

Lealtad en el periodo precontractual

(La conducta de las partes en las negociaciones preliminares, según proyectos de Derecho contractual europeo y conforme a otros trabajos prelegislativos)

RICARDO DE ÁNGEL YÁGÜEZ
Catedrático de Derecho Civil
Universidad de Deusto (Bilbao, España)

RESUMEN

Los códigos civiles del siglo XIX, y también algunos del XX, dedican escasa atención a lo que conocemos como «formación del contrato». No se encuentra en ellos más que una parca reglamentación de la oferta de contrato y de su aceptación. En general, no existen normas sobre los denominados «deberes precontractuales», esto es, los que pesan sobre quienes entablan tratos o negociaciones preliminares, tanto en el caso de que el contrato llegue a concertarse como, sobre todo, para la hipótesis de que dichas negociaciones queden rotas o frustradas. No ocurre lo mismo en algunos de los proyectos (diríase «académicos») de codificación europea en materia de Derecho de contratos. En ellos se «tipifican» ciertos deberes precontractuales, e incluso se establecen las consecuencias de su vulneración. Lo mismo sucede en trabajos prelegislativos (proyectos, anteproyectos o propuestas doctrinales) de algunos países europeos o americanos. En el presente estudio se pone el acento en uno de esos «deberes precontractuales», que es el de «lealtad». En definitiva, se trata de analizar cómo se contempla la conducta de las partes en el desarrollo de la a veces denominada «fase precontractual».

PALABRAS CLAVE

Derecho de la contratación.– La formación del contrato – Deberes precontractuales – La «lealtad» de las partes en las negociaciones preliminares.

SUMARIO: I. *Introducción y propósito*.—II. *Las negociaciones preliminares, en códigos europeos y americanos*.—III. *Los deberes en la negociación, según proyectos de codificación europeos*. 1. Los «Principios de Derecho contractual europeo» (PECL). 2. Los «Principios del Derecho contractual comunitario». 3. El Borrador del «Marco común de referencia». 4. El «Código de Pavía» (o «Proyecto Gandolfi»). 5. El *Contract Code* de McGregor.—IV. *Otros trabajos prelegislativos*. 1. La *Propuesta de Anteproyecto de Ley de modernización del Derecho de obligaciones y contratos*, de la Sección de Derecho civil de la Comisión General de Codificación. 2. La *Propuesta de Anteproyecto de Ley de modificación del Código de comercio*, de la Sección de Derecho mercantil de la Comisión General de Codificación. 3. El *Anteproyecto de Código civil de la República Argentina* de 18 de diciembre de 1998. 4. Proyectos de reforma del Código civil francés.—V. *Recapitulación y otras consideraciones*.—VI. *Bibliografía citada*.

I. INTRODUCCIÓN Y PROPÓSITO

1. Sabidos son el escaso relieve y la parca reglamentación que los códigos civiles del siglo XIX atribuyeron a lo que doctrinalmente conocemos como «formación del contrato», esto es, la fase o época anterior al momento en el que el contrato se perfecciona. O, como dice gráficamente el artículo 1.254 del Código civil español, al momento en el que «*el contrato existe*»¹.

Eso no impide advertir que probablemente no sea una casualidad, ni una cuestión de estilo gramatical, lo que el mentado precepto dice: «El contrato existe desde que una o varias personas consienten en obligarse, respecto de otra u otras, a dar alguna cosa o prestar algún servicio.» Cuando el texto legal declara que el contrato existe *desde*, parece claro que está en su raíz la circunstancia (evidencia) de que a la *existencia* del contrato precede *algo*. Y, sin duda, ese *algo* consiste en las relaciones, conversaciones, tratos (en definitiva, *negociaciones*) que los luego contratantes han desarrollado para alcanzar la concurrencia de voluntades (*in idem placitum consensus*) que el contrato es². Expresado de otro modo, la

¹ Son escasas las ocasiones en las que el Código español utiliza el verbo *existir*, o voces derivadas de él (por ejemplo, *existencia*). Parece como si el codificador hubiera querido reservar la palabra a acontecimientos o fenómenos de particular relevancia. Por otro lado, hago notar que la palabra «*existe*», en el artículo 1.254, da sentido al concepto de inexistencia (del contrato —y, por extensión, de todo acto o negocio jurídico—), que se acuñó por la doctrina francesa para superar la categoría de *nullidad*.

² Fácilmente se observa que el artículo 1.254 (a diferencia, por ejemplo, del artículo 667, sobre el testamento), no opta por la fórmula de la *definición*, sino por la de *descripción*.

fórmula *descriptiva* del texto legal nos quiere decir *desde cuándo* hay contrato (*existe*), lo que constituye una manera de expresar que con anterioridad ha podido haber una *realidad*, como tal acaso productora de efectos jurídicos, pero *no un contrato*.

La lógica de la norma, desde el punto de vista de la construcción gramatical, e incluso desde la perspectiva, por así decirlo, *conceptual*, se advierte observando en qué consiste el *desde* al que alude: es *desde* que una o varias personas *consienten en obligarse* respecto de otra u otras. Ahí está ya apuntado el *consentimiento*; uno, el primero, de los requisitos esenciales del contrato según el muy próximo artículo 1.261. Elementos que si son esenciales es porque, como dice este último precepto, sin ellos «*no hay contrato*».

A partir de ese artículo 1.261, los siguientes formulan las reglas básicas sobre los tres elementos esenciales en cuestión; por su orden, consentimiento, objeto y causa de los contratos.

El artículo 1.262 se limita a una lacónica manifestación de que «*el consentimiento se manifiesta por el concurso de la oferta y de la aceptación sobre la cosa y la causa que han de concluir el contrato*», párrafo primero, para el segundo formular una también brevísima alusión a la oferta y a la aceptación; principalmente, para determinar cuándo se entiende que hay consentimiento en el caso de que la aceptación fuese «remitida» al aceptante; esto es, la hipótesis de que oferta y aceptación no fueren simultáneas.

Sobre la base de tan endeble reglamentación, han sido la doctrina y la jurisprudencia las que han construido una teoría de la *formación del contrato*, haciéndolo sobre todo al abrigo de la llamada responsabilidad precontractual o *culpa in contrahendo*; esto es, la de las siguientes hipótesis: a) cuando el contrato adolece de falta de validez imputable a una de las partes, que omite informar al respecto a la otra, b) cuando una de las partes de una negociación³ prelimi-

³ Aunque la expresión que goza de mayor tradición es la de *tratos preliminares*, utilizaré sobre todo la palabra *negociaciones*, que me parece más académica y más acomodada al lenguaje actual. Por cierto, de la consulta al *Diccionario de la Lengua Española*, 22.^a edición, Real Academia Española, Madrid, 1991, se desprende que la palabra *trato*, en singular o en plural, corresponde más a un acuerdo ya concertado que a las negociaciones conducentes al mismo. Únicamente la acepción 3 del verbo *tratar* sugiere la idea de comunicarse o relacionarse con alguien, pero sin específica alusión a un acuerdo que se negocia o sobre el que se trata. No obstante, en la citada edición, el *Diccionario* dice que *negociación* significa «*tratos dirigidos a la conclusión de un contrato*», con mención de que es palabra propia del Derecho; esta acepción no aparecía en la 20.^a edición, de 1984. El *trato*, como *negociación ya concluida*, se encuentra en la literatura de nuestro Siglo de Oro; por ejemplo, en la no muy conocida pero excelente *Suma de tratos y contratos*, de Fray TOMÁS DE MERCADO, cuya primera edición fue de 1569 (v. edición y estudio introductorio de Resitituto SIERRA BRAVO, Editora Nacional, Madrid, 1975). Refiriéndome ahora a la lengua francesa, también me parece que la palabra *pourparlers*, tradicionalmente utilizada para significar conversaciones, negociaciones, tratos, es de un cierto casticismo popular. Se observa cómo en la terminología jurídica francesa actual se acude más a la palabra *tractation*, que en los diccionarios bilingües al uso se traduce también como *trato* o *negociación*.

nar no guarda, en el curso de ella, el deber de buena fe, y c), en el caso de que una de las partes, en el desarrollo de negociaciones preliminares, lesionare la integridad física o patrimonial de la otra⁴.

Por lo que respecta a la segunda de las hipótesis citadas, que es la que ahora interesa, la doctrina, partiendo del principio de la libertad que asiste a quien entabla negociaciones para abandonarlas (expresión de la libertad para negociar), considera, no obstante, que la inobservancia del principio de buena fe en los tratos o conversaciones preliminares puede engendrar responsabilidad. No es cuestión de entrar ahora en la calificación que tal responsabilidad deba merecer (es decir, en la de su naturaleza jurídica), pero es igualmente pacífica la opinión de que responde de los daños causados quien inicia o mantiene negociaciones sin intención de concluir el contrato, así como quien las rompe injustificadamente. De este modo, ha sido a partir de la llamada responsabilidad precontractual como los autores y la jurisprudencia han descrito y dado nombre a deberes de conducta que incumben a quien participa en una negociación preliminar.

2. Sentado esto, mi propósito ahora es el de, en primer lugar, describir la forma en la que códigos europeos, y algunos americanos,

En todo caso, la raíz etimológica de la palabra *trato* y de sus equivalentes en francés e italiano (o en otros idiomas, por ejemplo en inglés *treaty*) está en el verbo latino *tracto*, *are*, uno de cuyos significados es «negociar» (SEGURA MUNGUÍA, Santiago, *Nuevo diccionario etimológico latín-español y de las voces derivadas*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2001). En la literatura jurídica anglosajona, hoy está más extendida la palabra *negotiations*, pero no es infrecuente la utilización del término *bargains*, que se correspondería más con el castellano *tratos*; por ejemplo, en WADDAMS, S.M., *The Law of contracts*, 2.^a edición, Canada Law Book Inc., Toronto, 1984, pp. 17-121. También es frecuente el uso de la palabra *dealings*. Por cierto, ya que me refiero a la doctrina anglosajona, es digna de advertirse la importancia que en ella se atribuye a la existencia o no de «intención» de crear relaciones jurídicas cuando se entablan *bargains*.

