y la seguridad jurídica– son reemplazados por otros más propios de lo que puede denominarse la «escuela de la utopía contractual(147)». En esta última noción de contrato los valores son más bien la lealtad, la solidaridad y la fraternidad entre las partes(148).

Las opiniones de los autores citados no son aisladas, ni exclusivas del ámbito español. Así, por ejemplo, en el derecho italiano, un autor de la talla de GALGANO ha señalado respecto de la buena fe en las negociaciones de un contrato que:

«En estos casos la buena fe asume, sobre todo, el carácter de un deber de información de una parte respecto de la otra: cada una de ellas tiene el deber de informar las circunstancias que sean desconocidas para la otra y que puedan resultar determinantes para la prestación de su consentimiento (aquellas por las que la otra parte, si las hubiese sabido, no habría contratado o habría contratado bajo condiciones diversas). Así, por ejemplo, es contrario a la buena fe no decir mientras se está vendiendo un terreno edificable que se tiene conocimiento de que un proyecto de modificación del plan general de ordenación urbana modificará el destino de esa área...; o bien (en la hipótesis inversa) no decir, mientras se negocia el precio de adquisición de un terreno agrícola, que se tiene conocimiento de la existencia de una modificación del plan general de ordenación urbana, en trámite de aprobación, que hace edificable tal terreno lo cual elevaría sensiblemente el precio(149)».

Según el párrafo transcrito, debe proporcionarse toda la información necesaria para una correcta formación del consentimiento –aquí hay acuerdo con los autores españoles recientemente citados–, la particularidad es que el autor italiano añade el deber de suministrar información que afecta a la prestación de quien la ignora y que, además aumenta su valor, un supuesto respecto del cual la doctrina, en general, ha considerado que no se debe informar(150).

(147) Tomo la expresión de CHAZAL, J., «Les nouveaux devoirs des contractants. Est-on allé trop loin?», en JAMIN, C. y MAZEAUD, D., (dirs.), *La nouvelle crise du contrat*, Dalloz, París, 2003, pp. 120-121.

Esta noción de contrato se encuentra ya en la obra de DEMOGUE, R. (*Traité des obligations en général*, t. VI, Librairie Arthur Rousseau, París, 1931, nº 3) quien, en un pasaje profusamente citado señala:

«Les contrats forment une sorte de microcosme; c'est une petite société où chacun doit travailler pour un but commun qui est la somme des buts individuels poursuivis

par chacun, absolument comme dans la société civil ou commerciale. Alors à l'opposition entre le droit du créancier et l'intérêt du débiteur, tend à substituer une certaine union».

(148) Sobre esto puede verse MAZEAUD, D., «Loyauté, solidarité», p. 603. Ver también THIBERGE-GUELFUGGI, C., «Libres propos», pp. 357-385.

(149) GALGANO, F., *El negocio jurídico*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1992, p. 461.

(150) Sobre este tema ver *infra* nota 322, pp. 350-351.

Pues bien, una cosa es afirmar que de la buena fe se puede derivar directamente un deber de informar, distinto de los deberes típicos que impone el legislador. Otra bien distinta, es añadir a ello que ese deber derivado de la buena fe impone a cada una de las partes en todo caso -o, al menos, en términos extremadamente amplios- el suministro de la información necesaria para que la otra parte emita un consentimiento libre y reflexivo (GARCÍA CANTERO, PÉREZ GARCÍA y QUINONERO CERVANTES), incluyendo información que afecta a la propia prestación de quien la ignora (GALGANO). En el caso de los deberes atípicos es esta idea de deber general de informar la que debe ser rechazada. A continuación explico las razones de por qué debe ser así.

2. No siempre, ni siquiera muy ampliamente

El estudio del derecho europeo de contratos y del derecho español muestra -conviene recordarlo brevemente- que, en general, cuando se acepta la posibilidad de derivar directamente de la buena fe deberes precontractuales de informar atípicos se aparejan a estos deberes ciertos límites(151).

La razón de fijar límites a la posibilidad de derivar de la buena fe deberes precontractuales de informar es bastante evidente. Así como existen intereses jurídicos que se protegen a través de la imposición de dichos deberes (por ejemplo, la libertad de contratación o el interés de conservación) existen otros intereses que empujan en la dirección opuesta. Será útil detenerse, brevemente sobre algunos de ellos.

a. El modelo económico

En el derecho inglés, las razones que justifican la renuencia a derivar directamente de las exigencias de la buena fe un deber general de informar se aglutinan, según se ha dicho, en torno a un modelo de economía de libre mercado. Así, por ejemplo, ATIVAH encuentra razones para oponerse a ello alegando que toda la esencia del comercio y los negocios en una economía de libre mercado radica en la competencia de las partes, sin otra protección que sus propias fuerzas (*at arm's length*)(152). Por su parte, CHEN-WISHART señala la necesidad de que, en una economía de libre mercado, se remunere a quien dispone de mejor información, permitiéndole aprovecharse de ella, esto es, no imponiéndole el deber de suministrar dicha información mientras negocia(153).

(151) Ver pp. 216-224 y 230-240.
(152) ATIVAH, *An Introduction*, p. 181.

(153) CHEN-WISHART, *Contract Law*, p. 251.

Ninguna de estas razones resulta extraña al derecho continental. Respecto de la competencia como motor de la economía de libre mercado(154), como ya se vio para el derecho alemán, VON THUR estima que «en el comercio cada cual debe cuidar de sus propios intereses(155)». La misma idea puede leerse en una temprana sentencia de 1925, donde el Tribunal Supremo alemán (*Reichsgericht*) tuvo oportunidad de señalar que:

«El deber de informar no debe ser interpretado en un sentido demasiado amplio. En consideración a la existencia de intereses contrapuestos en el tráfico comercial no puede esperarse que el vendedor y el comprador se informen recíprocamente acerca de las condiciones de mercado que podrían ser importantes para la determinación del precio. Por el contrario, considerando que en las circunstancias actuales los precios de mercado tienden a subir o bajar, debe esperarse que cada una de las partes recolecte información consultando personas ajenas a la negociación(156)».

Lo que se extrae de este texto es que, atendiendo a la presencia de intereses contrapuestos en el tráfico comercial (es decir, de competencia), no es deseable la imposición de un deber de informar demasiado amplio.

La idea de la presencia de intereses contrapuestos en la contratación ha sido ampliamente reconocida en el derecho comparado y en el español(157). En el derecho francés, autores nada sospechosos a este respecto,

(154) Se trata de la vieja idea de la lucha como el motor del progreso, ya sea concebida como la «mano invisible» de Adam Smith, los «vicios privados y virtudes públicas» de Mandeville, las «astucias de la razón» de Hegel, o el «bosque» en que los árboles crecen vigorosos y rectilíneos gracias a la amenaza de otros árboles de Kant. Sobre esto puede consultarse CONTRERAS PELÁEZ, F., *El Tribunal de la Razón*, Editorial Mad, Sevilla, 2006, pp. 42-45.

(155) VON THUR, *Derecho civil*, p. 544.

(156) Según la cita de KÖTZ, H. y PATTI, S., *Diritto europeo*, p. 353 (la traducción es mía).

(157) Convendrá detenerse por algunos momentos en explicar esta idea de los intereses contrapuestos y ponerla en relación con la buena fe.

Se suele sostener que, en general, las personas se involucran en la negociación de un contrato sólo si cada una de ellas percibe la oportunidad de una ganancia mutua (ver COLEMAN, *et al.*, «A Bargaining Theory» p. 656) y que en la consecución de esa ganancia, cada una de las partes busca favorecer sus propios intereses, aún en detrimento de los intereses de su contraparte (ver NORTON, «Bargaining and the Ethic», *New York University Law Review*, vol. 64,

1989, p. 530). Así, por ejemplo, si una persona desea un bien y el dueño de este bien desea una cierta cantidad de dinero por él, ambas pueden colaborar para la consecución de sus respectivos intereses a través de un contrato de compraventa. Sin embargo, en el momento de negociar el contrato se advierte que los intereses de ambas partes, en cierto sentido, se contraponen, pues el vendedor intentará obtener el mayor precio y el comprador pagar el menor (ver ROSENFIELD, «Contract and Justice», p. 830). Como muestra el ejemplo, la contraposición de intereses es especialmente evidente en la etapa de negociación del contrato y es en ella donde, actuando racionalmente, cada una de las partes incurrirá en las conductas que, en su opinión, le permitan maximizar sus beneficios.

Presentadas las cosas de esta manera, el papel de la buena fe durante las negociaciones de un contrato puede concebirse como un criterio que permite separar cuáles de aquellos comportamientos en que incurren las partes son lícitos y cuáles ilícitos. Como ha sugerido GORDLEY: «the law of good faith is a catalogue of instances in which one cannot seek one's own profit at someone else's expense» (GORDLEY, J., «Good Faith and Profit Maximization», *Review of Business*, vol. 19, n° 4,

como GHESTIN(158) y CARBONNIER(159), la han utilizado para señalar que las partes deben protegerse a sí mismas. Una idea similar puede encontrarse, para el derecho alemán en FLUME(160) y, con mucho mayor énfasis, para el derecho italiano, en TRABUCCHI. En un importante trabajo sobre el dolo sugiere este autor italiano que la regulación del contrato debe adaptarse a la presencia de intereses contrapuestos en términos que cada parte debe protegerse a sí misma y que la intervención del Derecho se limita a aquellos supuestos donde la normal precaución de las partes no es suficiente para protegerlas(161). Finalmente, en el derecho español, MORALES MORENO ha señalado que:

«En el contrato, como institución jurídica, se expresa una permanente tensión entre dos polos antagónicos: De un lado, el que representa la constante tendencia de cada contratante a aspirar prioritariamente a la satisfacción del propio interés, aún a costa del de la otra parte. De otro, el de la necesaria cooperación entre las partes, que la propia institución contractual necesita(162)».

