

Deber de informar, dolo incidental e incumplimiento contractual. Nota a la STS de 11 de julio de 2007

**Ponente: Francisco MARTÍN CASTÁN
Íñigo DE LA MAZA GAZMURI***

1. DELIMITACIÓN DEL PROBLEMA

Dos empresas A y B (en adelante la Concedente y la Distribuidora, respectivamente) celebran un contrato de distribución en exclusiva. En el período de negociación, la Concedente no informa a la Distribuidora acerca de numerosas existencias que habían quedado en manos de una anterior distribuidora. Durante la ejecución del contrato suscrito entre A y B, dichas existencias fueron liquidadas por la anterior distribuidora a bajo precio en la misma zona geográfica a que refería el contrato. Es en virtud de esta situación que la Concedente y la Distribuidora modificaron el contrato de distribución, lo que significó una serie de ventajas para la Distribuidora. No obstante lo anterior, la Distribuidora incumple con algunas de las prestaciones a las que la obligaba el contrato, específicamente la obligación de compras mínimas.

Cuando el conflicto llega al Tribunal Supremo las cuestiones a resolver son dos. La primera es la influencia que pudo tener en el contrato el silencio de la Concedente, actora reconvenida, sobre las importantes existencias de sus productos en manos de su anterior distribuidora y la consiguiente liquidación de aquéllos por ésta a bajo precio y en la zona exclusiva de su nueva distribuidora, la demandada reconviniente. La segunda son las consecuencias indemnizatorias a favor y en contra de cada una de estas partes litigantes, sujetos a su vez del contrato de distribución.

Esta nota no pretende analizar exhaustivamente todos los problemas debatidos en esta sentencia, sino elegir uno o algunos de sus aspectos más inte-

* Profesor de Derecho Civil de la Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales e investigador adscrito al proyecto de investigación, «La modernización del derecho de contractual» (SEJ2005-06506/JURI), desarrollado en la Universidad Autónoma de Madrid. Este trabajo se inscribe en ese proyecto.

resantes. En este caso se trata de examinar únicamente la primera cuestión, esto es la influencia del silencio de la Concedente.

Y esta cuestión puede, todavía, desagregarse en dos. La primera es si efectivamente ese silencio es constitutivo de dolo. La segunda es, aceptando que se trate de dolo –y de dolo incidental como fue calificado aquí– cuáles son sus efectos, lo que depende, según se verá, del mecanismo que se utilice para alegar la ilicitud del silencio.

2. EL DOLO POR OMISIÓN

En primer lugar –y antes de ir a la omisión– conviene destacar que se califica el dolo como incidental y esto parece correcto en la medida que el engaño no determinó la decisión de contratar, sino el contenido del contrato. Prueba de lo anterior es que una vez que la Distribuidora se enteró de aquello que la Concedente había silenciado y teniendo en consideración las ventajas que le reportó la renegociación del acuerdo, siguió adelante con él.

En segundo lugar, y esta vez respecto de la omisión en la información suministrada por la Concedente, conviene formularse dos preguntas. La primera de ellas es si una omisión –en este caso el silencio– puede configurar dolo. La segunda es bajo qué condiciones lo configura. La respuesta a la primera pregunta parece ser pacífica en el derecho español, tanto la doctrina ¹ como la jurisprudencia del Tribunal Supremo ² han aceptado la existencia del dolo por omisión.

La respuesta a la segunda pregunta, esto es bajo qué condiciones el silencio configura dolo por omisión, resulta más complicada. Esto porque como ha advertido Díez-Picazo a propósito del dolo por omisión:

Para decidir si en la pura reticencia o en el puro silencio existe o no silencio, debe valorarse sobre todo hasta qué punto es lícito o ilícito el silencio y hasta qué punto puede ser considerado como maquinación o como artificio. No se trata sólo de que la buena fe imponga el deber de informar plenamente al otro contratante, pues la simple violación de los deberes precontractuales de buena fe nos sitúa más bien en el terreno de la responsabilidad por culpa *in contrahendo* o en el del error provocado (...). Se trata de saber si, por el conjunto de circunstancias que rodean el contrato, la ocultación merece la consideración de insidia (...)

¹ Ver, por ejemplo, DE CASTRO Y BRAVO, *El negocio jurídico*, Civitas, Madrid, 1985, p. 152; QUIÑONERO CERVANTES, «El dolo omisivo», *RDP*, LXIII, 1979; MORALES MORENO, «Comentarios artículos 1269 y 1270» en ALBALADEJO, M. y DÍAZ ALABART, S., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, t. XVII, vol. 1 B, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1993, p. 387; ALBALADEJO, *Derecho de obligaciones* I 17.^a ed, pp. 607 y 608 y DE VERDA Y BEAMONTE, J. R., «El dolo in contrahendo», *RDP* núm. 16, 2006, pp. 43-44.