⁴ Sobre esta materia, sin ánimo de exhaustividad, proceden las siguientes referencias: ASÚA GONZÁLEZ, Clara Isabel, *La culpa in contrahendo* (tratamiento en el Derecho alemán y presencia en otros ordenamientos), Universidad del País Vasco, Bilbao, 1989; GARCÍA RUBIO, María Paz, *La responsabilidad precontractual en el Derecho español*, Tecnos, Madrid, 1991; MANZANARES SECADES, Alberto, «La responsabilidad precontractual en la hipótesis de ruptura injustificada de las negociaciones preliminares», *Anuario de Derecho civil*, 1984, pp. 687-748, y «La naturaleza de la responsabilidad precontractual o culpa in contrahendo», *Anuario de Derecho civil*, 1985, pp. 979-1009; DE LOS MOZOS, José Luis, «Responsabilidad en los “tratos preparatorios” del contrato», en *Estudios de responsabilidad civil en homenaje al Profesor Roberto López Cabana*, Dykinson, Madrid, 2001, pp. 165-186; MEDINA ALCOZ, María, «La ruptura injustificada de los tratos preliminares: notas acerca de la naturaleza de la responsabilidad precontractual», *Revista de Derecho privado*, mayo-junio 2005, pp. 79-105; TOMÁS MARTÍNEZ, Gema, «Precontrato y contrato preparatorio», en *Acciones civiles*, edición digital, director E. Llamas Pombo, La Ley, Madrid, 2007, y actualización en curso; VALÉS DUQUE, Pablo, «Responsabilidad precontractual, o culpa in contrahendo», en *Teorías y aplicaciones sobre la noción de responsabilidad jurídica*, editores Ángel Sánchez de La Torre e Isabel Araceli Hoyo Sierra, Dykinson, Madrid, 2009, pp. 527-575. Entre las obras de carácter general, v. Díez-Picazo, Luis, *Fundamento del Derecho civil patrimonial*, volumen primero, citado sobre la 5.^a edición, Civitas, Madrid, 1996, pp. 267-350.

regulan la fase de formación del contrato⁵, precisamente en la expresión constituida por las llamadas negociaciones preliminares. Para, en segundo término, pero como objetivo principal, poner de manifiesto la forma en que esas negociaciones preliminares son contempladas en proyectos de *codificación europea* del Derecho de contratos. Y, al hilo de esos proyectos, me ocuparé también de la cuestión a la luz de otros trabajos prelegislativos que juzgo dignos de atención.

Pero, naturalmente, el análisis debe circunscribirse a un extremo concreto de los muchos que las negociaciones preliminares sugieren. Va a ser el del significado de las *conductas* de los participantes en los tratos, en función de los *deberes precontractuales* tipificados por los textos que se examinarán. Acaso haya que concluir –otra vez, en Derecho, *nada nuevo bajo el sol*– que no encontramos nada que añadir a lo que nos enseña la *buena fe* –con su contrapunto, la *mala*–, o a lo que fluye, sin más, del *alterum non laedere*, pero, en todo caso, el recorrido por los textos quizá nos sirva para hallar –*de lege ferenda*– casos de *antijuridicidad tipificada* que habían brotado ya de la experiencia jurisprudencial y de la imaginación de los autores.

Creo que tiene particular motivo la atención puesta en las *conductas*, precisamente porque nos estamos refiriendo, sobre todo, a casos de negociaciones que no han llegado a buen término (es decir, ningún contrato se ha concluido), sin perjuicio de que puedan también contemplarse hipótesis de contratos efectivamente concertados pero en los que una de las partes, al negociar, ha incurrido en un comportamiento reprochable. Dicho de otro modo, parece que el *mundo* de los tratos preliminares es terreno particularmente apto para el enjuiciamiento de *conductas* como tales, esto es, al margen o con independencia de lo acontecido entre las partes *después de la negociación*.

De acuerdo con mi propia interpretación sobre el carácter del libro al que se destina el presente trabajo (libro especialmente orientado a las «realidades y tendencias» en relación con *grandes conceptos* –en este caso de Derecho privado–), atribuyo a mi apor-

⁵ Procede una puntualización terminológica. La expresión *formación del contrato* puede entenderse en el sentido de actos o serie de actos que preceden o que pueden preceder a la perfección de un contrato y que se llevan a cabo con esa finalidad (este es el significado que, por ejemplo, atribuye a la locución Díez-PICAZO, Luis, *Fundamentos...*, citado, p. 269). Pero también se dice *formación del contrato* para aludir a las circunstancias que deben concurrir para que el contrato quede perfeccionado. Esto último es lo que se observa, por ejemplo, en el denominado *Borrador del marco común de referencia*, del que luego me ocuparé; en él se distingue entre «formación» (del contrato) y negociaciones preliminares o relaciones precontractuales.

tación un signo preferentemente descriptivo, esto es, no conceptual o dogmático⁶.

II. LAS NEGOCIACIONES PRELIMINARES, EN CÓDIGOS EUROPEOS Y AMERICANOS

Decía al comienzo que los códigos civiles han dedicado poca atención a los tratos o negociaciones preliminares, como expresión o modalidad de la *formación del contrato*.

Es significativo que el Código civil francés, después de establecer las cuatro *condiciones esenciales* para la validez de un contrato (art. 1.108), continuara inmediatamente con preceptos sobre la primera de dichas *condiciones*, esto es, el consentimiento (y, además, sólo para contemplar los supuestos de *vicios* del mismo), sin siquiera una ligera alusión a lo que luego había de ser común en la doctrina francesa y en cuerpos legales de otros países, inspirados en el *Code*. Me refiero a la expresión del *consentimiento* (en el sentido de acuerdo de dos voluntades) como aceptación de una *proposición*. Es decir, en el Código francés no se dispuso una reglamentación de la oferta y de la aceptación, ni como *mecanismo* para la formación del contrato, ni como tiempo, periodo o fase en los que el contrato se va gestando. No obstante, el hecho de que, al referirse el artículo 1.108 al consentimiento, diga de él que es el «*de la parte que se obliga*», dio lugar a que la doctrina y la jurisprudencia francesas desarrollaran una teoría –inicialmente no muy elaborada– sobre la «*constitución*» del contrato a partir de una oferta inicial y de la adhesión a ella, no simultánea, por parte de su receptor⁷.

⁶ En consideración a que el libro se publicará por iniciativa de la Universidad Javeriana y en Colombia, las referencias bibliográficas contenidas en este trabajo superan a las que proporcionalmente son habituales; pretendo ofrecer a lectores que no estén muy familiarizados con la doctrina española sobre la materia –el objeto de este estudio y los pasos académicos dados en relación con la *codificación europea*– un elenco de publicaciones que considero dignas de atención.

⁷ En este sentido, y a modo de ejemplo, es significativa la exposición de COLIN, Ambrose, y CAPITANT, Henry, *Curso elemental de Derecho civil*, edición española con notas de Demófilo de Buen, Editorial Reus, Madrid, 1924, Tomo III, pp. 553 ss. De ahí que, en notable contraste, los autores franceses –me refiero a obras de carácter general– dedicaran considerable atención a la «*formación del consentimiento*», incluidos los aspectos psicológicos, y no, en cambio, a la «*formación del contrato*» como tal. Esto ha sucedido hasta época relativamente reciente; por ejemplo, entre las mayores autoridades, CARBONNIER, Jean, *Derecho civil*, edición española con traducción y adiciones de conversión al Derecho español de Zorrilla Ruiz, Manuel María, II, 2, Bosch, Barcelona, 1971, pp. 156-222. Algo similar ocurrió en el caso de otros códigos civiles europeos (y no europeos) del siglo XIX. Y fue también la doctrina, en cada caso, la que elaboró una teoría de la «*formación del contrato*», que giraba en torno a un meticoloso análisis del consentimiento contractual; en Italia, por ejemplo, GIORGI, Giorgio, *Teoría de las obligaciones en el Derecho moderno*, edición española, Editorial Reus, Madrid, 1929, donde se dedican al *consentimiento* las páginas 118 a 186. La

Algunos de los códigos que siguieron la huella del francés situaron también la médula de la *formación de los contratos* en el consentimiento y su manifestación, no faltando, sin embargo, los que desarrollaron la forma de *perfección* por la «conurrencia» de la oferta y de su aceptación. Fue el caso del Código civil español, en su artículo 1.262 antes citado⁸.

Parece claro, en suma, que los códigos del siglo XIX en relación con la «formación del contrato», sólo se ocuparon de la formulación *conceptual* del principio de concurrencia de voluntades, sin prestar atención al régimen de las negociaciones o tratos hipotéticamente conducentes a la perfección del contrato, ni a las consecuencias de las *conductas* de las partes en esa fase preliminar o preparatoria⁹.

A renglón seguido, resumo la orientación de algunos códigos europeos y americanos, con propósitos puramente descriptivos.

1. En el llamado *Código suizo de las obligaciones*¹⁰, artículos 2 a 10, se contemplan las «obligaciones resultantes de un contrato»¹¹. En ese lugar se regulan, sustancialmente, las figuras de la oferta y de la aceptación¹². Otra alusión a la fase de forma-

corta relevancia atribuida a los tratos preliminares fue superada, en Francia por ejemplo, con la monografía de HILSENRAD, Arthur, *Des obligations qui peuvent naître au cours de la préparation d'un contrat*, Arthur Rousseau, París, 1932 (edición española bajo el título *Las obligaciones precontractuales*, traducción y apéndice relativo al Derecho español de MENÉNDEZ PIDAL, Faustino, Góngora, Madrid, s.d., reimpresión de Analecta Editorial, Pamplona, 2006); el prologuista de la obra, DEMOGUE, René, puso de manifiesto cómo la cuestión relativa a las operaciones materiales en la formación de los contratos siempre había sido un poco abandonada (p. 5). HILSENRAD dedicó su atención, entre otros extremos, a la responsabilidad que pueden implicar para las partes las conversaciones preliminares. Algo parecido ocurrió en Italia, donde la monografía de BENATTI, Francesco, *La responsabilità precontrattuale*, Giuffrè, Milán, 1963, constituyó el primer estudio profundo sobre el deber precontractual de buena fe, su violación y la naturaleza de la responsabilidad derivada de ella.

⁸ No está clara la inspiración del Código español en este punto; pudieron influir el Código portugués, el austriaco o el argentino, entre otros (así se dice en las concordancias de MANRESA Y NAVARRO, José María, *Comentarios al Código civil español*, 4.ª edición, Editorial Reus, Madrid, 1929, VIII, p. 583). MUCIUS SCAEVOLA, *Código civil comentado y concordado extensamente*, XX, Sociedad Editorial Española, Madrid, 1904, pp. 587-592, alude a las posibles influencias del Código portugués o del mejicano.

⁹ El precursor Código civil prusiano, de 1794, sin embargo, había dispuesto que lo establecido en él para el caso de incumplimiento del contrato era también aplicable al supuesto de que uno de los contratantes hubiera descuidado sus deberes durante la conclusión del mismo; no obstante, todo induce a pensar que esta regla se refería, en principio, sólo al caso de que una de las partes del contrato hubiera provocado un *vicio del consentimiento* de la otra, o hubiera ocultado a esta última una causa de invalidez del acuerdo.

¹⁰ Que no fue eso, sino un Libro quinto, «*Derecho de las obligaciones*», del Código civil, según la Ley federal de 30 de marzo de 1911.

¹¹ Formando parte del Título que versa sobre «la formación de las obligaciones».