Una primera razón, entonces, para oponerse a un modelo de deber general de informar, en los términos expuestos más arriba, es que no resulta compatible con un modelo de economía de libre mercado que descansa, precisamente, sobre la idea de competencia e intereses contrapuestos(163). Esta idea es especialmente importante cuando, como sucede en España, según lo dispuesto en el artículo 38 de la Constitución, el sistema económico adoptado es el de una economía de mercado.

1997). En este sentido, la buena fe puede ser pensada como un dispositivo del que el Derecho se sirve durante los tratos preliminares para aligerar lo que se ha denominado la «paradoja de la negociación» (ver BIGWOOD, R., *Exploitative Contracts*, Oxford University Press, Nueva York, 2003, p. 34. Un estudio clásico sobre los problemas de la cooperación en RAIFFA, H., *The art and science of negotiation*, Harvard University Press, Cambridge, 1982), es decir el hecho de que si se considera en conjunto la posición de ambos negociantes la colaboración a través de un contrato les permite mejorar. En cambio, si se consideran individualmente ambos contratantes, lo que les permite sacar los mayores beneficios del negocio es comportarse de forma oportunista intentando aprovecharse de las vulnerabilidades de su contraparte en la negociación. Si un negociante se plantea la paradoja de la negociación tiene dos alternativas. La primera de ellas es simplemente abstenerse de negociar. La segunda es negociar, pero asumiendo que su contraparte intentará por todos los medios obtener la «mayor tajada» de los beneficios del negocio. En este último escenario su mejor posi-

bilidad es actuar de la misma forma. El problema con esto es que si los dos negociantes actúan de esta manera, probablemente obtengan resultados inferiores a los que hubieran logrado si se hubieran comportado en forma más colaboradora. Aquí entonces está la paradoja, una más de las múltiples manifestaciones del célebre «dilema del prisionero» (Ver: BIGWOOD, *Exploitative Contracts*, p. 35).

(158) GHESTIN, J., *La notion d'erreur dans le droit positif actuel*, LGDJ, París, 1971, pp. 115-116.

(159) CARBONNIER, J., *Derecho Civil*, t. II, vol. II, trad. M. Zorrilla Ruiz, Bosch, Barcelona, 1971, p. 400.

(160) FLUME, W., *El negocio jurídico*, trads. J. M. Miquel González y E. Gómez Calle, Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 1998.

(161) TRABUCCHI, *Il dolo nella teoria dei vizi del volere*, Edizione Scientifiche Italiane, Edizioni Scientifiche Italiane - Ristampe, Padua, 1978, pp. 507-508.

(162) MORALES MORENO, *El error*, p. 229.

(163) Ver, en términos similares CRISI, *L'obbligo precontrattuale*, pp. 82-83 y DALLEY, «From Horse Trading», p. 1317.

Desde luego, puede discutirse qué es exactamente lo que designa la expresión «economía de mercado» utilizada por el precepto constitucional(164). Lo que no parece discutible, en cambio, es que sin iniciativa privada no hay mercado y que la iniciativa privada depende de los incentivos que se entreguen a los particulares para emprenderla(165). Un deber de informar «todo» disminuye, evidentemente, esos incentivos. La razón de esto es que, un deber de este tipo simplemente desconoce el carácter antagonista que suele presentar la negociación de un contrato.

La segunda razón para oponerse al modelo de deber general de informar alegada a propósito del estudio del derecho inglés —la necesidad de permitirle a quien dispone de información aprovecharse de ella—, parece haber tenido amplia resonancia entre los autores españoles(166). El ejemplo utilizado por MORALES MORENO citado anteriormente(167) resultará útil aquí: ¿debe la empresa de hidrocarburos, que ha invertido en estudios que muestran que, aparentemente, existe petróleo en unos terrenos, informarlo a su dueño cuando le ofrece comprárselos? Si la respuesta es afirmativa, el problema es que, al menos en teoría, se afectan negativamente los incentivos de esa empresa y otras similares para incurrir en nuevas prospecciones, porque parte de los beneficios cuyos costos fueron soportados directamente por la empresa son externalizados al vendedor, quien, una vez que disponga de la información, fijará un precio notablemente superior al que hubiera vendido ignorando la existencia del petróleo(168).

b. Autorresponsabilidad

En mi opinión, las razones derivadas del modelo económico, como las expuestas más arriba, son suficientes para prescindir de la noción amplia de deber general de informar. Sin embargo, no son las únicas. Otra razón frecuentemente utilizada para oponerse a un deber general de informar se relaciona con el deber de cada una de las partes que negocia un contrato de proveerse de su propia información. Así, como ha quedado dicho, Díez-PICAZO señala que una de las premisas claras desde donde debe arrancar la investigación de los deberes de información es «que corresponde a cada parte el deber de buscar la informa-

(164) Sobre esa discusión puede consultarse CIDONCHA MARTÍN, A., *La libertad de empresa*, Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2006, pp. 109-117.

(165) Sobre la importancia de la libre iniciativa privada en cuanto principio del orden económico ver Díez-PICAZO, *Fundamentos*, I, p. 56.

(166) Así, por ejemplo, GÓMEZ CALLE, *Los deberes precontractuales*, p. 37; VERDA Y BEAMONTE, «La reticencia», pp. 16-21 y «El dolo in contrahendo», p. 47-50; y ROJO AJURIA, «El dolo en los contratos», pp. 275-279.

(167) Ver p. 234.

(168) Ver pp. 345.

ción(169)». Se trata de una opinión compartida, generalmente, por la doctrina española(170) y comparada(171).

Como es evidente, el reconocimiento de un deber de informar concebido en términos demasiado amplios desconoce esta imposición según la cual en las negociaciones de un contrato cada una de las partes debe procurarse la información necesaria. Es más, lo que hace un deber construido de esta manera es exactamente lo contrario, trata a las personas como si fueran incapaces(172), eximiéndolas de responsabilidad por las decisiones que toman(173).

En general, se acepta tanto por los autores(174) como por los tribuna-

(169) Díez-PICAZO, *Fundamentos*, I, p. 312.

(170) Ver, por ejemplo, GÓMEZ CALLE (*Los deberes precontractuales*, p. 89) advirtiendo que «[l]a ignorancia de uno de los contratantes puede quedar justificada por la imposibilidad o gran dificultad de obtener por sí solo la información precisa» (itálicas en el original). *Contrario sensu*, si no hay imposibilidad o gran dificultad de conseguir la información, la ignorancia será ilegítima. Por su parte, LLOBET I AGUADO (*El deber de información*, p. 111), señala que: «la obligación de información aparecerá cuando desaparezca la carga de informarse».

(171) Así, por ejemplo, incluso un autor especialmente atento a las relaciones entre derecho y moral como RIPPERT, G. (*La règle morale dans les obligations civiles*, LGD), París, 1949, p. 89) ha señalado que en el contrato «Chacun est le gardien de ses propres intérêts et doit par conséquent se renseigner lui-même». En el mismo sentido, JOURDAIN, «Le devoir» p. 139.

La misma idea puede encontrarse en la doctrina alemana en las opiniones de VON THUR (*Derecho civil*, p. 544) y MARKESINIS, et al. (*The German Law*, p. 130 y 307) cuando advierten que en el comercio cada cual debe cuidar de sus propios intereses.

Sobre esto también pueden consultarse algunas de las iniciativas de *soft law* consideradas. Así, por ejemplo, el artículo 4:107 (Fraud) de los PECL establece que uno de los factores que debe tomarse en consideración para determinar si la buena fe exige suministrar información es: «whether the other party could reasonably acquire the information for itself». Por su parte, el artículo 2:102 (Devoir d'information) del *Projet de Cadre* comienza señalando: «Il appartient en principe à chacune des parties au contrat de se renseigner sur les conditions de sa conclusion».

(172) Y aquí conviene recordar, otra vez, las acertadas palabras de MALAURIE, AYNÈS y STOFFEL-MUNCK (*Les obligations*, p. 191) según las cuales la vocación del derecho no ha sido jamás, ni debe llegar a ser, convertir a los agentes jurídicos en incapaces.

(173) Se trataría, en este sentido de una intervención de carácter paternalista que resulta difícil de justificar. Si la información es accesible para la persona que la ignora, y ésta contrata sin procurársela lo que se puede concluir a partir de esto es que asume el riesgo de su ignorancia y no parece haber razón para que el legislador o los jueces la protejan de esta decisión. La razón es que, en general, uno de los requisitos que se exige a las intervenciones paternalistas es que el sujeto al que se protege sea incapaz de hacerlo por sí mismo, éste sería el caso, por ejemplo, si la información no fuera accesible, pero, si lo es, la persona puede defenderse por sí sola. Sobre esto puede consultarse DWORKIN, G., «Paternalism: Some second thoughts», en Sartorius, R. (comp.), *Paternalism*, University of Minnesota Press, Minneapolis, 1987, p. 28; GARZÓN VALDÉS, E., «¿Es éticamente justificable el paternalismo jurídico?», *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 5, 1988, p. 166 y ALLEMANY GARCÍA, M., *El paternalismo jurídico*, Justel, Madrid, 2006, pp. 403-413.