² Ver, entre muchas otras, las SSTs de 26 de octubre de 1981 (RJ 1981,4001), de 1 de octubre de 1986 (RJ 1986,5229), de 27 de octubre de 1990 (RJ 1990,6908), de 15 de junio de 1995 (RJ 1995,5296), de 17 de enero de 2005 (RJ 2005,517), y de 11 de diciembre de 2006 (RJ 2006,9893)

Lo dicho en las líneas anteriores, parece conducir a la idea de una admisibilidad general del llamado dolo negativo o reticencia. En nuestra opinión una conclusión semejante debe considerarse equivocada. Para decidir en qué casos el dolo negativo puede tener incidencia en la validez del contrato, será menester examinar... los deberes precontractuales de información que hubieran existido entre las partes y la violación de tales deberes, de manera que sólo donde existieran tales deberes precontractuales de información y estos hubieran sido incumplidos, el dolo negativo podrá tener lugar ³.

El silencio, entonces, determina la existencia del dolo por omisión en la medida que sea ilícito. Y, desde luego, la pregunta es cuándo es ilícito el silencio. Una respuesta completa a esta pregunta excede las posibilidades de esta nota, sin embargo, es posible intentar responder por qué en este caso era ilícito.

Conviene comenzar precisando que el silencio, al menos en este caso, constituye una omisión. Y esto que parece una obviedad innecesaria, no lo es. Y no lo es porque el Derecho no suele tratar de la misma manera a las acciones y las omisiones. Para comprenderlo resultará conveniente utilizar una distinción sugerida por Honoré entre abstenciones (*not-doing-something*) y omisiones ⁴. No toda abstención constituye una omisión, una abstención es simplemente no hacer algo, una omisión es dejar de hacer algo que el Derecho ordena hacer. Si se acepta lo anterior, es fácil advertir por qué el problema de la legitimidad del silencio lleva a Díez-Picazo en el párrafo transcrito más arriba a concluir que la existencia de un dolo por omisión precisa de la existencia de un deber de informar que se incumple. Aceptado esto, lo siguiente es cuestionarse acerca de si en este caso existió una abstención o una omisión, y si existió una omisión (como consideró el Tribunal, en mi opinión, correctamente) es necesario determinar de dónde surge el deber de informar que se infringió.

En el caso español, a falta de una regla explícita o del acuerdo de las partes, suele considerarse que la fuente normativa del deber de informar son las exigencias de la buena fe ⁵ (una opinión que, dicho sea de paso, el Tribunal Supremo deja explícita en esta sentencia), con lo cual la cosa queda en que la abstención se considerará como omisión (esto es como infracción del deber de informar) cuando según las exigencias de la buena fe la parte que calló debería haber informado. Sin embargo, utilizar las exigencias de la buena fe como respuesta a la pregunta acerca de cuándo se debe informar puede ser engañoso porque aún quedaría pendiente otra pregunta, a saber: ¿cuáles son las exigencias de la buena fe? Y esto último, me parece, no puede ser contestado –salvo tautológicamente– en términos abstractos, sino desde las peculiaridades del caso. De manera que la pregunta no es exactamente ¿cuáles son las exigencias de la buena fe?, sino ¿cuáles son en este caso las exigencias de la buena fe?

Según se recordará, el problema del silencio se presenta aquí porque la Concedente no informó a la Distribuidora acerca de las existencias que se

³ DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos de Derecho Civil patrimonial*, I, Thompson Civitas, Madrid, 2007, p. 202.

⁴ HONORÉ, T., «Are Omissions Less Culpable?» en CANE P. y STAPLETON, J., *Essays for Patrick Atiyah*. Clarendon Press, Oxford, 1991, p. 36.

⁵ Ver, por todos, GÓMEZ CALLE, E., *Los deberes precontractuales de información*, La Ley, Madrid, 1994, p. 14

encontraban en poder de la anterior distribuidora. El silencio es relevante aquí por dos razones (ambas advertidas por la sentencia). La primera de ellas es porque esta falta de información impidió a la Distribuidora calcular adecuadamente los riesgos que asumía al obligarse por el contrato. La segunda –que viene siendo la determinante para los efectos de la buena fe– es porque la situación de la anterior distribuidora determinaba que la Concedente no iba a poder cumplir con las obligaciones que para ella surgían del contrato. Como ya ha sido dicho, se trataba de un contrato de distribución exclusiva y, en general, una de las obligaciones que se derivan de éste para la Concedente es garantizar que en una zona geográfica determinada los productos serán distribuidos únicamente por la distribuidora que es su contraparte. Y la pregunta es ¿cómo podía garantizar esto si ya había entregado productos a otra distribuidora para esa misma zona geográfica?