¹² Creo digno de señalarse que, a pesar de que la oferta sigue siendo en este Código el concepto fundamental de la *formación del contrato*, este último no se define como «conurrencia de la oferta y de la aceptación», sino que, más correctamente, se dice en el artículo 2 que «si las partes se han puesto de acuerdo sobre todos los puntos esenciales, se reputa que el contrato se ha concluido, incluso cuando los puntos secundarios han sido objeto de reserva».

ción del contrato se hace en el artículo 22, referente a la «promesa de contratar», sobre la que también versa el párrafo segundo del artículo 216, relativo a la compraventa de inmuebles. No se encuentra, pues, mención alguna a reglas de conducta en la fase de negociaciones preliminares, sin perjuicio de la relevancia que en ella podría atribuirse al principio de buena fe en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de las obligaciones, según la precursora regla, en tal sentido, del artículo 2 del Código civil¹³. Algunos autores consideran que violar el deber de buena fe y no respetar la confianza de la otra parte constituye un acto ilícito que obliga a la reparación según el artículo 41 del Código de las obligaciones, esto es, el precepto que formula la regla clásica de la *responsabilidad civil*, a imagen del artículo 1.382 del Código civil francés¹⁴.

2. En el Código civil italiano vigente¹⁵, el artículo 1.337 («Negociaciones y responsabilidad precontractual») dice que «las partes, en el desarrollo de las negociaciones y en la formación del contrato, deben comportarse de acuerdo con la buena fe». Y el 1.338 dispone que la parte que, conociendo o debiendo conocer la existencia de una causa de invalidez del contrato, no ha dado conocimiento de ella a la otra parte, está obligada a resarcir el daño sufrido por ésta por haber confiado, sin culpa suya, en la validez del contrato. Hay motivos para entender que el supuesto de hecho del artículo 1.338 constituye, también, un caso de vulneración del deber de buena fe del 1.337¹⁶.

3. El Código civil griego, de 15 de marzo de 1940, siguiendo también la línea tradicional, contiene una regulación de la promesa de contrato (art. 176), así como la tradicional sobre la oferta y su aceptación (arts. 185 a 193). El artículo 197, sobre «Responsabilidad a causa de las negociaciones», dispone que «en el curso de las negociaciones para la conclusión de un contrato, las partes se deben mutuamente la conducta impuesta por la buena fe y los usos en las

¹³ Regla que no puede desvincularse de la del apartado 2 del artículo 3: «Nadie puede invocar su buena fe, si ésta es incompatible con el cuidado que las circunstancias permitían exigir».

¹⁴ Puede verse un resumen de la doctrina y la jurisprudencia suizas en ENGEL, Pierre, *Traité des obligations en Droit suisse*, Éditions Ides et Calendes, Neuchâtel, 1973, pp. 133-150. El autor, bajo la rúbrica «La conclusión del contrato», desarrolla los que él llama deberes negativos y deberes positivos en la negociación preparatoria. Todos los trabajos «menores» que he consultado ponen de manifiesto que la monografía de referencia sobre la materia, en Derecho suizo, sigue siendo PIOTET, Paul, *Culpa in contrahendo et responsabilité précontractuelle en droit privé suisse*, Staempfli et Cie., Berna, 1963.

¹⁵ El de 1865 no hacía ninguna alusión a la conducta de las partes en los tratos preliminares.

¹⁶ Así, en BENATTI, *La responsabilità...*, citado, pp. 51-73. El autor, por cierto, cifra los deberes precontractuales en los de información, custodia y secreto (pp. 35-51), siguiendo opiniones de otros autores italianos. E incluía entre dichos deberes el de declarar las causas de invalidez del contrato, esto es, el tipificado en el artículo 1.338.

relaciones de los negocios»¹⁷. Y el artículo 198, en su párrafo primero, establece que el que causa, por su culpa, un perjuicio a la otra parte en el curso de las negociaciones para la conclusión de un contrato, está obligado a la reparación, incluso si el contrato no ha sido concertado. El párrafo segundo del mismo artículo 198 dice que la disposición relativa a la prescripción de las acciones nacidas de actos ilícitos se aplica por analogía a la prescripción de la acción del párrafo primero.

4. El vigente Código civil de Portugal, de 1966, muestra en este punto su singular sistemática. En las disposiciones generales sobre los contratos, como una de las fuentes de las obligaciones (arts. 405 a 409), no se hace ninguna referencia a la fase de formación. A continuación, los artículos 410 a 413 se destinan a la peculiar figura del llamado *contrato-promesa*. Pero, precisamente como consecuencia de la original sistemática del Código, la materia que me ocupa se encuentra dentro de la reglamentación del negocio jurídico, cuyo primer artículo es el 217. Y es dentro de la Subsección dedicada a la *perfección* de la declaración negocial, a partir del artículo 224, donde se halla la disciplina de dos extremos que hacen al caso. En primer lugar, artículo 227, la «*culpa en la formación de los contratos*»; se establece en dicho precepto que quien negocia con otro la conclusión de un contrato debe, tanto en los tratos preliminares como en la formación de aquél, proceder según las reglas de la buena fe, so pena de responder de los daños que culposamente causare a la otra parte¹⁸. En segundo término, los artículos 228 a 235 reglamentan la oferta de contrato y su aceptación o rechazo¹⁹.

5. En el nuevo Código civil holandés el Libro 6 regula la Parte General del Derecho de obligaciones. Su título V versa sobre «*Contratos en general*», refiriéndose su Sección 2 (artículos 217 a 230) a «*la formación de los contratos*». El artículo 217.1 parte de la histórica fórmula de que «*un contrato se forma por una oferta y su aceptación*», siendo estos dos últimos conceptos, la oferta y la aceptación, objeto de los artículos 218

¹⁷ Utilizo la traducción francesa de este Código, *Code civil hellénique*, 10.^a edición, Publicaciones del Instituto Helénico de Derecho Internacional y Extranjero, Atenas, 1981.

¹⁸ En PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, *Código civil anotado*, Coimbra Editora, 1982, I, pp. 215, nota, se expone sumariamente la doctrina que sobre la *responsabilidad prenegocial* se desprende del Código. Los mentados anotadores advierten que la regla del artículo 227 debe extenderse al caso de negocios jurídicos en los que hubiere mediado dolo (arts. 253 y 254). Por otro lado, los mismos autores indican que aunque la responsabilidad en que incurra una parte le obliga a indemnizar a la otra el *interés negativo* (o de *confianza*), excepcionalmente puede ocurrir que, si la conducta culposa de una parte consistiera en la violación del *deber de conclusión* del negocio, su responsabilidad alcanzará a la cobertura del *interés positivo* (o de *cumplimiento*).

¹⁹ El Código portugués anterior, de 1 de julio de 1867, sólo contenía una somera regulación de la oferta de contrato (arts. 650 a 655).

a 225. No hay allí referencia a las negociaciones encaminadas a la eventual perfección del contrato. Lo que no impide que pudieran ser de aplicación a las negociaciones preliminares los artículos 32 a 35 del Libro 3, sobre *actos jurídicos* (pienso en la creación, en una de las partes, de una «confianza razonable»), en relación con los artículos 162 a 168 del Libro 6, esto es, los que formulan las disposiciones generales en materia de obligación derivada de acto ilícito. Me refiero sobre todo al apartado 2 del artículo 162, con su amplia definición de «acto ilícito»: violación de un derecho, o un hacer o no hacer en contravención de una obligación legal, o de lo que según el Derecho no escrito convenga en el tráfico social²⁰.

6. En Alemania, la *Ley de modernización del Derecho de obligaciones*, de 16 de noviembre de 2001, supuso, entre otras cosas, la *codificación* de algunas figuras de origen jurisprudencial. Una de ellas fue la de la *culpa in contrahendo*²¹, expresión acuñada a finales del siglo XIX por Ihering para aludir a la responsabilidad en la que se puede incurrir en la fase anterior a la celebración del contrato, y de la que procede el concepto moderno de *responsabilidad precontractual*. Sobre la base del reconocimiento, a nivel legal, de la relación obligatoria nacida de las conversaciones contractuales²², puede existir *culpa in contrahendo*, entre otros casos, en la iniciación de negociaciones para la celebración o la preparación de un contrato y en la propia preparación²³.

7. Refiriéndome ahora a códigos americanos, y por citar sólo algunos ejemplos, el de Chile, de 1855, introduce lo que hoy llamamos la *formación del contrato* en el Título II de su Libro Cuarto, artículos 1445 a 1469, sobre «*los actos y declaraciones de voluntad*». Se trata, fundamentalmente, de la disciplina de la capa-

²⁰ Utilizo, aunque sin adoptarla del todo, la traducción de VAN REIGERSBERG VERSLUYS, Juan Guillermo, *Derecho patrimonial neerlandés*, edición del autor, Málaga, 1996. Esto, sin perjuicio del uso de la edición trilingüe, holandés, inglés y francés, *Nieuw nederlands Burgerlijk Wetboek het Vermogensrecht*, Kluwer Law and Taxation Publishers, Deventer, 1990.

²¹ ALBIEZ DOHRMANN, Klaus Jochen, «Un nuevo Derecho de obligaciones. La Reforma 2002 del BGB», *Anuario de Derecho civil*, 2002, pp. 1133-1227, en concreto pp. 1135 y 1191-1193. Y con todo detalle, ASÚA GONZÁLEZ, Clara Isabel, y HUALDE SÁNCHEZ, José Javier, «Codificación de la *culpa in contrahendo* en el Derecho alemán», *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*, Civitas, Madrid, 2003, II, pp. 1415-1433.

²² ASÚA GONZÁLEZ/HUALDE SÁNCHEZ, citado, pp. 1420-1421.

²³ Los «grupos de casos» de *culpa in contrahendo*, de la jurisprudencia alemana, fueron examinados por ASÚA GONZÁLEZ, Clara Isabel, *La culpa in contrahendo*, citado, pp. 85-191, incluyendo dentro de ellos el de nulidad o anulación por vicios en el consentimiento.

cidad para contratar, de los vicios del consentimiento y del objeto del contrato²⁴.

8. El Código civil de la República Argentina, promulgado el 29 de septiembre de 1869, sigue el modelo doctrinal clásico, en el sentido de situar la «formación del contrato» dentro de las reglas sobre el *consentimiento*. Es al comienzo de la Sección Tercera («*De las obligaciones que nacen de los contratos*») y de su Título I («*De los contratos en general*»). Después de decir el artículo 1.144 que «*el consentimiento debe manifestarse por ofertas o propuestas de una de las partes, y aceptarse por la otra*», los artículos 1.148 a 1.156 versan sobre la promesa de contrato, la oferta y la aceptación de ésta. Por otra parte, el artículo 1.329 dispone que, el que hubiese vendido cosas ajenas, aunque fuese de buena fe, debe satisfacer al comprador las pérdidas e intereses que le resultasen de la anulación del contrato, si éste hubiere ignorado que la cosa era ajena²⁵». Y la Ley 240, de defensa del consumidor, en sus artículos 7.º, 8.º y concordantes, disciplina las condiciones de la oferta y de la publicidad en relación con los supuestos comprendidos en su ámbito.