(174) Ver, por todos, CARIOTA FERRARA, L., *El negocio jurídico*, trad. M. Albaladejo, Aguilar, Madrid, 1959, p. 53; BETTI, E., *Teoría general del negocio jurídico*, 2ª ed., trad. A. Martín Pérez, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1959, p. 326; CASTRO Y BRAVO, F. DE, *El negocio jurídico*, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1971, p. 116, refiriéndose al «principio de responsabilidad negocial», que exige: «valorar la buena fe de la conducta y el modo de cumplir según ella los deberes de infor-

les(175) que las partes deben comportarse responsablemente durante la negociación de un contrato. La idea es que como corolario de la libertad que el ordenamiento jurídico concede a las personas de vincularse a través del ejercicio de su autonomía, también las hace responsables de los efectos de sus actos(176). Sin embargo, conviene hacer una precisión, pues se puede ser responsable en, al menos, dos sentidos distintos(177). De una parte, frente a terceros, en cuyo caso, la responsabilidad se traduce en una obligación de indemnizar los perjuicios causados. De otra parte, se puede ser responsable en el sentido de que las declaraciones de voluntad que formula una persona le son imputables. A este segundo sentido puede denominarse «autorresponsabilidad» y, en sede de negociaciones de un contrato, significa que, bajo ciertas condiciones, la persona que celebra un contrato debe «sufrir los efectos del negocio que realiza(178)», aun cuando no los desee. Así sucede, por ejemplo, con el error inexcusable, el dolo bueno y la reserva mental. Se trata, por lo demás, de una idea suficientemente consolidada en la jurisprudencia del Tribunal Supremo(179).

c. Una extrapolación incorrecta

Existen buenas razones para oponerse a un deber general de informar como modelo a seguir para concebir los deberes atípicos ¿Qué explica, entonces, que autores prestigiosos lo hayan defendido?

En mi opinión, la idea de imponer un modelo de deber general de informar para los deberes de informar atípicos proviene de una extrapolación incorrecta de las normas de protección al consumidor a las relaciones contractuales disciplinadas por el derecho común. Así se advierte, por ejemplo, en los pasajes citados de GARCÍA CANTERO y PÉREZ

mar y de informarse»; y ALBALADEJO, M., *Derecho civil*, t. I, *Introducción y parte general*, 17ª ed. Edisofer, Madrid, 2006, I, 17ª ed., p. 622.

(175) Especialmente respecto del error. Así, por ejemplo, las SSTs de 18 de febrero de 1994 (RJ 1994, 1096) y de 6 de febrero de 1998 (RJ 1998, 408) refiriéndose al «principio de autorresponsabilidad».

(176) Sobre esta idea puede consultarse BETTI (*Teoría general*, p. 125) quien ha sugerido que «[t]oda la dialéctica del negocio jurídico se apoya sobre esta antinomia entre libertad, que es antes, y autorresponsabilidad que viene después». Una idea, por lo demás, antigua: «Contractus ab inito est voluntas, ex post facto necessitatis».

(177) CARIOTA FERRARA, *El negocio jurídico*, p. 53. Ver, también, PIETROBÓN, V. (*El error en la doctrina del negocio jurídico*, trad. M. Alonso Pérez, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1971, pp. 268-269), relacionando, en sede de error, la autorre-

ponsabilidad con la protección de la confianza de la parte que recibe la declaración.

(178) CARIOTA FERRARA, *El negocio jurídico*, p. 53.

(179) El principio de autorresponsabilidad ha sido reconocido por el STS de 15 de noviembre de 2006 (RJ 2006, 114) pte. Excmo. Sr. D. C. Auger Liñán, FD 3) como esencial en los siguientes términos:

«El artículo 1281 del Código Civil recoge y proclama las grandes normas de la hermenéutica (sic) contractual que se pueden resumir en tres principios esenciales como son: el principio de tomar en cuenta la voluntad común de las partes contratantes; el principio de la autorresponsabilidad (sic) de dichas partes contratantes; y el principio de la confianza, buena fe en ellas».

Ver también el fundamento de derecho tercero de la STS de 18 de febrero de 1994 (RJ 1994, 1096, pte. Excmo. Sr. D. L. Martínez-Calcerada y Gómez) y el fundamento de derecho cuarto de la STS de 20 de diciembre de 2001 (RJ 2001, 352, pte. Excmo. Sr. D. P. González Poveda).

GARCÍA(180). Igualmente, se advierte el mismo error en la defectuosa regulación de los deberes precontractuales de informar contenidos en el DCFR(181). En dicha regulación, específicamente en el artículo II.-3:101 (1), se establece, como ya ha quedado dicho(182), un deber precontractual de informar para el empresario(183).

Este deber tiene lugar cuando el empresario negocia con consumidores o con otros sujetos diversos y, según señalan algunos autores, está concebido en términos según los cuales la regla general es que el empresario debe suministrar información. Por lo tanto, sólo excepcionalmente, se aplica el principio de autorresponsabilidad(184). La crítica, tal y como la formulan dichos comentaristas es que:

«That rule-exception scheme stands in marked contrast to the law prevailing in the European legal systems as well as to the fundamental precepts of a private law regime for a free society(185)».

La crítica es acertada, y no ha sido superada en la segunda edición del DCFR recientemente publicada(186). Así como extrapolar, sin más, la racionalidad del derecho común a las normas de consumo es inadecuado(187), el movimiento inverso es igualmente desaconsejable. Por lo mismo, del hecho que en la normativa de protección del consumidor se acepte un deber general de informar no se deriva *a priori* ninguna buena razón para extrapolar sin más esta conclusión a los deberes precontractuales de informar atípicos.

B. LA CONCRECIÓN DE LA BUENA FE

Descartado el modelo de un deber general de informar queda el modelo de deberes excepcionales. La aplicación de ese modelo a los deberes atípicos parte de la base que la buena fe es un fundamento complejo.

Con dicha afirmación quiero significar que si se presta atención a los preceptos sobre los cuales se hace reposar la buena fe que impone el deber de informar, se advierte que no se trata de normas en un sentido técnico. Esta circunstancia impide el proceso de subsunción lógica que caracteriza a este tipo de preceptos. En otras palabras, la buena fe en cuanto fundamento normativo de los deberes atípicos no responde a la pregunta acerca de bajo qué condiciones surge un deber precontractual de informar, sino que, cosa distinta, permite establecerlos ahí donde el legislador no lo ha hecho directamente.

Esta circunstancia posee ventajas y riesgos. La ventaja es que permite

(180) Ver p. 242.

(181) Ver una severa crítica a dicha regulación en EIDENMÜLLER, *et al.*, «The Common Frame», pp. 695-696.

(182) Ver p. 223-224.

(183) El DCFR utiliza la expresión «business». Ver la definición que dicho cuerpo normativo da del término en *supra* nota 63.

(184) Ver EIDENMÜLLER, *et al.*, «The Common Frame», p. 696.

(185) *Loc. cit.*

(186) Ver *supra* nota 4.

(187) Ver pp. 112-121.

considerar los diversos intereses que se ponen en juego a propósito de la imposición de deberes precontractuales de informar. El riesgo es que deja abonado el terreno para la arbitrariedad judicial y la lesión de la seguridad jurídica. Es necesario entonces aprovechar las ventajas y evitar, hasta donde sea posible, los riesgos. La forma de hacerlo es a través de la concreción de la buena fe.

En las páginas que restan de este capítulo explicaré en forma más detallada en qué sentido considero que la buena fe es un fundamento complejo de los deberes precontractuales de informar atípicos. A continuación expondré las ventajas y riesgos de este fundamento. Finalmente sugeriré una forma en que se pueden concretar las exigencias de la buena fe en lo que se refiere al deber de informar.

I. Un fundamento complejo

a. Un mismo fundamento, diversas opiniones

Resulta curioso, a primera vista al menos, que autores que están de acuerdo en que el fundamento de un deber de informar se encuentra en la buena fe mantengan, en cambio, opiniones, a veces, muy diversas acerca de los límites de dicho deber. Así, por ejemplo, GARCÍA CANTERO(188) y PÉREZ GARCÍA(189) estiman que la buena fe impone el deber de informar sobre «todos» aquellos puntos que sean precisos para lograr un consentimiento libre y reflexivo. Una posición bastante diversa parece ser la de GARCÍA RUBIO cuando señala que:

«[...] en el Derecho español no existe un deber general de informar al otro contratante, sino que, por el contrario, en el ámbito de las relaciones negociales, cada parte ha de preocuparse de su propio interés y, en consecuencia tiene el deber de autoinformarse(190)».

Por su parte, reflexionando sobre el deber de colaborar en deshacer el error en que ha incurrido la otra parte —es decir, sobre un deber de informar atípico a propósito del error—, MORALES MORENO establece como un límite al deber de informar el hecho de que haya sido necesario invertir recursos para conseguir la información(191). VERDA Y BEAMONTE añade que no deben suministrarse aquellas informaciones que aumentan el valor de los bienes, ni debe informarse cuando ambas partes podrían haber accedido a la información con costes simétricos(192). Esta diversidad de opiniones no es patrimonio exclusivo del derecho español.