La sentencia declara que, en los contratos de distribución, existe un especial deber de lealtad y por eso debió informar. Por mi parte, sin poner en cuestión la corrección de esa regla y pensando en las particularidades de este caso, voy a tratar de formular otra regla, más concreta, y, por ello, quizás, más modesta, que se puede expresar así: en las negociaciones de un contrato cada una de las partes debe revelar a la otra al menos aquella información que determinará el incumplimiento de su prestación en los términos convenidos. Y esto porque si alguna lealtad exige la celebración de un contrato, ésta es precisamente que ambas partes crean razonablemente que el contrato se puede ejecutar en los términos convenidos.

3. INCUMPLIMIENTO

¿Cuál es la consecuencia jurídica del silencio en este caso? La respuesta es que ninguna y la razón es que el Tribunal consideró que la modificación que acordaron las partes del contrato constituyó «una verdadera modificación novatoria del contrato». Sin embargo, me interesa prescindir de ese dato para relevar otra circunstancia, y es el hecho que el tribunal que conoció de la apelación de la sentencia de primera instancia enlazó el silencio de la Concedente con la infracción del pacto de exclusiva. Por lo tanto, desde la mirada de ese tribunal, el silencio había determinado un incumplimiento del contrato. Esta consideración es extraordinariamente interesante porque lleva a concluir que los mismos hechos que configuran un dolo incidental configuran un incumplimiento del contrato⁶. O dicho de otra manera, que la infracción del deber de informar podía ser reclamada a través de las acciones propias del dolo incidental y las del incumplimiento contractual.

La idea de que un ilícito que haya tenido lugar durante la negociación de un contrato pueda ser absorbido por el contrato no es nueva. Morales Moreno, examinando el sistema de remedios de la Convención de Viena, advirtió que: «Si consideramos que a menudo estos vicios [error y dolo] confluyen con un

⁶ Lo mismo puede afirmarse del caso resuelto por la STS de 11 de junio de 2007 (EDJ 2007, 70071 Pte: Almagro Nosete, José) que trata del arrendatario de un local a quien la arrendadora le ocultó deliberadamente la existencia de un expediente de ruina que afectaba el local. Se trata, sin duda de una omisión y, por lo tanto, de un caso de dolo, pero a la vez determinó el incumplimiento del contrato, y así lo determinó el TS.

incumplimiento, la anulación del contrato puede ser sustituida por la resolución y la indemnización de daños»⁷. Algo similar sucede en el caso francés, y respecto del deber de informar, donde Fabre-Magnan ha sostenido que la calificación de un ilícito como precontractual o contractual no depende del momento en que haya tenido lugar, sino más bien del efecto que produce⁸. Y, para el derecho español, en la misma línea, Díez Picazo y Gullón han sugerido que aún cuando teóricamente cualquier responsabilidad precontractual cae dentro del ámbito del artículo 1902, el problema es más bien académico, pues «las faltas cometidas durante la perfección del contrato se trasladan en numerosas ocasiones después de su perfección a éste»⁹. En un sentido similar parece manifestarse el TS cuando señala en una sentencia de 31 de octubre de 2001 que:

Los tratos negociales preparatorios a la formación de los contratos, han de estar salvaguardados por la buena fe y pueden generar responsabilidad civil por razón de culpa *in contrahendo* (Sentencia de 26 de febrero de 1994 [RJ 1994/1198]), que cabe proyectar al caso del daño ocasionado por incumplimiento del contrato debidamente perfeccionado¹⁰.

A mayor abundamiento aún, este tipo de solución se encuentra en perfecta consonancia con lo dispuesto en el artículo 4:119 de los Principios de Derecho Contractual Europeo.

Los hechos relatados más arriba enseñan dos cosas que conviene reiterar para concluir con este comentario. La primera de ellas es que en la negociación de un contrato al menos deben informarse aquellas circunstancias que determinarán el incumplimiento de la prestación de quien calla. La segunda es que si efectivamente determinan el incumplimiento, las consecuencias del silencio pueden quedar disciplinadas por el estatuto de la responsabilidad contractual.

⁷ MORALES MORENO, A. M., «Autonomía de la voluntad y responsabilidad en la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías», en EL MISMO *La modernización del derecho de obligaciones*, Thomson Civitas, Navarra, 2006, p. 213.

⁸ FABRE-MAGNAN, M., *De l'obligation d'information dans les contrats*, LGDJ, Paris, 1992, pp. 224-227.

⁹ DÍEZ PICAZO, L. y GULLÓN, A., *Sistema de derecho civil*, vol. II, 6.ª ed. Tecnos, Madrid, 1989, p. 81.

¹⁰ RJ 2001/9639. En ese caso se trataba de un cuantioso préstamo realizado por un conjunto de bancos a unas industrias químicas. Las industrias incumplieron con el pago y los bancos alegaron que las industrias habían actuado maliciosamente y en forma contraria a la buena fe, al haber ocultado las dificultades económicas por las que atravesaba al tiempo de las actuaciones prenegociales a la concesión del préstamo.