9. El Código de Colombia (sancionado el 26 de mayo de 1873 y objeto de la Ley de 15 de abril de 1887, sobre adopción de códigos y unificación de la legislación nacional), fue objeto de adición y reforma por la Ley 153 de 1887, de 24 de agosto. En ella, artículo 89, se reguló la llamada «*promesa de*

²⁴ Es el Código de comercio de Chile, de 23 de noviembre de 1865, el que regula (arts. 98 a 105) el mecanismo de la oferta y de la aceptación. La doctrina (por ejemplo, VIAL DEL RÍO, Víctor, *Teoría general del acto jurídico*, Editorial Jurídica de Chile, 5.ª edición, Santiago de Chile, 2003, pp. 62-75) es la que se cuida de advertir que los artículos 97 a 108 del Código de comercio se aplican no sólo a los actos mercantiles, sino también a las convenciones que no tienen por objeto un acto de comercio.

²⁵ También en Argentina, han sido la literatura científica y la jurisprudencia las que han construido la doctrina de las *tratativas*; palabra, por cierto, que según el Diccionario de la Lengua Española es la etapa preliminar de una negociación en la que comúnmente se discuten problemas laborales, políticos, económicos, etc., como particularidad lingüística de Argentina, Bolivia, Perú y Uruguay. Como orientación bibliográfica básica, v. BORDA, Guillermo A., *Tratado de Derecho civil. Obligaciones, II*, cita sobre la octava edición, Editorial Perrot, Buenos Aires, 1998, pp. 133-147. En pp. 147-151, el autor desarrolla la teoría de las *tratativas contractuales* y las nociones de *culpa precontractual* y *culpa in contrahendo*. BORDA admite la distinción conceptual entre estas dos últimas, considerando que la primera de ellas se refiere a la ruptura intempestiva de las tratativas, mientras éstas se han mantenido en el plano de tales, aludiendo la segunda a una etapa más avanzada: exige la formalización de un contrato (luego anulado por el hecho imputable a una de las partes) o, por lo menos, una oferta de contrato. Sin embargo, el autor se pregunta si no es ésta una distinción excesivamente sutil y si no sería preferible emplear la expresión *culpa precontractual* para designar a toda aquella que origina una responsabilidad que no nace del contrato en sí mismo, sino en las etapas previas a su formación. También con carácter sumario, v. ALTERINI, Atilio Aníbal, AMEAL, Óscar José, y LÓPEZ CABANA, Roberto M., *Derecho de obligaciones civiles y comerciales*, cita sobre la cuarta edición, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1993, pp. 659-664.

celebrar contratos», con la consiguiente modificación del artículo 1.611 del Código civil²⁶.

10. El anterior Código civil de Brasil, de 1 de enero de 1916, no presentaba ninguna particularidad en lo que me ocupa. Las «*disposiciones generales*» sobre los contratos, artículos 1.079 a 1.091, sólo reglamentaban la oferta y la aceptación.

El actual, de 10 de enero de 2002, contiene, en su Título V del Libro I de la «Parte especial», Capítulo I, una Sección (II) sobre la «*formación de los contratos*»; se trata de los artículos 427 a 435. No obstante, lo que importa aquí es el artículo 422, integrante de la Sección I del mismo Capítulo I, Sección que versa sobre «*preliminares*». El mentado artículo 422 dispone que «los contratantes están obligados a guardar, tanto en la conclusión del contrato como en su ejecución, los principios de probidad²⁷ y buena fe». La Sección sobre la «*formación de los contratos*» trata sobre la oferta y la aceptación.

Por otra parte, la Ley de 11 de septiembre de 1990, sobre defensa y protección del consumidor, regula en sus artículos 30 a 38 los deberes del empresario relativos a la información y a la publicidad.

11. En el actual Código civil de la República del Perú, promulgado el 24 de julio de 1984, dentro de la reglamentación de *los contratos en general*, artículos 1.351 a 1.372, se dispone (art. 1.362) que «los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes». Y dentro de la reglamentación del *consentimiento*, artículos 1.373 a 1.401, se contiene la relativa a la oferta, a su aceptación, a la subasta, al contrato por adhesión y a las condiciones generales de la contratación.

12. Llama un tanto la atención que un Código civil de reciente factura, como es el de Québec, de 18 de diciembre de 1991, no contenga una reglamentación pormenorizada de lo que doctrinalmente se conoce como «*formación del contrato*»; sólo hay una somera regulación del *intercambio de consentimientos*, realizado —dice el artículo 1.386— «por la manifestación, expresa o tácita, de la voluntad de una persona de aceptar la oferta para contratar que le ha hecho otra persona». El Código de Québec, por lo tanto, se ajusta al esquema clásico, por cuya virtud la expresión característica del *consentimiento* consiste en la formulación de una oferta de con-

²⁶ Es digno de señalarse, como vestigio histórico, que el texto originario del mentado artículo 1.611 decía: «*La promesa de celebrar un contrato no produce en ningún caso obligación alguna.*» Las ediciones anotadas del Código ponen de manifiesto que la remisión del artículo 1.611, en su redacción actual, no debe ser al artículo 1.511, sino al 1.502.

²⁷ Traduzco así la palabra portuguesa «*probidade*», que evidentemente corresponde a «honradez», de la que la «lealtad» es una manifestación.

trato hecha por una persona y su aceptación por otra²⁸. Es posible que eso fuera así como consecuencia del designio de mantener el Código civil de Québec, como lo había estado el Código civil del Bajo Canadá, muy próximo al Código civil francés²⁹. De hecho, el Código de Québec contiene sólo una regulación, no muy extensa pero sí puesta al día en lo terminológico, de la oferta y de la aceptación de la misma.

13. Del precedente análisis se desprende que el *Derecho codificado* ha prestado muy poca atención a la época o fase de formación del contrato. Esa formación se contempla, casi metafóricamente, como *concurso* de una oferta y de su aceptación, forma de hablar que, en realidad, lo único que pretende expresar es que, según se ha dicho acertadamente, el contrato no es fruto de una feliz «inspiración» simultánea de las partes que acaban concertándolo³⁰.

En segundo lugar, y por lo que se acaba de decir, los códigos no se ocupan de establecer y definir los deberes de conducta que incumben a quienes participan en negociaciones preliminares. Sólo hay, a veces, una referencia a la buena fe que debe presidir el desarrollo de los tratos.

En tercer lugar, la responsabilidad *in contrahendo* se sostiene sobre la base, precisamente, de la buena fe, bien entendida como canon de comportamiento en el ejercicio de los derechos (en el Código civil español, art. 7.1), bien considerada como criterio de

²⁸ Así se justifica el citado artículo 1.386 en el autorizado comentario del Ministro de Justicia de la provincia francófona canadiense: *Le Code civil du Québec. Commentaires du Ministre de la Justice*, Les publications du Québec, Québec, 1993, I, p. 841.

²⁹ Así se desprende, o al menos lo parece, de la Introducción del propio Ministro de Justicia a la obra, comentario oficial, a la que se refiere la nota anterior. Todo ello no fue obstáculo, sin embargo, para que la Sección III (arts. 1.385-1.424), del Capítulo Segundo («Del Contrato»), del Título Primero («De las obligaciones en general»), del Libro Quinto («De las obligaciones»), se rubricara con las palabras «*De la formación del contrato*», acomodadas a la terminología doctrinal actual y no a la del Código francés.

³⁰ En la más reciente bibliografía española, v. MENÉNDEZ MATO, Juan Carlos, *La oferta contractual*, Aranzadi, Pamplona, 1998, MARTÍNEZ GALLEGO, Eva María, *La formación del contrato a través de la oferta y la aceptación*, Marcial Pons, Madrid, 2000, y CUADRADO PÉREZ, Carlos, *Oferta, aceptación y conclusión del contrato*, Real Colegio de España de Bolonia, Madrid, 2003. La concepción del *consentimiento* como concurso de la oferta y de la aceptación, fruto en buena medida del Código civil alemán, se sigue manifestando en algunos códigos, que aun antiguos, han sido objeto recientemente de considerables revisiones. Es el caso del Código civil de Japón, cuyos artículos 521 a 532 regulan la «formación de los contratos»; inspirándose en el BGB, los mentados preceptos versan sobre la oferta y la aceptación y sobre el anuncio público de recompensa: *Código civil japonés*, edición bilingüe con estudio preliminar, BARBERÁN, Francisco, y DOMINGO, Rafael, Aranzadi, Cizur Menor, 2006. En su nota al artículo 521, los citados autores advierten que el Derecho japonés ha asumido plenamente como elementos esenciales del contrato la oferta y la aceptación.

integración del contrato, por analogía³¹. En el trasfondo se encuentra la idea de la *confianza creada*, en una de las partes de la negociación, por las manifestaciones (o, en general, por el proceder) de la otra. Y, en todo caso, gozando de mayor aceptación la calificación de tal responsabilidad como extracontractual³².

Sin embargo, la doctrina ha construido una teoría que puede resumirse así:

Quienes participan en negociaciones preliminares tienen el deber de observar un comportamiento ajustado a la buena fe, tanto al iniciarlas como al mantenerlas (o no interrumpirlas)³³.

Como consecuencia de los imperativos de la buena fe, cada parte tiene también el deber de informar a la otra sobre los extremos necesarios para que esta última forme adecuadamente su voluntad³⁴.

³¹ En el Código civil español, artículo 1.258, por cuya virtud los contratos, desde que se perfeccionan, obligan no sólo a lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley.

³² No es el caso del Derecho alemán, pero por la particularidad del régimen de responsabilidad civil de su Código: no existe una «cláusula abierta» de responsabilidad por *cualquier daño* (a diferencia de los ordenamientos que siguen la línea del art. 1.382 del Código civil francés), sino que la «fórmula típica» de responsabilidad es la de imputarla a quien, concurriendo dolo o negligencia, lesiona de forma antijurídica la vida, el cuerpo, la salud, la libertad o cualquier otro derecho ajeno (parágrafo 823 del BGB).

³³ Sin perjuicio de otros trabajos que cito, v. GARCÍA RUBIO, María Paz, «Responsabilidad por ruptura injustificada de negociaciones: A propósito de la STS (Sala 1.ª) de 16 de mayo de 1988», *Diario la Ley*, 1989, 4, pp. 1112-1119; CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio, «El ámbito de la responsabilidad precontractual o culpa *in contrahendo*», *Revista Crítica de Derecho inmobiliario*, 628, pp. 747-788; sobre todo, 747-766; MEDINA ALCOZ, María, «La ruptura...», citado.