En el derecho italiano, donde la buena fe desempeña el mismo papel a

(188) GARCÍA CANTERO, *Derecho civil español*, p. 650.

(189) PÉREZ GARCÍA, *La información*, p. 359.

(190) GARCÍA RUBIO, *La responsabilidad precontractual*, p. 47.

(191) MORALES MORENO, *El error*, p. 231.

(192) VERDA Y BEAMONTE, «La reücen- cia», pp. 17-21.

este respecto que en el derecho español, GALGANO ha sostenido una opinión similar a la de GARCÍA CANTERO(193) y GRISI, en cambio, ha afirmado:

«La qualificazione in termini di «generale» non può, invece, ritenersi sintomatica dell'esistenza di un obbligo delle parti di rivelarsi reciprocamente tutte le circostanze da ciascuna di esse conosciute e che abbiano, in qualche modo, a che fare con il negozio che si prevede di poter concludere.

Non é dato rinvenire la presenza, nel nostro ordinamento di un obbligo siffatto: per contro, la circolazione dei beni e delle ricchezze è governata -si dice- da regole di competizione e di concorrenza, alle quali specularmente corrisponde la «libertà di procurarsi e mantenere posizioni di vantaggio», anche sul le piano informativo, in tutti i casi in cui ciò non si traduca in violazione di precise disposizioni normative o di principi generali dell'ordinamento giuridico(194)».

¿Qué explica la posibilidad de opiniones tan diversas a partir de un mismo fundamento? La respuesta es: el propio fundamento. Cuando se piensan las cosas con más cuidado, no existe razón para extrañarse acerca de la variedad de opiniones que es posible encontrar entre los autores. Una utilización algo vaga de un fundamento complejo como es la buena fe permite, en principio, formular cualquier afirmación.

b. Las bases legales de la buena fe en cuanto fundamento de los deberes precontractuales de informar atípicos

Un examen de la buena fe y sus diversas manifestaciones excede, desde luego, las pretensiones de esta investigación. Lo que sí resulta necesario advertir aquí a propósito de ella es que, al menos en el derecho español, quienes emplean la expresión «buena fe» vinculándola a un deber precontractual de informar durante las negociaciones del contrato lo hacen acudiendo a preceptos que la consagran en términos vagos e indeterminados.

Para comprender esto último conviene recordar que, como ha señalado Díez-Picazo, la expresión «buena fe» puede emplearse para designar dos cosas distintas(195). La primera de ellas es como un concepto técnico-jurídico que describe o delimita un supuesto de hecho (así, utilizando uno de los ejemplos que provee el autor, el artículo 79 CC dispone que el matrimonio produce efectos civiles para el cónyuge que lo contrajo de buena fe, aunque haya sido declarado nulo)(196). La segunda cosa que se designa con esta expresión es un principio general del derecho, capaz de engendrar normas jurídicas completas, según el cual las personas:

«[...] deben adoptar un comportamiento leal en toda la fase previa a

(193) GALGANO, *El negocio jurídico*, p. 461.

(194) GRISI, *L'obbligo precontrattuale*, pp. 82-83. Por su parte, TRABUCCI, en su clásico estudio sobre el dolo (*Il dolo*, p. 535), señala:

«Non si può affermare senz' altro l'esistenza di un obbligo generale, di buona

fedé, di informare l'altra parte contraente intorno ad ogni elemento obiettivamente influente sul contratto».

(195) Díez-Picazo, «Prólogo», pp. 11-12.

(196) En este ámbito «buena fe» significa que el cónyuge ignora la existencia de causales de nulidad del matrimonio.

la constitución de tales relaciones (diligencia in contraendo); y que deben también comportarse lealmente en el desenvolvimiento de las relaciones jurídicas ya constituidas entre ellos(197)».

MIQUEL GONZÁLEZ, por su parte, ha señalado que la distinción formulada por Díez-Picazo corresponde a la buena fe objetiva y subjetiva, «pero poniendo el acento en otros factores que atienden al grado y al tipo de concreción(198)». Así, tratándose de la buena fe que delimita un supuesto de hecho -la subjetiva-, el legislador la ha descrito y, dicho nivel de concreción permite realizar una operación jurídico-formal de subsunción. No sucede lo mismo cuando se trata de la buena fe objetiva o como principio general del derecho, y la razón es que en estos últimos casos no se encuentran determinados ni los supuestos de hecho normativos, ni las consecuencias jurídicas.

El examen de la conexión entre tratos preliminares y buena fe por una parte y buena fe y deber de informar por otra, permite justificar que la buena fe es el fundamento normativo del deber de informar. Ese mismo examen muestra que las bases legales de esto suelen encontrarse en los artículos 7.1 y 1258, ambos del CC; éstas serían las normas. Pero, ¿en qué sentido emplean esas normas la expresión «buena fe»? ¿Simplemente para describir o delimitar un supuesto de hecho o bien como un principio general del derecho que permite engendrar nuevas normas?

Convendrá aquí citar la opinión de MIQUEL GONZÁLEZ, respecto del artículo 7.1 CC:

«Es bien difícil considerar el artículo 7.º1 como una norma en sentido técnico, porque existe una excesiva generalidad en el supuesto de hecho (si se puede llamar así) y en la consecuencia jurídica. El precepto tiene una remisión a los valores que encarna la buena fe a modo de directiva para que el juez halle la norma aplicable al caso, susceptible de aplicarse a un número indefinido de casos iguales y por ello fundada en criterios generalizables y coherentes con los citados valores éticos y con el sistema jurídico en el que ha de insertarse, siquiera este sistema no sea fijo, sino móvil. En este sentido el art. 7.º1 es de una generalidad impropia para describir un supuesto de hecho normativo, porque, en principio, abarca todos los derechos subjetivos, poderes y facultades e impone una consecuencia jurídica necesitada de ulterior concreción(199)».

Según esta opinión, el artículo 7.1 CC no es, entonces, una norma; no en el sentido técnico al menos, puesto que ni su supuesto de hecho ni las consecuencias jurídicas están suficientemente determinadas.

El segundo precepto al que se acude es el artículo 1258 CC. En este

(197) *Ibid.*, p. 12.

(198) MIQUEL GONZÁLEZ, «Comentario artículo 7.1», p. 40. Ver también Id., «Observaciones en torno a la buena fe», en *Homenaje al profesor Juan Roca Juan*, Universidad de Murcia, Murcia, 1989, pp. 497 a 507.

(199) MIQUEL GONZÁLEZ, «Comentario artículo 7.1», p. 39. La idea de que los principios generales no son normas en sentido técnico ya había sido formulada por ESSER,

J. (*Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado*, trad. E. Valentí Fiol, Bosch, Barcelona, 1961, p. 65) señalando que:

«un principio jurídico no es un precepto jurídico, ni una norma jurídica en sentido técnico, en tanto no contenga ninguna instrucción vinculante de tipo inmediato para un determinado campo de cuestiones, sino que requiere o presupone la acuñación judicial o legislativa de dichas instrucciones».

artículo, la buena fe actúa integrando, es decir como «una fuente de creación de deberes accesorios al deber principal de prestación(200)». Ahora bien, aquí se plantea la siguiente pregunta, si el contrato obliga no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, en lo que interesa aquí, sean conforme a la buena fe ¿cómo determinar esas consecuencias?

En su comentario del artículo 1258 CC, ROCA GUILLAMÓN señala que la invocación a la buena fe como hecho generador de consecuencias aparece enunciado como un deber de comportamiento(201), de manera que la pregunta puede ser reformulada investigando qué conducta exige el precepto. Sobre esto DIEZ-PICAZO proporciona alguna pista cuando indica que a través de la buena fe en dicho precepto:

«Se aspira a que el desenvolvimiento de las relaciones jurídicas, el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones, se produzcan conforme a una serie de principios que la conciencia social considera como necesarios aunque no hayan sido formulados por el legislador, ni establecidos por la costumbre o por el contrato(202)».

Como sucedía con el artículo 7.1 CC, el 1.258 CC tampoco utiliza la expresión buena fe como elemento del supuesto de hecho normativo, sino, más bien en términos objetivos y, por lo mismo, impide un proceso de subsunción lógico-formal.

Si se acepta que las normas sobre las cuales suele justificarse el deber general de informar emplean la expresión «buena fe» en tanto principio general del derecho, aparece con toda claridad la razón por la cual es posible defender opiniones dispares respecto al alcance del deber de informar. La razón es que, en tanto principio general del derecho, la buena fe no permite extraer, en forma directa, una respuesta a la pregunta acerca de si debe o no suministrarse información(203). Como ha señalado PROBST respecto del papel de la buena fe en el dolo por omisión:

«Since the notion of bona fides is rather vague and indeterminate, it does not provide any specific answer as to when a party's failure to disclose information constitutes deception(204)».

(200) DIEZ-PICAZO, L., «Comentario artículo 1258», en *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, ALBALADEJO, M. y ALABART, S. (dir.), Edersa, Madrid, 1993, p. 437.

(201) ROCA GUILLAMÓN, «Comentario Artículo 1258» p. 452.

(202) DIEZ-PICAZO, «Comentario artículo 1258», p. 437.

(203) Así, por ejemplo, DIEZ-PICAZO (*Fundamentos*, I, p. 64) se ha referido a ella como un concepto esencialmente vago. Esta idea parece ser compartida en el derecho comparado. Así, por ejemplo, en el ámbito francés JAZULOT, B. (*La bonne foi dans les contrats*, Dalloz, París, 2001, pp. 12-

13) afirma que todo intento de definir la buena fe parece quedar condenado a la simple utilización de sinónimos que no aportan demasiado. Sobre la dificultad de definición puede consultarse también GORDLEY, J., «Good faith in contract law in the medieval *ius commune*», en Whitaker y Zimmermann (eds.), *Good Faith in European Contract Law*, Cambridge University Press, Harvard, 2000, p. 93. Ver, además, las acertadas críticas de WIEACKER, F. (*El principio general de la buena fe*, trad. J. L. Carró, Editorial Civitas, Madrid, 1977, pp. 32-42) a la concepción positivista de la aplicación de las cláusulas generales.

(204) PROBST, «Deception», p. 99.

2. Las ventajas y los riesgos

a. Las ventajas

Una cláusula general como la buena fe se considera necesaria en los ordenamientos jurídicos toda vez que constituyen válvulas que regulan la presión de las exigencias ético sociales, evitando un ordenamiento jurídico impermeable a los cambios sociales. En este sentido, MIQUEL GONZÁLEZ está en lo correcto cuando considera al principio de la buena fe como: «una estrategia del Ordenamiento Jurídico para facilitar constantes adaptaciones a la realidad(205)».

Pues bien, en lo que interesa a esta investigación, la flexibilidad que otorga una cláusula general como la buena fe es que permite considerar los diversos intereses que se ponen en juego a propósito de los deberes precontractuales de informar.

Como se ha venido mostrando a lo largo de esta investigación, la cuestión de imponer o no deberes precontractuales de información se encuentra entrelazada con los intereses que se trata de proteger. Conviene a estas alturas recordar, aunque en forma muy breve, cuáles son aquellos intereses o consideraciones que han ido mostrándose a propósito del estudio de los deberes precontractuales de información.

El más evidente es, desde luego, la protección de la libertad contractual

(205) MIQUEL GONZÁLEZ, «Comentario artículo 7.1», p. 38. La misma idea ha sido defendida para el derecho holandés por HARTKAMP («Judicial Discretion», párrafo 35) en términos que conviene reproducir aquí:

«Only by means of such a flexibility codes can survive the many years they are destined to exist and the changes of society which the law is supposed to deal with. Only this flexibility allows the court to do justice to the circumstances of each particular case, which often do not fit into the abstract provisions of the code».

Conviene decir algunas palabras más sobre esta idea. Refiriéndose a la buena fe en el derecho romano, SCHERMAIER ha sugerido que en cierto punto del desarrollo de todos los sistemas legales su aplicación original, formal y estricta, es suplementada por una aproximación más libre, cuyas pretensiones sobrepasan las restricciones positivistas («*Bona fides*», p. 63) El derecho romano sería, en opinión de este autor, el primer ejemplo de cómo un sistema legal se renueva bajo la influencia de *equitable ideas* (*Ibid.*, p. 65). Este fenómeno tendría lugar nuevamente con el desarrollo de la *equity* en Inglaterra y de las cláusulas generales como el parágrafo 242 del BGB.

En una línea similar, DIEZ-PICAZO («Prólogo», p. 16) vincula la dinámica utilización del principio de buena fe que caracteriza el actual derecho de contratos con la segunda revolución industrial y las grandes crisis económicas, en los siguientes términos:

«El legalismo hace crisis y la hace también el positivismo riguroso. El sueño jacobino de unos códigos lacónicos y lapidarios con claras soluciones para todos los casos, como ideal burgués para empeñarse en el mundo de los negocios con una buena dosis de certidumbre se desvanece. No es aventurado pensar que esa ruptura y crisis del antiguo legalismo y que esa utilización dinámica del principio de buena fe es una respuesta a las situaciones creadas por la segunda revolución industrial o por las grandes crisis económicas, donde los mismos intereses que antes demandaban un legalismo cristalizado como factor de certidumbre, demandan ahora soluciones más factibles».

El sueño jacobino al que se refiere DIEZ-PICAZO debe atemperar sus pretensiones de certidumbre frente a los «enormes poderes» de la «sociedad y la historia», (WIEACKER, *El principio general*, p. 98).

entendida como libertad de decisión. De lo que se trata es de que el contrato represente las preferencias de las partes y el cumplimiento de este objetivo precisa de un consentimiento libre y reflexivo. Los deberes precontractuales de información pueden concebirse como dispositivos que favorecen dicho consentimiento.

Un segundo interés que ha sido posible advertir a propósito del tratamiento de la evicción, de los vicios redhibitorios y del estudio de las relaciones contractuales caracterizadas por una cierta desigualdad —aquella proveniente de la presencia de asimetrías informativas— es el de proteger a la persona y bienes de quien adquiere o utiliza un bien o servicio. Es lo que he denominado «interés de conservación».

El tercer interés es la protección del mercado. Existe un conjunto de reglas (*v. gr.* las de publicidad) que no están preocupadas directamente de la formación del consentimiento, sino más bien de que la oferta de productos en el mercado opere en términos competitivos y, para esto, procuran que los potenciales consumidores dispongan de la información suficiente para discriminar entre los diversos oferentes de bienes y servicios.

El tratamiento del error por el derecho inglés muestra con especial elocuencia un cuarto interés: la seguridad jurídica. Los tribunales son reacios a privar de eficacia, por el error de una de las partes a un contrato aparentemente válido(206).

Un quinto interés, que aparece con toda claridad en la opinión de la doctrina española respecto de los límites del deber de informar, es la creación de incentivos para la producción y utilización de información(207). Como ya ha quedado dicho, se sugiere que en una economía de mercado es necesario remunerar la investigación y el conocimiento(208). Una forma de remuneración es permitir a quien dispone de mejor información aprovecharse de ella, aún en detrimento de la que tiene menos.

Existe un sexto interés que se relaciona con una cierta idea de «lealtad contractual» que se les exige a las partes durante la negociación del contrato(209). Según esta idea, durante la negociación del contrato, cada parte pueda confiar en que la otra se comportará con lealtad y honestidad, colaborando en deshacer la equivocación en que pueda incurrir la otra parte(210).

Finalmente, también parece existir un interés en que las personas se comporten diligentemente en las negociaciones de los contratos en que participan en términos tales que se les haga responsables por sus declaraciones, aun cuando no las deseen. Esto es lo que he denominado autorresponsabilidad(211).

(206) Al comenzar su estudio sobre el error ATIVAH (*An Introduction*, p. 234) señala que:

«In practice, it will be found that mistakes are rarely regarded as sufficiently fundamental or basic to invalidate a contract, perhaps partly because the courts feel that one or other the parties could have disco-

vered the pre-existing facts, and partly because the courts dislike holding apparent contracts to be inoperative».

(207) Ver pp. 230-240.

(208) Ver p. 205.

(209) Ver *supra* nota 95.

(210) Ver pp. 312-326.

(211) Ver pp. 247-249.

b. Los riesgos

Una cláusula general como la buena fe aporta flexibilidad al ordenamiento jurídico, pero lo hace a un costo importante en términos de lo que IHERING denominó «realizabilidad formal del derecho(212)». Un ejemplo proporcionado por el mismo autor contribuirá a mostrar esto. Se trata de la capacidad civil y política de las personas. La pregunta es cómo dibujar la línea que separa a los capaces de aquellos que son incapaces. La idea del legislador, como la plantea IHERING es que:

«[...] será mayor de edad el que tenga el discernimiento y la firmeza de carácter necesarios para arreglar por sí sus asuntos propios; será elector y elegible el que tenga la capacidad y voluntad de contribuir al bien del Estado(213)».

Una posibilidad —la que asumen en general los ordenamientos jurídicos— es simplemente fijar una edad que determine el comienzo de la capacidad. No obstante, algunos de los que alcanzan esa edad no satisfarán aquello deseado por el legislador, y otros lo satisfarán con anterioridad a haberla alcanzado. La otra opción consiste en plasmar legalmente la idea del legislador tal y como fue concebida —es decir, tal y como se encuentra en el párrafo transcrito— sin embargo, como advierte IHERING:

«Por muy justa que sea esta idea, no por eso sería menos absurdo erigirla en ley bajo esa forma abstracta, porque se perdería tiempo y gran trabajo para discernir en cada caso concreto la existencia de estas condiciones. Ese legislador crearía un manantial inagotable de controversias y abriría ancho campo a la arbitrariedad del juez(214)».

Ahora los riesgos de disponer de la buena fe en términos vagos e indeterminados deberían ser claros: eventualmente, puede crear un manantial inagotable de controversias y abrir mucho campo a la arbitrariedad judicial.

Estos riesgos no han pasado desapercibidos para la doctrina. Tempranamente, en 1933, HEIDEMANN advirtió insistentemente que acudir a cláusulas generales permitiendo a los jueces un ejercicio inmoderado de discrecionalidad destruiría la función vital de las normas legales como limitadoras del

(212) La expresión «realizabilidad formal» es introducida por von IHERING en *El espíritu del derecho romano* (pgs. 38-46). Allí, el autor alemán señala que la función del derecho es realizarse, y distingue entre realizabilidad material y formal. Por la primera puede entenderse: «la utilidad o la oportunidad de las disposiciones materiales del derecho»; por la segunda: «la facilidad y la seguridad de la aplicación del derecho a las especies concretas» (*Ibid.*, p. 40).