³⁴ Deber de información que debe calibrarse en función del nivel de conocimientos de *la otra parte*. Esto es, de lo que ya conocía o se entiende que *debía haber conocido*: es un ejemplo en este sentido el artículo 1.484 del Código civil español, que excluye la responsabilidad del vendedor, por defectos ocultos de la cosa vendida, si el comprador es un perito que, por razón de su oficio o profesión, debía fácilmente conocerlos; también, las abundantes reglas en las que se sanciona de una u otra manera a quien se halla en la condición o situación de mala fe (conocimiento de un determinado estado de cosas, de hecho o de Derecho, cuya ignorancia acarrearía distinto efecto jurídico que el que le atribuyen las normas); igualmente, el artículo 16 de la Ley de contrato de seguro, que excluye la sanción al asegurado —que no informa sobre el acaecimiento del siniestro— si el asegurador había tenido conocimiento de él por otro medio; del mismo modo, la regla del artículo 30 bis de la Ley del mercado de valores, que exige del deber de información en relación con los «inversores cualificados», esto es, los que el precepto legal supone buenos conocedores del mercado en cuestión. Debe tenerse presente que no es infrecuente que Leyes especiales impongan, con más o menos detalle, deberes precontractuales de información. Así, en España, la Ley de 15 de enero de 1996, sobre ordenación del comercio minorista, al regular el contrato de franquicia; la Ley de 11 de julio de 2002, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico; Ley de 17 de julio de 2006, de mediación de seguros y reaseguros privados; Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias, texto refundido de 16 de noviembre de 2007; Ley de 7 de diciembre de 2007, de regulación del mercado hipotecario y otros extremos; Ley de 31 de marzo de 2009, por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo. V., sobre esta materia, GÓMEZ CALLE, Esther, *Los deberes precontractuales de información*, La Ley, Madrid, 1994, LLOBET AGUADO, Josep, *El deber de información en*

De otra parte, los intervinientes en negociaciones preliminares tienen un deber de confidencialidad, esto es, un deber de lealtad en la utilización de la información suministrada por la otra parte.

También pesa sobre las partes el deber de custodia y conservación, con la diligencia debida, de las cosas que una hubiere confiado o entregado a la otra en la propia fase de conversaciones o tratos.

Del mismo modo, algunos autores consideran que forma parte de los deberes de cada participante en la negociación el de protección de la persona y del patrimonio del otro³⁵.

Igualmente, se ha hecho eco la doctrina de la frecuente existencia de documentos en los que las partes de la negociación trazan las líneas de la misma, o van plasmando los acuerdos a los que sucesivamente llegan, o definen el esquema del contrato por el que negocian. Son las llamadas «cartas de intenciones» (las *letters of intent* del Derecho anglosajón³⁶).

Por definición, no forma parte del «cuadro» el caso en el que existe una *negativa a contratar*; no llega a haber negociaciones. Sin embargo, hoy se observa la tendencia de aludir a la *negativa a contratar* con ocasión del análisis del principio de libertad en la contratación. Así sucede, por ejemplo, en el *Draft Common Frame of Reference*, al que luego me referiré; en su *Introducción* se dice que el principio general de libertad para contratar debe ser *modificado* cuando de él resultase una discriminación inaceptable, por ejemplo, por razones de género, raza o religión.

la formación de los contratos, Marcial Pons, Madrid, 1996, y RUIZ PERIS, Juan Ignacio, *Los tratos preliminares en el contrato de franquicia*, Aranzadi, Cizur Menor, 2000.

³⁵ No es ésa la opinión de BENATTI, *La responsabilità...*, citado, pp. 79-84. Este autor, que califica ese deber como «deber de conservación», cita, como es habitual en esta materia, la sentencia del *Reichsgericht*, de 7 de diciembre de 1911, que condenó a indemnizar el daño —a título de responsabilidad contractual— al titular de un establecimiento en el que una mujer sufrió heridas en una pierna al caer sobre ella unas alfombras de linóleo que estaba examinando. BENATTI entendía que las obligaciones que derivan del artículo 1.337 del *Codice civile* surgen del «hecho» negociaciones, que están dirigidas a la preparación del contenido del futuro acto de autonomía privada, requisitos éstos que sólo concurren en los deberes de información, de secreto y de custodia. En cambio, HILSENRAD, *Las obligaciones...*, citado, sobre todo pp. 135-159, sí consideró incluidos dentro de los deberes precontractuales el de responder de los accidentes que pueden tener lugar durante la preparación de un contrato; de forma muy casuística, se refirió a daños sufridos en la prueba de un animal, en la de un automóvil, en el ensayo de una cosa, en la visita a un inmueble, en la realización de un trabajo, también a modo de ensayo, etc.

³⁶ Sobre estos últimos extremos, v. TOMÁS MARTÍNEZ, Gema, «Precontrato y contrato preparatorio», citado. Siempre, sin embargo, hay «casos nuevos»: ATIYAH, P. S., *An introduction to the Law of contract*, 3.^a edición, Oxford University Press, Oxford, 1981, p. 62, cita el pleito *Hoffman v. Red Owl Stores*, en el que un tribunal norteamericano resolvió que una parte de la negociación que «encadena» a la otra con prolongados tratos, cambiando constantemente sus términos, puede ser declarada responsable. V. también, CARRASCO PERERA, Ángel, «Cartas de intenciones, precontratos, responsabilidad *in contrahendo* y obligatoriedad de los tratos en la jurisprudencia española», en *Aranzadi Civil*, 21, marzo 2006, pp. 15-38.

14. También *de lege lata*, pero fuera de los ordenamientos nacionales en sentido estricto, merece ser citada la Convención de las Naciones Unidas de 11 de abril de 1980 sobre contratos de compraventa internacional de mercaderías, hecha en Viena.

Sus artículos 14 a 24 regulan la *formación del contrato*. Son preceptos notablemente inspirados por el principio de respeto a la *confianza creada*. Pero, además, debe tenerse presente la capital regla del apartado 1 del artículo 7, que reza: «En la interpretación de la presente Convención se tendrán en cuenta su carácter internacional y la necesidad de promover la uniformidad en su aplicación y de asegurar la observancia de la buena fe en el comercio internacional.»

De otra parte, abunda en la idea de confianza creada, sobre la base de conductas, lo dispuesto en el artículo 8: «1. A los efectos de la presente Convención, las declaraciones y otros actos de una parte deberán interpretarse conforme a su intención cuando la otra parte haya conocido o no haya podido ignorar cuál era esa intención. 2. Si el párrafo precedente no fuere aplicable, las declaraciones y otros actos de una parte deberán interpretarse conforme al sentido que les habría dado en igual situación una persona razonable de la misma condición que la otra parte. 3. Para determinar la intención de una parte o el sentido que habría dado una persona razonable deberán tenerse debidamente en cuenta todas las circunstancias pertinentes del caso, en particular las negociaciones, cualesquiera prácticas que las partes hubieran establecido entre ellas, los usos y el comportamiento ulterior de las partes.»

15. En un plano distinto del normativo se encuentran los *Principios de UNIDROIT* sobre los contratos comerciales internacionales³⁷.

Obra del Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado, se ha dicho de ellos que constituyen uno de los esfuerzos más apreciables para uniformar el Derecho sustantivo aplicable a los contratos comerciales internacionales y que pueden ser calificados como una moderna *lex mercatoria* internacional³⁸. Su última versión fue publicada en el año 2004³⁹. En su preámbulo, se dice: «Estos Principios establecen reglas generales aplicables a los con-

³⁷ En castellano, en *Principios Unidroit sobre los contratos comerciales internacionales*, edición DOMINGO, Rafael, Aranzadi, Cizur Menor, 2007.

³⁸ PERALES VISCASILLAS, Pilar, «Los principios de UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales», en *Derecho contractual europeo...* (director BOSCH CAPDEVILA), citado, pp. 183-207. Sobre la versión precedente de estos *Principios*, v. MORÁN BOVIO, David (coordinador): *Comentario a los Principios de UNIDROIT para los contratos del comercio internacional*, 2.ª edición, Aranzadi, Pamplona, 2003. De la «Formación» (del contrato) se ocupó también PERALES VISCASILLAS, María del Pilar, pp. 107-165, en la obra que se acaba de citar.

³⁹ Localizable en castellano en <http://www.unidroit.org/spanish/principles/contracts/principles2004/blackletter2004.pdf>. Asimismo, en *Principios Unidroit sobre los contratos...*, citado.

tratos mercantiles internacionales. Estos Principios deberán aplicarse cuando las partes hayan acordado que su contrato se rija por ellos. Estos Principios pueden aplicarse cuando las partes hayan acordado que su contrato se rija por principios generales del derecho, la *lex mercatoria* o expresiones semejantes. Estos Principios pueden aplicarse cuando las partes no han escogido el derecho aplicable al contrato. Estos Principios pueden ser utilizados para interpretar o complementar instrumentos internacionales de derecho uniforme. Estos Principios pueden ser utilizados para interpretar o complementar el derecho nacional. Estos Principios pueden servir como modelo para los legisladores nacionales e internacionales.»

La Sección 1 del Capítulo 2 se refiere a la «formación» del contrato (artículos 2.1.1 a 2.1.22). Los primeros artículos versan sobre la oferta y la aceptación. A deberes precontractuales aluden los artículos 2.1.15 y 2.1.16, cuyo texto es: «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 en o continúe negociaciones cuando al mismo tiempo tiene la intención de no llegar a un acuerdo.

Artículo 2.1.16. Deber de confidencialidad. Si una de las partes proporciona información como confidencial durante el curso de las negociaciones, la otra tiene el deber de no revelarla ni utilizarla injustificadamente en provecho propio, independientemente de que con posterioridad se perfeccione o no el contrato. Cuando fuere apropiado, la responsabilidad derivada del incumplimiento de esta obligación podrá incluir una compensación basada en el beneficio recibido por la otra parte»⁴⁰.

De otro lado, conductas de las partes son contempladas en varios lugares. Así, actuación del destinatario en consonancia con la oferta (art. 2.1.4), acto del destinatario de la oferta (art. 2.1.6), vinculación de cada parte por sus propios actos (art. 2.1.18), etc. Y el primero de los artículos de la Sección, el 2.1.1, dice que «el contrato se perfecciona mediante la aceptación de una oferta o por la conducta de las partes que sea suficiente para manifestar un acuerdo».

⁴⁰ Es singular esta sanción, no basada en el daño de la víctima sino en el beneficio obtenido por el infractor, aunque se matiza con las palabras «podrá incluir». En otro lugar (DE ÁNGEL YÁGÜEZ, Ricardo, *Tratado de responsabilidad civil* –coordinador, SIERRA GIL DE LA CUESTA, Ignacio–, Bosch, Barcelona, 2008, I, pp. 101-105), me he ocupado de este tipo de «reparación», que tiene evidente pretensión disuasoria, o incluso *punitiva*.

III. LOS DEBERES EN LA NEGOCIACIÓN, SEGÚN PROYECTOS DE CODIFICACIÓN EUROPEOS

No es necesario, ni oportuno, que me extienda ahora en ninguna de las muchas consideraciones que suscita el llamado *proceso* de codificación europea. Camino sembrado de enormes dificultades, muchas de fondo y no pocas formales⁴¹.

Lo que, desde luego, puede afirmarse con seguridad es que la posible codificación civil europea ha despertado un enorme interés en el mundo científico y académico, del que son fruto una abundante bibliografía y algunos meritorios proyectos.

Refiriéndome en concreto al Derecho europeo de contratos, parecería que la Comunicación de la Comisión (entonces de las Comunidades Europeas), de 1 de julio de 2001, dirigida al Consejo y al Parlamento –al referirse a su objetivo de entablar una discusión en profundidad, tanto entre las demás instituciones comunitarias como entre el público–⁴², hubiera avivado el fuego de iniciativas *privadas* que hasta entonces, o desde entonces, se

⁴¹ Sigue teniendo actualidad lo escrito al respecto por Díez-PICAZO, Luis, ROCA TRÍAS, Encarna, y MORALES MORENO, Antonio Manuel, en *Los principios del Derecho europeo de contratos*, Civitas, Madrid, 2002, sobre todo pp. 76-121. En otra línea, pero también de interés, CÁMARA LAPUENTE, Sergio (coordinador), *Derecho privado europeo*, Colex, Madrid, 2003, y ESPIAU ESPIAU, Santiago, y VAQUER ALOY, Antoni (editores), *Bases de un Derecho contractual europeo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003. Más reciente, *Derecho privado europeo: estado actual y perspectivas de futuro*, coordinadores DÍAZ ROMERO, María del Rosario, y otros, Civitas, Madrid, 2008. V. también CÁMARA LAPUENTE, Sergio, «El hipotético “Código civil europeo”: ¿por qué, cómo y cuándo?», en *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*, Civitas, Madrid, 2003, I, pp. 347-379. Precisamente sobre el Derecho de contratos, MASIDE MIRANDA, José Enrique, «El futuro Código civil europeo de contratos», en *Revista crítica de Derecho inmobiliario*, 684, julio-agosto 2004, pp. 1769-1830; ESPINA, Daniel, «El carácter mercantil de la unificación internacional del Derecho contractual. Principios UNIDROIT y Principios de Derecho Contractual Europeo», en *Revista crítica de Derecho inmobiliario*, 710, noviembre-diciembre 2008, pp. 2431-2484. v., también, *Derecho contractual europeo. Problemática, propuestas y perspectivas*, director BOSCH CAPDEVILA, Esteve, Bosch, Barcelona, 2009.

⁴² La Comunicación, en su resumen inicial, decía entre otras cosas: «Si se detectan problemas concretos, la Comisión desearía recibir opiniones sobre cómo deberían o podrían resolverse. Para facilitar su formulación, la Comunicación ofrece una lista no exhaustiva de soluciones posibles. No obstante, cualquier interesado puede proponer otras soluciones. —Dejar que sea el mercado quien resuelva los problemas detectados. —Promover el desarrollo de principios comunes de Derecho contractual no vinculantes, que pueden ser útiles para la redacción de contratos por las partes contratantes, para las decisiones de los tribunales nacionales y las instancias de arbitraje y para la redacción de iniciativas legislativas por los legisladores nacionales. —Revisar y mejorar la legislación comunitaria existente en el ámbito del Derecho contractual para que sea más coherente y pueda aplicarse a situaciones que no estaban contempladas en el momento de su adopción. —Adoptar un instrumento nuevo a nivel comunitario. Podrían combinarse diferentes elementos: el tipo de acto que se adopte (reglamento, directiva o recomendación), las consecuencias para la normativa nacional (que puede ser sustituida o coexistir), la cuestión de las normas vinculantes dentro del conjunto de disposiciones aplicables, y la posibilidad para las partes contratantes de elegir aplicar el instrumento comunitario o de que las nor-

propusieron el formidable objetivo de preparar y dar forma a proyectos de codificación europea, siquiera fragmentarios o *sectoriales*⁴³.

A continuación, paso a dar cuenta de cómo se contemplan, en algunos proyectos, los deberes de las partes en las negociaciones preliminares o previas al contrato.

1. LOS «PRINCIPIOS DE DERECHO CONTRACTUAL EUROPEO» (PECL)

En el año 1999⁴⁴ se publicó la obra *Principles of European Contract Law*, resultado del trabajo llevado a cabo por la Comisión de Derecho Europeo de los Contratos, un grupo de juristas reclutados de todos los Estados miembros de la Unión Europea bajo la presidencia del Profesor danés Ole Lando. Esta última circunstancia hizo que el grupo de trabajo fuera frecuentemente identificado y conocido como *Comisión Lando*. Comisión que había comenzado a trabajar en la década de los 70 y que quedó oficialmente disuelta a comienzos de 2001⁴⁵.

De la *Introducción* a la publicación en castellano⁴⁶ de los *Principios* (habitualmente citados, para simplificar, con las siglas de su título en inglés –*PECL*–) se desprende que sus objetivos son: 1. Facilitar el comercio transfronterizo en la Unión Euro-

mas comunitarias se conviertan automáticamente en una red de seguridad de disposiciones que se aplicarían si las partes no han acordado una solución específica.»

⁴³ También en otros ámbitos distintos del Derecho de contratos se han hecho notar los esfuerzos de codificación. Particular mención merece lo hecho en el terreno de la responsabilidad civil. En él, el conocido en el pasado como *Grupo de Tilburg*, ahora *European Group on Tort Law*, publicó en el año 2005, en Viena y en inglés, un completo y valioso texto titulado *Principles of European Tort Law*. Editado no hace mucho en castellano: *Principios de Derecho europeo de la responsabilidad civil*, obra coordinada por MARTÍN-CASALS, Miquel, Aranzadi, Cizur Menor, 2008. Sobre el desarrollo de las actividades del *Grupo*, v. MARTÍN-CASALS, Miquel, «El European Group on Tort Law y la elaboración de unos “Principios europeos del Derecho de la responsabilidad civil” (Grupo de Tilburg/Viena o Spier/Kozio)», en CÁMARA LAPUENTE, *Derecho privado europeo*, citado, pp. 217-226.

⁴⁴ Kluwer Law International, La Haya.

⁴⁵ V. GONZÁLEZ PACANOWSKA, Isabel, «Los principios Lando», en *Derecho contractual europeo...* (director BOSCH CAPDEVILA), citado, pp. 151-182.

⁴⁶ *Principios de Derecho contractual europeo. Parte I y II*, con el subtítulo «Los trabajos de la “Comisión de Derecho contractual europeo”, edición: Ole Lando y Hugh Beale», edición española a cargo de BARRES BENLLOCH, Pilar, EMBID IRUJO, José Miguel, y MARTÍNEZ SANZ, Fernando, Consejo General del Notariado, Madrid, 2003. También hay una traducción al castellano en Díez-Picazo/Roca Trías/Morales, *Los principios...*, citado, pp. 21-62. E igualmente traducidos en SCHULTZE, Reiner, y ZIMMERMANN, Reinhard, *Textos básicos de Derecho privado europeo*. Recopilación, edición española a cargo de ARROYO I AMAYUELAS, Esther, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2002, pp. 449-490. En el año 2003 (Kluwer Law International, La Haya) se publicó la Parte III; sobre ella, v. VAQUER ALOY, Antoni, *La tercera parte de los principios de Derecho contractual europeo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005. El texto de los *PECL* puede verse en http://frontpage.cbs.dk/law/commission_on_european_contract_law/survey_pecl.htm.

pea, poniendo a disposición de las partes una regulación desligada de los distintos ordenamientos jurídicos nacionales, a la que puedan someter sus negocios. 2. Ofrecer unos fundamentos generales, conceptuales y sistemáticos, como medida para avanzar en la armonización europea en materia de contratos. 3. Realizar una función de mediación entre el *Common Law* y el *Civil Law*. 4. Concretar la moderna *lex mercatoria* europea. 5. Servir de fuente de inspiración para los tribunales y legisladores europeos en el desarrollo de su Derecho contractual propio⁴⁷. 6. Significar un paso importante en el camino hacia la codificación del Derecho contractual europeo⁴⁸.

De hecho, el artículo 1:101 dice: «Art. 1:101. Aplicación de los Principios. (1) Los presentes Principios tienen por objeto ser aplicados con carácter general como Derecho de contratos en la Unión Europea. (2) Los Principios se aplican cuando las partes hayan convenido incorporarlos a sus contratos o que tales contratos se rijan por ellos. (3) Los Principios pueden ser aplicados cuando las partes a) hayan convenido que su contrato se rija por los “principios generales de Derecho”, por la *lex mercatoria* o hayan utilizado cualquier otra fórmula análoga; o b) no hayan escogido ningún sistema de normas jurídicas para regir su contrato. (4) Los Principios pueden facilitar soluciones para las cuestiones que se hayan planteado en aquellos puntos en que el sistema de normas jurídicas aplicable no lo haga.»

El Capítulo 2, artículos 2:101 a 2:302, tiene por objeto la «formación» del contrato⁴⁹. Su Sección 1 es de «disposiciones gene-

⁴⁷ De hecho, los tribunales de los países de la Unión Europea vienen apoyándose con frecuencia, como argumento adicional, en los *PECL*. Para el caso de España, v. PERALES VISCASILLAS, María del Pilar, «Aplicación jurisprudencial de los Principios de *Derecho contractual europeo*», en *Derecho Privado europeo...* (coordinadores DÍAZ ROMERO, María del Rosario, y otros), citado, pp. 453-500. Con anterioridad, también PERALES VISCASILLAS, María del Pilar, «La aplicación jurisprudencial en España de la Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional, los Principios Unidroit y los Principios del Derecho contractual europeo: de la mera referencia a la integración de lagunas», en *Diario La Ley*, 6725, 31 de mayo de 2007, pp. 1-7.

⁴⁸ Sobre el título del documento, DÍEZ-PICAZO/ROCA TRÍAS/MORALES, *Los principios...*, citado, p. 79, dicen: «Ante todo se encuentra el título. Los autores han evitado, probablemente de propósito, la utilización de la idea de código, como por ejemplo, ha hecho el llamado Grupo de Pavía, encabezado por el profesor Gandolfi. De ello no puede, sin embargo, extraerse la conclusión de que en ellos no se contengan reglas. La idea de reglas (*rules*) referida a ellos mismos aparece sin cesar. No son “principios” en el sentido en que esta palabra se utiliza para aludir v. gr. a los principios generales del derecho como proposiciones que enuncian, sin referencia a supuestos de hecho concretos, juicios de valor o directrices jurídicas de carácter tan abstracto que necesitan *a posteriori* un proceso de concreción. La expresión “principios” debe más bien ser entendida como normas de características generales y en este sentido como opuesta a normas concretas o casuísticas.»