La realizabilidad formal depende de la

forma en que se establece la hipótesis (sustituido de hecho) y la consecuencia de la norma. Como sugiere VON IHERING (*ibid.*, p. 42):

«A medida que las condiciones y las consecuencias de una regla de derecho están determinadas de una manera general e interna, más difícil es reconocerlas de un modo concreto; y cuanto más concretas y exteriores son, tanto más fácil es, por el contrario, el apreciarlas».

(213) *Loc. cit.*

(214) *Loc. cit.*

ejercicio del poder(215). Dos décadas después WIEACKER consideró que el riesgo sobre el que había alertado HEDEMANN se había cumplido a causa del totalitarismo en Alemania(216).

En el derecho español, la opinión de HEDEMANN también ha llamado la atención de la doctrina. Así, por ejemplo, DIEZ-PICAZO ha señalado respecto de la proliferación de cláusulas generales que:

«[...] facilita un camino a quienes temen enfrentarse con los duros problemas de las normas legales, porque la cuestión es que en las cláusulas generales es más fácil la sustitución de la hermenéutica legal por un conjunto de valoraciones subjetivas tendentes a crear un clima que favorezca puras intenciones de justicia entendidas al modo que quiera entenderlo quien quiera recurrir a tales valoraciones. Se trata de un problema repetido *ad nauseam* y todos aquellos que han estudiado con detenimiento estas materias, han encontrado siempre la necesidad de poner un límite o un dique al arbitrio judicial, pues lo que no es en ningún caso la regla que ordena cumplir las exigencias de la buena fe o comportarse de acuerdo con ella es una puerta abierta al más absoluto arbitrio judicial(217)».

Y, específicamente, respecto de las reformas al Título Preliminar del Código civil que introdujeron el artículo 7.1, DIEZ-PICAZO y GULLÓN alertan sobre el riesgo de «apertura hacia un sistema de mayor arbitrio judicial en la decisión de los litigios, con la mengua de seguridad jurídica que siempre empaña el principio de legalidad en estos casos(218)».

No obstante estos justos temores, en términos de arbitrariedad judicial y falta de seguridad jurídica(219), ante el abuso de las cláusulas generales, no parece posible que el ordenamiento español prescindiera de ellas y de la flexibilidad que le otorgan. La cuestión que se plantea, entonces, es «cómo salvar el peligro de sustituir simplemente el Derecho escrito por el arbitrio judicial(220)».

3. Ponderación y tipificación

La pregunta que ha quedado planteada es cómo evitar que, a través

(215) Una exposición de esta idea en DAWSON, J., *The Oracles of the Law*, Greenwood Press, Connecticut, 1968, p. 476 y AUER, M., «The Structure of Good Faith: A Comparative Study of Good Faith Arguments», SSRN, 2006, p. 30 (disponible en: <http://ssrn.com/abstract=945594>). Visitado el 11/10/2007.

(216) WIEACKER, *El principio general*, p. 31. Ver también DAWSON, *The Oracles*, p. 477.

(217) DIEZ-PICAZO, *Fundamentos*, I, p. 65.

(218) DIEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A., *Sistema de derecho civil*, v. I, 11ª ed., Tecnos, Madrid, 2003, p. 65.

(219) Utilizo aquí la expresión «seguridad jurídica» como equivalente a «predictibilidad», es decir, siguiendo en esto a VILLAR PALASI, J. L. y SUÑE LLINAS, E.

(«Comentario artículo 9», en Alzaga Villamil, O. (dir.), *Comentarios a la Constitución española de 1978*, Cortes Generales - Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1983, pp. 503-504) «como la posibilidad de predecir con la mayor exactitud cuál sea la consecuencia jurídica de un supuesto de hecho concreto». Sobre este mismo sentido puede consultarse DIEZ-PICAZO, L., *La doctrina de los propios actos*, Bosch, Barcelona, 1963, p. 14 señalando: «[l]oda la lucha por la formulación legal del derecho es, ante todo, una persecución de la seguridad: poder predecir o, al menos, poder pronosticar con algún fundamento el resultado del futuro litigio».

(220) MIGUEL GONZÁLEZ, «Comentario artículo 7.1», p. 38.

del uso de cláusulas generales —en lo que interesa aquí, de la buena fe— se reemplace al derecho por el arbitrio judicial. Mi sugerencia para conjurar ese riesgo, es que es necesario concretar las exigencias de la buena fe. En lo que se refiere a los deberes precontractuales de informar atípicos esta concreción supone la ponderación de los diversos intereses. Dicha ponderación pertenece a los tribunales, su tarea a este respecto es ir identificando «supuestos típicos» de deberes atípicos, es decir, su tarea es tipificar deberes atípicos.

a. La ponderación de los intereses

Basta echar una mirada a los diversos intereses que se han identificado a lo largo de este trabajo para advertir la tensión que puede generarse entre ellos. Mientras que la protección de la libertad contractual, la transparencia del mercado o el interés de conservación apuntarán, las más de las veces, hacia la imposición de deberes precontractuales de información. La seguridad jurídica, la autorresponsabilidad y la creación de incentivos, no necesariamente se orientan en esa misma dirección.

(i) Conflicto de intereses

Durante el mes de agosto de 1986, Larry Trawick y Charles Brown, quienes se dedicaban profesionalmente a la especulación en derechos sobre minerales (*mineral interests*), tuvieron conocimiento de ciertas actividades de prospección minera (*drilling*) en Comanche County, Oklahoma. A través de algunas pesquisas se informaron de que las prospecciones mostraban que los terrenos poseían ricos depósitos de minerales. Una investigación acerca de quiénes eran los propietarios de los derechos sobre minerales en la zona los llevó a Hedwig Zimpel, a la sazón una mujer de avanzada edad y afectada por una enfermedad terminal, incapaz de afrontar sus gastos médicos. Trawick tomó contacto con ella y le ofreció comprarle todos sus derechos de explotación. Finalmente acordaron la venta de 15 acres por 30.000 dólares. Aproximadamente 20 días después de la celebración del contrato, los compradores vendieron rápidamente los 15 acres por 49.500 dólares. El albacea de Zimpel demandó a Trawick y Brown por fraude y engaño (*fraud and deceit*) solicitando que se condenara a estos a pagarle la diferencia de precio que habían obtenido y los daños punitivos(221).

Con respecto a los intereses en juego, es sencillo apreciar cómo se ve perjudicada la libertad de contratación de la vendedora. El consentimiento, evidentemente, no fue libre y reflexivo. Sin embargo ¿se trata de una razón suficiente para imponer un deber precontractual de informar? Mi objetivo no es responder a esta pregunta, sino, más bien, aportar algunos elementos para la reflexión.

(221) *Zimpel v. Trawick*, 679F. Supp. 1502. Un análisis del caso en STRUDLER, A., «Moral Complexity in the Law of Nondis-closure», *UCLA L. Rev.*, vol. 45, 1997, pp. 337-384.

Así, por ejemplo, respecto de la autorresponsabilidad, una primera peculiaridad de los hechos narrados es que el error recae sobre el objeto de la propia prestación de la vendedora, es decir el terreno sobre el cual poseía derechos de explotación minera, y existe una cierta tendencia doctrinaria a considerar inexcusable un error sobre la propia prestación (222). Por otra parte, la información sobre la existencia de minerales no era, en abstracto, inaccesible o especialmente difícil de conseguir; un tiempo antes de que Zimpel vendiera, habían comenzado a realizarse prospecciones mineras en otras propiedades alrededor del terreno en cuestión. Sin embargo, si se atienden a las circunstancias personales de la vendedora, el acceso a la información adquiere otra fisonomía, se trataba de una persona anciana y mortalmente enferma, ¿podía, en razón de estas circunstancias, confiar en que los compradores le informaran acerca de la existencia de un yacimiento de minerales?

Una segunda peculiaridad de este caso es que satisface una serie de requisitos que los autores españoles emplean para limitar el deber de informar (223). Así, por ejemplo, el hecho de que la información aumente el valor de la prestación de la vendedora (224); que dicha información haya supuesto costos de producción para los compradores (225), o que sus efectos sean, predominantemente, productivos (226). Todos estos elementos aportados como argumentos giran en torno a la idea de la creación de incentivos para la producción y utilización de información. La idea es la siguiente: si los compradores hubieran sabido que se les iba a sancionar por su reticencia, probablemente no hubieran celebrado el contrato y el terreno seguiría destinado a usos sub-óptimos en términos de bienestar social.

El caso expuesto muestra la tensión que, eventualmente, existe entre los diversos intereses. De una parte, la libertad contractual y la idea de lealtad contractual parecen justificar la imposición en este caso de un deber precontractual de informar. De otra, sin embargo, el principio de autorresponsabilidad y la creación de incentivos para la producción y uso de la información, aparentemente, apuntan en la dirección contraria.

(ii) La idea de ponderación

Tratándose de deberes precontractuales de informar atípicos la situación es la siguiente: (1) existen múltiples intereses que deben ser considerados, (2) dichos intereses, eventualmente entran en conflicto, (3) el legislador no ha resuelto a través de una norma jurídica en sentido técnico el conflicto, sin embargo (4) en el ordenamiento jurídico existe

(222) Ver FABRE-MAGNAN, *De l'obligation d'information*, pgs., 152-178.

(223) Ver pp. 230-240.

(224) Ver, por ejemplo, VERDA Y BEAMONTE, «La reticencia», pp. 17-19.

(225) Ver, por ejemplo, MORALES MORENO, *El error*, p. 231.

(226) Ver, PAZ-ARES, «Principio de eficiencia», p. 2843.

una cláusula general —la buena fe— que permite al operador jurídico hacerlo.

La pregunta es cómo debe hacerlo el juez. La respuesta es ponderando los diversos intereses en juego.

Como es bien sabido, la ponderación es una idea cuya formulación más conocida surge a propósito del debate sobre las diferencias entre reglas y principios, uno de los temas más intensamente discutidos en la teoría del derecho (227). En lo que concierne a esta investigación, basta detenerse sobre uno de los criterios de distinción: la forma en que se solucionan los conflictos entre reglas o entre principios.

Desde la mirada de ALEXV, las reglas constituyen «mandatos definitivos», en términos que si una regla es válida debe hacerse exactamente lo que ella dispone, ni más ni menos (228). En cambio, los principios son concebidos por el autor como mandatos de optimización que pueden ser cumplidos en diferente grado (229). Por esta razón es que los conflictos entre principios y entre reglas no se resuelven de la misma manera.

Si dos reglas entran en conflicto, necesariamente, una de ellas desplaza a la otra. A menos que la regla tenga una excepción (en cuyo caso, no hay conflicto), habrá que determinar cuál de las dos normas contradictorias es jurídicamente válida. Esta pregunta se responde, las más de las veces, acudiendo a criterios generales para la resolución de antinomias (*lex superior derogat inferiori, lex posterior derogat priori, lex specialis derogat generalis*). Cuando el conflicto se produce entre principios jurídicos la forma de resolverlo es diversa. Evidentemente, uno de los principios debe ceder, pero esto no significa que el principio desplazado sea considerado inválido, significa que, en ese caso concreto tiene menos peso que aquel principio que lo desplazó (230). Tratándose de principios es necesario ponderar cuál prevalece en caso de colisión, es decir, deter-

(227) Ver, por ejemplo, ATIENZA, M. y RUIZ MANERO, J., «Sobre principios y reglas», *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, nº 10, 1991, pp. 101-120.

(228) En el mismo sentido señala DWORNIK, R. (*Los derechos en serio*, trad. M. Guastavino, Ariel, Barcelona, 1984, p. 72 y sigtes.):

«las normas ["reglas", en Alexy] son aplicables a la manera de disyuntivas. Si los hechos que estipula una norma están dados, entonces o bien la norma es válida, en cuyo caso la respuesta que da debe ser aceptada, o bien no lo es, y entonces no aporta nada a la decisión».

(229) ALEXV, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. E. Garzón Valdés, CEC, Madrid, 1997, pp. 81-98.

(230) Así, por ejemplo, ALEXV (*Ibid.*, p.

p. 154-155) muestra el caso Lebach, en el que se discutió si la libertad de expresión protegía a un programa informativo que pretendía transmitir una información ya repetida sobre un crimen grave un breve tiempo antes de la excarcelación del autor. El Tribunal Constitucional alemán consideró que la protección de los derechos de la personalidad del autor del delito prevalecía frente a la libertad de expresión. Esto, sin embargo, no significa que, la libertad de expresión no tenga validez en estos casos, sino más bien que, atendidas las peculiaridades del caso (la información ya había sido transmitida antes, en poco tiempo más sería excarcelada la persona) convenía asignarle más peso a la protección de la persona.

minar el peso concreto de cada principio según las circunstancias concretas.

Esta es la idea de ponderación que pretendo rescatar cuando afirmo que el juez debe ponderar los diversos intereses en juego. Tratándose de los deberes precontractuales de informar atípicos no existe una norma en sentido técnico que resuelva la cuestión, lo que existe es una cláusula general: la buena fe. La flexibilidad de dicha cláusula es lo que permite al juez incorporar los diversos intereses en juego.

(iii) Un ejemplo de incorporación de los diversos intereses a través de la buena fe

En el derecho español, un sector de la doctrina ha distinguido entre la buena fe como justificación de los deberes precontractuales de información y ciertas consideraciones económicas como límites de los deberes precontractuales de información (231). Esta distinción presenta algunos problemas conceptuales (232), aquí, sin embargo, me interesa detenerme únicamente sobre un equívoco al que puede conducir, y es que dicha distinción parece asumir una cierta incompatibilidad entre la buena fe y las consideraciones de carácter económico.

Desde luego, en un cierto nivel esa incompatibilidad puede existir. Si se asocia la buena fe a valores como la lealtad y la honestidad y los argumentos económicos se asocian a la doctrina del *caveat emptor*, resulta difícil congeniar ambas cosas. Pero, en otro nivel, las exigencias de la buena fe y las consideraciones económicas funcionan en tándem, en

(231) Ver, especialmente, GÓMEZ CALLE y VERDA Y BEAMONTE en pp. 348-350.

(232) Un primer problema es que los autores que la emplean suelen considerar lo que denominan argumentos económicos para establecer límites al deber de informar. Esto transmite la falsa impresión de que este tipo de razonamientos—los que consideran el efecto social de las normas jurídicas—sirve únicamente para limitar el deber de informar, pero, la verdad es que, si se observa con cuidado, puede servir exactamente para lo contrario. Ver, por ejemplo, POSNER, R., *Economic Analysis of Law*, 7ª ed., Wolters Kluwer, Nueva York, 2007, pp. 111-112 y TREMBLOCK, M., *The Limits of Freedom of Contract*, Harvard University Press, Cambridge, 1993, p. 112. Desarrollo esta idea en pp. 356-370.

Un segundo problema es que no está claro qué es lo que define que un argumento sea jurídico o económico. Así, por ejemplo, nadie dudaría de que la seguridad jurídica es un argumento jurídico para establecer límites al efecto invalidante del error, pero,

según muestra el derecho inglés, también es un argumento eminentemente económico. Algo similar sucede con el principio de responsabilidad o «autorresponsabilidad» que admite, sin complicaciones, una justificación económica en términos de competencia entre los negociantes.

Un tercer problema es que, no es claro cuál es la ganancia que se obtiene con la distinción entre buena fe y argumentos económicos, en cambio, sí me parecen evidentes algunos de sus riesgos. El principal de todos es que al etiquetarlos como «criterios económicos» despierten recelo por parte de los juristas respecto de una invasión de los economistas en sus dominios, como otra manifestación de lo que ha sido denominado «el imperialismo de la economía». Ver COOTER, R., «Law and the Imperialism of Economics: An Introduction of Economics Analysis of Law and a Review of the Major Books», *UCLA L. Rev.*, vol. 29, 1981-1982, pp. 1260-1269. Ver también KÖTZ, «Precontractual Duties», p. 6.

términos tales que las últimas contribuyen a concretar las exigencias de la primera.

Así aparece en forma bastante clara en el tratamiento del dolo por omisión, en el artículo 4:107 de los PECL, que convendrá reproducir a continuación:

«(1) A party may avoid a contract when it has been led to conclude it by the other party's fraudulent representation, whether by words or conduct, or fraudulent non-disclosure of any information which in accordance with good faith and fair dealing it should have disclosed.

(2) A party's representation or non-disclosure is fraudulent if it was intended to deceive.

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

(a) whether the party had special expertise;

(b) the cost to it of acquiring the relevant information;

(c) whether the other party could reasonably acquire the information for itself; and

(d) the apparent importance of the information to the other party».

Desde la perspectiva del deber de informar, en esta norma transcrita, debe prestarse atención a su tratamiento del dolo por omisión. En el marco del precepto, esta especie de dolo tiene lugar cuando la reticencia de una de las partes es contraria a la buena fe y las negociaciones leales. Para determinar cuándo sucede esto, la norma dispone que deben considerarse todas las circunstancias, incluyendo en las enunciadas, un argumento típicamente económico: el costo de adquirir la información.

En el modelo del artículo 4:107 PECL, la buena fe permite considerar todos los intereses en juego al momento de decidir si quien mantuvo silencio cometió o no dolo por omisión o, dicho en otras palabras, la buena fe permite ponderar los diversos intereses en juego para determinar si se debe informar aquello que se calla.

b. La tipificación

La arbitrariedad es uno de los riesgos que se suele aparejar al uso de la ponderación (233). Esto es especialmente evidente en el precepto utilizado para ilustrar cómo se puede recurrir la buena fe para incluir los diversos intereses protegidos: el 4:107 PECL (234). Se trata de una norma radicalmente flexible por dos razones. La primera—y más evidente—es que ordena considerar *todas las circunstancias*, y, a continuación, elabora una lista de circunstancias que no es *numerus clausus*, sino meramente enunciativa. La segunda, y no menos determinante, es que no indica el peso específico que tiene cada una de las circunstancias

(233) Ver ALEX, R., *Teoría de los derechos*, p. 157.

(234) Ver p. 222.

que identifica(235). La pregunta, como ha quedado planteada, es cómo compatibilizar la flexibilidad que se procura a través de las cláusulas generales como la buena fe con un grado aceptable de seguridad jurídica.