⁴⁹ Recurso a la traducción de DÍEZ-PICAZO/ROCA TRÍAS/MORALES, *Los principios...*, citado.

rales», la 2 versa sobre «oferta y aceptación», y la 3 sobre «responsabilidad precontractual»⁵⁰.

Por lo que aquí interesa, extraigo los siguientes artículos:

«Artículo 2:102. Voluntad. La voluntad de una de las partes de quedar jurídicamente vinculada por el contrato se determina por sus declaraciones o conducta, en la forma en que unas y otras fueran razonablemente entendidas por la otra parte.»

«Artículo 2:301. Negociaciones contrarias a buena fe. (1) Las partes son libres de negociar y no son responsables por el hecho de que no se alcance un acuerdo. (2) Sin embargo, la parte que hubiera negociado o roto las negociaciones en forma contraria a la buena fe y a la lealtad, es responsable de las pérdidas causadas a la otra parte. (3) Es contrario a la buena fe y a la lealtad, en particular, que una de las partes inicie o continúe negociaciones sin intención real de alcanzar un acuerdo con la otra.»

«Artículo 2:302. Violación del deber de confidencialidad. Si en el curso de unas negociaciones, una de las partes facilitara a la otra una información confidencial, esta última queda obligada a no revelar la información recibida, ni a utilizarla para sus propios fines, tanto si el contrato queda posteriormente concluido como si no. La inobservancia de este deber puede incluir una compensación por la pérdida sufrida y la restitución del beneficio obtenido por la otra parte»⁵¹.

De estos dos últimos artículos, integrantes de la Sección sobre «responsabilidad precontractual», se desprende la formulación de dos deberes: uno, el de celebrar o romper las negociaciones de acuerdo con la buena fe y la lealtad⁵²; otro, el de guardar u observar confidencialidad sobre la información recibida. El apartado 3 del artículo 2:301, por otro lado, se cuida de determinar en particu-

⁵⁰ V. el comentario a los artículos constitutivos del citado Capítulo 2, obra de LANDO y BEALE, en *Principios...*, citado, pp. 185-274. El mismo Capítulo fue objeto de comentario por DÍEZ-PICAZO/ROCA TRÍAS/MORALES, *Los principios...*, citado, pp. 171-200.

⁵¹ Se advierte de nuevo la «reparación» consistente en el beneficio del infractor.

⁵² Buena fe y lealtad en las negociaciones, en los *PECL*, se ponen en relación por parte de TOMÁS MARTÍNEZ, Gema, «Damages for Fraud in Case of not Avoiding the Contract», en *European Private Law Beyond the Common Frame of Reference. Essays in Honour of Reinhard Zimmermann*, editor Antoni Vaquer, Europa Law Publishing, Groningen, 2008, pp. 65-75. La autora examina el caso que dio lugar a la interesante sentencia del Tribunal Supremo de 18 de enero de 2007, caso revelador de un flagrante fraude en las negociaciones conducentes a algunas relaciones contractuales; el demandante reclamaba indemnización de daños y perjuicios contra tres sociedades vinculadas entre sí y los cinco hermanos y hermanas que administraban dichas compañías. El Tribunal declaró que, con arreglo al Derecho español, eran posibles tres opciones: la anulación del contrato y la consiguiente reclamación de daños, la anulación del contrato sin pretensión por daños, y la reclamación de daños sin la anulación del contrato.

lar (es decir, no es una «cláusula cerrada») qué conducta se considera contraria a la buena fe y a la lealtad⁵³.

La conducta de las partes se encuentra citada, usándose o no esa palabra, en los siguientes artículos: 2:102, «sus declaraciones o conducta»; 2:104, «precauciones razonables»; 2:106, «en la medida en que la otra parte hubiera confiado razonablemente en aquéllos»; 2:202, «era razonable que el destinatario de la oferta considerase la oferta como irrevocable y ha actuado sobre la base de tal confianza»; 2:206, «dentro de un tiempo razonable»; 2:207, «si el oferente comunica al destinatario sin demora que él la considera como tal»; 2:209, «comunica sin retraso a la otra parte»; 2:210, «sin demora».

Por otro lado, creo que puede tener relieve (para caso de conflicto) el artículo 2:105, cuya rúbrica o título, según una traducción, es «cláusulas de absorción»⁵⁴. Se trata de la denominada en inglés *merger clause*, muy frecuente en la experiencia de la contratación, sobre todo en la que entraña un elevado número de documentos intercambiados entre las partes antes de la perfección del contrato.

El texto del artículo 2:105 es: «Art. 2:105. Cláusulas de absorción. (1) Si un contrato escrito contiene una cláusula individualmente negociada, en virtud de la cual el escrito incorpora todos los

⁵³ Una particular perspectiva de las negociaciones preliminares a la luz de los *PECL* se encuentra en MARTÍ MOYA, Vanessa, «Los tratos preliminares en las operaciones de *mergers and acquisitions* a la luz de la unificación del derecho contractual europeo», en *Derecho contractual europeo...* (director BOSCH CAPDEVILA), citado, pp. 363-375. La autora se refiere, entre otras cosas, a los «documentos preliminares», tales como las *letter of intent* o las cláusulas de «*break-fee*». Y en sus conclusiones dice: «En los últimos tiempos hemos asistido a un creciente fomento de las operaciones societarias de modificación estructural intracomunitarias por parte del legislador comunitario como medida instrumental de la consecución de un verdadero mercado único con plena libertad de establecimiento y de circulación de capital. Las fusiones transfronterizas, las escisiones, la creación de SE o SCE que, previsiblemente, han de verse acentuadas en los próximos años, sin embargo, son procedimientos societarios que implican negociaciones preliminares complejas que han sido tradicionalmente huérfanas de intervención legislativa en sede de sociedades. Resulta, por ello, necesario, a fin de dirimir posibles conflictos precontractuales, acudir al sistema general del Derecho común, que habrá de tener en cuenta las especificidades de los sujetos intervinientes. En efecto, la multiplicidad de órganos intervinientes en estas operaciones societarias conlleva un reparto competencial entre la preparación del negocio, que corresponde a quienes administran la sociedad, y su aprobación o efectiva conclusión que corresponde a los socios. Estos rasgos característicos de las sociedades mercantiles adquieren gran importancia a la hora de delimitar las obligaciones precontractuales y la posible existencia de ilícitos, en especial, en casos de ruptura de los tratos antes de la conclusión del contrato (o, en nuestro caso, de la adopción del acuerdo), pues la libertad de los socios para rechazar una fusión proyectada no puede verse condicionada.»

⁵⁴ Así se traduce en Díez-PICAZO/ROCA TRÍAS/MORALES, *LOS PRINCIPIOS...*, citado, p. 28. En SCHULTZE/ZIMMERMANN, *Textos básicos...*, citado, p. 456, la traducción es la de «cláusula de integridad». De la misma forma, en LANDO/BEALE, *Principios...*, citado, p. 209. Considero que no sería inadecuado recurrir a la traducción literal («cláusula de fusión»), puesto que, efectivamente, «se funden» en un texto contractual todas las declaraciones, promesas o convenios anteriores a él.

términos y cláusulas de un contrato (cláusula de absorción) cualquier declaración, promesa o convenio anterior no incorporado en el escrito no forma parte del contrato. (2) Si la cláusula de absorción no ha sido individualmente negociada, se presume que las partes tenían la voluntad de que sus anteriores declaraciones, promesas o convenios no formaran parte del contrato. Esta regla no puede ser limitada ni excluida. (3) Las declaraciones anteriores de las partes pueden ser utilizadas para interpretar el contrato. Esta regla no puede ser limitada ni excluida excepto en virtud de una cláusula negociada individualmente. (4) En virtud de sus declaraciones o de su comportamiento, una parte puede verse impedida para alegar una cláusula de absorción en la medida en que la otra parte pudo razonablemente confiar en tales declaraciones o conductas.»

Según esta regla, que veremos luego presente, al menos en parte, en algún otro proyecto, las comunicaciones cruzadas entre las partes en el periodo precontractual *pueden ser elementos de juicio para la interpretación en cualquier conflicto derivado de las negociaciones preliminares*. Y entiendo que esto ha de ser así, tanto para el caso de que el contrato llegara a concertarse (formando parte de él la *merger clause*), como para la hipótesis de que no se alcanzara la perfección del contrato⁵⁵.

2. LOS «PRINCIPIOS DEL DERECHO CONTRACTUAL COMUNITARIO»

Con vistas a la redacción de un marco común de referencia –al que a continuación me referiré–, desde el año 2002 desarrolló su actividad un grupo de trabajo denominado «*Research Group on the Existing Private Law (Acquis Group)*». Funcionó de forma casi simultánea a la actividad de otro grupo de trabajo llamado «*Study Group on a European Civil Code*»⁵⁶. Su finalidad es la de sistematización y consolidación del Derecho privado europeo comunitario. Es decir, persigue el objetivo de ordenar y generalizar las reglas hoy existentes en el «acervo comunitario» (lo que de ordinario se conoce en su denominación francesa como *acquis communautaire*–

⁵⁵ Si el contrato se ha perfeccionado, estaríamos en presencia del criterio interpretativo consistente en los actos de los contratantes, «*coetáneos y posteriores al contrato*» (art. 1.282 del Código civil español), palabras en las que también tienen cabida los *actos anteriores*. Si el contrato no se hubiere perfeccionado, y se calificase la responsabilidad como extracontractual, sería de aplicación el principio general en materia de Derecho de daños (responsabilidad por acto dañoso injusto, mediando culpa del autor), en la medida en que una de las partes actuara sustrayéndose a lo manifestado por ella en las negociaciones.

⁵⁶ Este *Study Group* tiene su origen en la iniciativa del Profesor Christian Von Bar, de la Universidad de Osnabrück.

re), mientras que el *Study Group* opera fundamentalmente sobre el Derecho comparado y los *PECL*⁵⁷.

El grupo al que ahora me refiero, conocido, para abreviar, como *Acquis Group*, publicó el año 2007 el resultado de su propio trabajo, también encabezado por la palabra *Principios*⁵⁸. Existe una traducción al castellano⁵⁹. Su Capítulo 2, sobre «*Deberes precontractuales*», está compuesto por diez artículos, divididos en tres secciones. La 1 es de «disposiciones generales», la 2 se rubrica «deberes de información precontractual», y la 3 versa sobre «deber de prevenir errores en la entrada de datos». Los artículos 2:101 y 2:103 sientan, respectivamente, el principio de buena fe en las relaciones precontractuales y la regla de que quien lleva a cabo o interrumpe las negociaciones de manera contraria a la buena fe, es responsable por los daños causados a la otra.

«Artículo 2:101. Buena fe. En las relaciones precontractuales, las partes deben actuar de buena fe.»