En el derecho español esta cuestión se ha formulado a propósito de la reforma de 1973-1974 al Título Preliminar del Código civil y el optimismo que suscitó la incorporación de cláusulas generales como una forma de superar la crisis del legalismo. Otros autores prefirieron la cautela, advirtiendo sobre los riesgos de la dinamización de las cláusulas generales, y señalaron que:

«la única forma de aplicación del artículo 7 y de sus correlativos [es] la vía de la formación de tipos o, si se quiere calificarlo de otra manera, de llevar a cabo concreciones o concretizaciones(236)».

Hasta el momento he utilizado normalmente la expresión «tipificación» para referirme a ciertos deberes precontractuales de información en los que el legislador ha concretado las exigencias de la buena fe en lo que se refiere a dichos deberes estableciéndolos legalmente. La idea de creación de tipos o tipificación parece referirse aquí a otra forma de concretar las exigencias de la buena fe que ha hecho fortuna en el derecho alemán, en lo que interesa aquí, a propósito del parágrafo 242 del BGB. En el derecho alemán, la concreción ha tenido lugar fundamentalmente a través de la sistematización de un creciente número de casos en los cuales se ha aplicado la buena fe, categorizándolos en grupos de casos (*fallgruppen*) de los cuales se puedan extraer criterios suficientemente claros y diferenciados que permitan justificar adecuadamente las decisiones judiciales en las que se aplica dicho parágrafo(237). Así, por ejemplo, DIEZ-PICAZO y GULLÓN, a propósito del artículo 7.1 CC, señalan que la doctrina alemana elaboró sobre la base de la jurisprudencia de los tribunales algunos supuestos típicos en los que la buena fe operaba

(235) Esta flexibilidad radical, como es evidente facilita la convivencia de interpretaciones del precepto bastante disímiles. Así, por ejemplo, GILKER («Regulating Contracting», p. 640) ha señalado respecto de la interpretación de dicha norma por países con diversas tradiciones jurídicas que:

«In interpreting such provisions, a French court may be expected to concentrate on the relative expertise of the parties and the importance of the information in determining liability, displaying a natural preference for a subjective approach to law with minimal attention to economic factors. A common law court, in contrast, is more likely to emphasize the ability of the parties to acquire information for themselves and

the cost of acquisition, while acknowledging to a certain extent the need to protect consumers. Until a common understanding of the role of disclosure in the contracting process may be found, it will be difficult to bridge such an interpretative divide».

(236) DIEZ-PICAZO, *Fundamentos*, I, p. 66. De la misma opinión MIGUEL GONZÁLEZ, «Comentario artículo 7.1», p. 38.

(237) Ver WHITTAKER y ZIMMERMAN, «Good Faith», p. 23; ALER, «The Structure of Good Faith», p. 132; y HESSELINK, M., «The Concept of Good Faith», en Hartkamp, A., Hesselink, M., Hondius E., Joutsen A. y Veldman M. (eds.), *Towards a European Civil Code*, 3ª ed., Kluwer Law International, La Haya, 2004, pp. 474-475.

como límite del ejercicio de los derechos subjetivos(238). Así sucedió, por ejemplo, con la prohibición de venir contra los actos propios, el retraso desleal (*Verwirkung*) y el abuso de la nulidad por motivos formales(239).

De los antecedentes expuestos se desprende la necesidad de concretar las exigencias de la buena fe, en términos tales que manteniendo su flexibilidad, no lesione el principio de seguridad jurídica(240). Siguiendo en esto el enfoque de DIEZ-PICAZO y GULLÓN respecto a la limitación del ejercicio de los derechos subjetivos por el principio de buena fe, de lo que se trata aquí es de extraer ciertos supuestos en los que se ha considerado que la buena fe impone o no impone el deber de informar.

Siguiendo, además, la forma de concretar que ha sugerido parte de la más autorizada doctrina alemana y española, lo que parece necesario es prestar atención a las decisiones de los tribunales. Ahora bien, conviene tener presente que de lo que se trata es, precisamente, de saber bajo qué condiciones impone la buena fe el deber de informar. Por dicho en otras palabras, cuándo surge un deber atípico de informar. Por este motivo las sentencias que recaen sobre normas que imponen deberes típicos de información no prestan, en general, demasiada utilidad toda vez que la pregunta acerca de cuándo se debe informar ya ha sido expresamente contestada por el legislador(241).

Lo segundo que conviene tener presente es que, en el caso español, no existe en el Código civil una norma que imponga un deber de informar en términos amplios, esto es no circunscritos a una determinada figura jurídica, como lo hace, por ejemplo, el artículo 2:102 del *Projet de Cadre Commun* en su capítulo sobre formación del contrato, que consagra el deber de información o el artículo 7 del Proyecto de Pavia(242). Frente a esta circunstancia, parece necesario comenzar por estudiar las decisiones judiciales sobre error y el dolo que resulten pertinentes para la concreción de la buena fe en lo que se refiere a los deberes precontractuales de informar atípicos. Esta opción aparece

(238) DIEZ-PICAZO y GULLÓN, *Sistema de derecho civil*, I, p. 435.

(239) Sobre esto puede consultarse además, WIRACKER (*El principio general*, pp. 61-74) quien analiza el *venire contra factum proprium, el dolo agi qui petit quod statim redditurus est*, la excepción de adquisición de un derecho de mala fe, y la acción legal claramente inícia y desconsiderada.

(240) Enfatizo la idea de que mantenga su flexibilidad, porque, como es evidente, no debería aspirarse a una concreción absoluta de los diversos supuestos de aplicación del principio de buena fe. MIGUEL GONZÁLEZ («Comentario artículo 7.1»,

p. 38) lleva razón cuando señala que «su misma naturaleza y función lo impiden».

(241) Con todo, la buena fe desempeña en estos casos lo que podría denominarse una «labor intersticial». Aún en los casos donde el legislador ha detallado con mayor cuidado deberes precontractuales de información —por ejemplo en el *TRIENGLU*— siempre quedan supuestos que no es posible encajar directamente en la letra de la ley, y en esos supuestos la pregunta acerca de si se debe informar o no se contesta acudiendo a la buena fe.

(242) Ver pp. 222 y 224.

ampliamente justificada si se observa la importancia del error y el dolo para los deberes de informar en el derecho comparado más próximo como lo es el derecho francés(243), el derecho alemán(244) o el derecho italiano(245), o bien en instrumentos de *soft law*(246). Lo mismo sucede tratándose del derecho español, a cuyo estudio dedico el capítulo siguiente.

* * *

El objetivo de este capítulo, según quedó consignado en su introducción, es doble. De una parte, se trató de demostrar que en el derecho continental y en el español es posible derivar directamente de las exigencias de la buena fe la existencia de deberes atípicos de informar. El segundo objetivo consistió en mostrar por qué es necesario concretar las exigencias de la buena fe y que, al hacerlo es necesario ponderar los intereses que están en juego. Ambas tareas han quedado cumplidas. Lo que resta ahora es determinar cómo han efectuado esa ponderación los tribunales a través de la tipificación jurisprudencial de los deberes precontractuales de información que no han sido expresamente contemplados por el legislador.

(243) FABRE-MAGNAN (*De l'obligation d'information*, p. 1) señala que la primera forma que revistió el deber de informar fue a través del dolo por reticencia. En una publicación posterior («Duties of disclosure and French Contract Law: Contribution to an Economic Analysis», en Beatson, J y Friedman, D (eds.), *Good Faith and Fault in Contract Law*, Oxford University Press, Londres, 1997, p. 102), la misma autora ha señalado que los jueces franceses han extendido de tal manera el alcance del error, del dolo y de la responsabilidad extracontractual que, a través de su aplicación, han dado lugar a una doctrina coherente sobre un deber precontractual general de informar.

Respecto del la relación entre el error y el deber de informar, GHESTIN ha señalado que:

«*De lege ferenda* la notion d'erreur inexcusable pourrait sans doute être utilement précisée dans le contexte plus large de l'obligation de renseignement ou d'information. La limite de cette obligation est, en effet, représentée par le *devoir de s'informer soi-même*» (itálicas en el original, citas internas omitidas).

(244) Aquí puede consultarse las opiniones de VON THUR, y MARKESINIS respecto del dolo por omisión (ver *supra* notas 41 y

42). A eso puede sumarse la siguiente declaración de Savigny respecto de la acción engañosa en el dolo, citada por FLUME (*El negocio jurídico*, p. 636):

«Por regla general el engaño se ejerce mediante una actuación positiva. Pero también es posible mediante una conducta simplemente pasiva, esto es, por tolerar consciente, tácitamente, el error ajeno que nosotros mismos no hemos provocado. Este último, sin embargo, sólo es posible presuponiendo una relación contractual tal, que en ella el otro esté legitimado para esperar de nosotros franqueza, de modo que en este caso callar y hablar han de considerarse un todo inseparable».

Dicho en otras palabras, que exista dolo por mantenerse en silencio depende de la existencia de un deber de informar de quien calló, el cual, a su turno, depende de si la otra parte estaba legitimado o no a confiar en que se le informaría.

(245) Para la relación entre error, dolo y deber de informar puede consultarse GUSTI, *L'obbligo precontrattuale*, pp. 269-376.

(246) Probablemente, el más evidente de ellos sea los PECL, respecto de la relación que existe en estos entre el error, el dolo y el deber de informar ver pp. 302-303.