«Artículo 2:103. Negociaciones contrarias a la buena fe. (1) Una parte es libre de entrar en negociaciones y no es responsable si no se alcanza ningún acuerdo. (2) Sin embargo, la parte que ha llevado a cabo o interrumpido las negociaciones de manera contraria a la buena fe es responsable por los daños causados a la otra parte. (3) En particular, una parte actúa de manera contraria a la buena fe cuando inicia o continúa las negociaciones sin la intención real de llegar a algún acuerdo.»

No se encuentra ninguna diferencia sustancial respecto al régimen de los *PECL*.

En cambio, los artículos 2:201 a 2:206 regulan de manera más detallada que los *PECL* los deberes de información precontractual.

La regla general, por así decirlo, se halla en el artículo 2:201, que reza:

«Artículo 2:201. Deber de informar sobre los bienes o servicios. Antes de la conclusión de un contrato, una parte tiene el deber de proporcionar a la otra la información sobre los bienes y servi-

⁵⁷ V. ARROYO I AMAYUELAS, Esther, «Los principios del Derecho contractual comunitario», *Anuario de Derecho civil*, 2008, pp. 211-239. De la misma autora, «Hacia un Derecho contractual más coherente: La sistematización del acervo contractual comunitario», en *Derecho contractual europeo...* (director BOSCH CAPDEVILA), citado, pp. 209-238.

⁵⁸ Se trata de *Principles of the Existing EC Contract Law (Acquis Principles)*, *Contract 1*, Sellier, Munich, 2007.

⁵⁹ Obra de ARROYO I AMAYUELAS, *Los principios...*, citado, pp. 219-239. Con anterioridad, también de la misma autora, «La contribución al Marco Común de Referencia de los principios de Derecho contractual comunitario», en *Derecho Privado europeo...* (coordinadores DÍAZ ROMERO, María del Rosario, y otros), citado, pp. 49-157.

cios que la otra parte pueda razonablemente esperar, teniendo en cuenta los estándares de calidad y las prestaciones que serían normales según las circunstancias.»

Los artículos 2:202 a 2:205 tratan, respectivamente, sobre deberes de información frente a los consumidores⁶⁰, deberes de información frente a consumidores en situación de inferioridad⁶¹, deberes de información en comunicaciones en tiempo real y formación electrónica del contrato.

El apartado 1 del artículo 2:206 especifica el alcance del deber de información impuesto al *profesional*. La regla, por lo tanto, se refiere a casos en los que *la otra parte* es un consumidor. Dice el apartado: «Artículo 2:206. Claridad y forma de la información. (1) El deber de información impuesto al profesional no se entiende cumplido, salvo que la información sea clara y precisa y expresada en un lenguaje sencillo e inteligible.» [...]

El artículo 2:207 se destina, básicamente, a establecer la sanción que acarrea la infracción de los deberes de información. Interesa sobre todo, en lo que hace al presente trabajo, el apartado 2 del artículo, por cuanto permite a *la otra parte* reclamar una indemnización, en caso de infracción de los deberes de información, incluso en la hipótesis de que no se haya concluido contrato alguno.

Dice el artículo: «Artículo 2:207. Medios de tutela en caso de infracción de los deberes de información. (1) Si según los precedentes artículos 2:203-2:205 el profesional debe proporcionar

⁶⁰ «Artículo 2:202. Deberes de información frente a los consumidores. (1) Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 2:201 y teniendo en cuenta todas las circunstancias y las limitaciones del medio de comunicación utilizado, cuando un profesional ofrece bienes o servicios a un consumidor debe proporcionar toda la información material que, en el contexto dado, necesita un consumidor medio para tomar una decisión informada acerca de si desea o no concluir el contrato. (2) Cuando un profesional utiliza comunicaciones comerciales que permiten al consumidor la adquisición de bienes o servicios debe proporcionar la siguiente información, siempre que la misma no se deduzca ya del contexto de la comunicación comercial: –las características principales de los bienes o servicios, la dirección e identidad del profesional, el precio con inclusión de los gastos de envío, los impuestos y otros gastos, y, cuando exista, el derecho de desistimiento; –las particularidades del pago, la entrega, la ejecución de la prestación y el tratamiento de las reclamaciones, si éstas se apartan de las exigencias de la diligencia profesional».

⁶¹ «Artículo 2:203. Deberes de información frente a consumidores en situación de inferioridad. (1) En el caso de transacciones que coloquen al consumidor en una situación de notoria desventaja informativa como consecuencia del medio técnico que se utiliza para contratar, la distancia física entre el profesional y el consumidor, o la naturaleza de la transacción, el profesional, de acuerdo con las circunstancias, debe proveer información adecuada acerca de las características principales de los bienes, el precio con inclusión de los gastos de envío, los impuestos y otros gastos, la dirección e identidad del profesional con el que contrata el consumidor, las condiciones del contrato, los derechos y obligaciones de ambas partes contractuales y los medios de resolución de controversias disponibles. Esta información debe ser proporcionada, a lo más tardar, en el momento de la conclusión del contrato. (2) Si existen deberes de información específicos en relación con situaciones concretas, éstos son preferentes a los deberes generales de información del párrafo (1).»

información a un consumidor antes de la conclusión de un contrato del que el consumidor tiene derecho a desistir, el plazo de desistimiento comienza cuando toda la información ha sido proporcionada. Sin embargo, esta norma no prolonga el periodo de desistimiento más allá de un año, contado a partir del momento de finalización del contrato. (2) Incluso cuando no haya sido concluido contrato alguno, la infracción de los deberes establecidos en los artículos 2:201 a 2:206 permite a la otra parte reclamar una indemnización. Se aplica el Capítulo 8 por analogía⁶². (3) Si una de las partes infringe los deberes de los artículos 2:201 a 2:206, y el contrato ya ha sido concluido, forman parte de su contenido los deberes que la otra parte podía razonablemente esperar como consecuencia de la omisión o de la incorrección de la información. Los medios que sirven para dar satisfacción al perjudicado regulados en el Capítulo 8 se aplican a la infracción de tales deberes.»

3. EL BORRADOR DEL «MARCO COMÚN DE REFERENCIA»

i. En el año 2008 se publicó una obra titulada «*Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*»⁶³. Se advierte, ya en su comienzo, que se trata del primer borrador académico del *Marco común*

⁶² El Capítulo 8, al que se remite el texto transcrito, lleva por rúbrica la de «Medios de tutela». La Sección 1 contiene unas «reglas generales» sobre definición de incumplimiento y exclusión o limitación de los medios de tutela. La Sección 2 lleva la rúbrica de «Cumplimiento y corrección del incumplimiento», distinguiendo entre obligaciones pecuniarias y no pecuniarias. La Sección 3, «Resolución del contrato y reducción de la prestación», comprende artículos sobre motivos de resolución y de reducción de la prestación, notificación de la resolución, eficacia de ésta y retención de la prestación. Y la Sección 4, sobre «Indemnización», que es, a mi juicio, el lugar al que se remite la regla de la presente nota, dice en sus tres primeros artículos: «Artículo 8:401. Derecho a la indemnización. (1) El acreedor tiene derecho a reclamar indemnización por los daños que le causa el incumplimiento de una obligación, salvo que tal incumplimiento esté justificado. (2) El incumplimiento está justificado si es debido a circunstancias que están fuera del control del deudor o de las personas contratadas por éste para cumplir la obligación, supuesto que las consecuencias de aquellas circunstancias no hubieran podido ser evitadas con el empleo de todo el cuidado exigible. Artículo 8:402. Alcance de la indemnización. (1) La indemnización es el pago de la cantidad de dinero necesaria para restablecer la situación que hubiera correspondido al acreedor si la prestación hubiera sido cumplida debidamente. (2) La indemnización cubre el valor de la pérdida sufrida por el acreedor, incluida la ganancia que haya dejado de obtener. (3) Sin perjuicio de las normas sobre reembolso de las costas judiciales, la indemnización incluye cualquier gasto adecuado para la ejecución de la obligación. (4) La indemnización sólo incluye los daños no patrimoniales, en la medida en que la finalidad de la prestación incluya la protección o la satisfacción de intereses no patrimoniales. Artículo 8:403. Concurso de culpas y reducción de la indemnización. La indemnización se reduce o queda excluida si dolosa o culposamente el acreedor ha contribuido a las consecuencias del incumplimiento o habría podido reducir los daños adoptando las medidas adecuadas.»

⁶³ Sellier, Munich, 2008.

de referencia, habitualmente citado con las siglas del inglés, *CFR*. Se añade que, entre otros objetivos, está el de cumplir una obligación para con la Comisión Europea contraída en el año 2005. La edición a la que me refiero, de 2008, se hizo con carácter de provisional y a modo de esbozo⁶⁴, añadiéndose que la edición final se completaría con material adicional, en forma de *reglas modelo*; en el Libro IV, sobre ciertos contratos en particular, y con unos Libros VIII a X sobre materias seleccionadas de derechos reales.

En octubre de 2009 se publicó una *full edition*, también preparada por *Study Group on a European Civil Code* y *Research Group on EC Private Law (Acquis Group)* —no se utiliza la palabra «*Existing*»—. Fue editada por Christian Von Bar y Eric Clive. Se manifiesta que la obra está basada, en parte, en una versión revisada de los *PECL*. Los Libros VIII a X versan, respectivamente, sobre adquisición y pérdida de la propiedad de bienes, garantías dominicales sobre bienes muebles y *trusts*. La obra no sólo contiene un borrador de *reglas modelo*, sino también completos comentarios y

⁶⁴ El *DCFR* de 2008 contiene 7 Libros, cuyo objeto respectivo es: disposiciones generales, contratos y otros actos jurídicos, obligaciones y correlativos derechos, contratos en particular y derechos y obligaciones que derivan de ellos, intervención benévola en asuntos de otro (esto es, gestión de negocios ajenos o «gestión oficiosa»), responsabilidad no contractual resultante de daño causado a otro y enriquecimiento injusto. Merece particular mención la alusión a «otros actos jurídicos» (en inglés, «other juridical acts»), concepto que se corresponde, a mi juicio, con el de promesa unilateral. De hecho, el artículo 2:107 de los *PECL*, con la rúbrica «*Promesas vinculantes sin aceptación*», dice: «*Una promesa hecha con la intención de obligarse jurídicamente sin necesidad de aceptación es vinculante*» (adopto ahora la traducción al castellano en LANDO/BEALE, *Principios...*, citado, p. 217). Los autores que acabo de citar ponen de relieve lo excepcional que es, en los ordenamientos nacionales, que la promesa pueda ser obligatoria sin aceptación. La misma observación hacen en su comentario Díez-PICAZO/ROCA TRÍAS/MORALES, *Los principios...*, citado, p. 185, pero concluyen: «No obstante ello, el art. 2.107 enuncia una regla general de acuerdo con la cual las promesas unilaterales son fuentes de obligaciones y son, por consiguiente, vinculantes sin aceptación por el destinatario, con el único requisito de que contengan una voluntad negocial en virtud de la cual el promitente quiera quedar jurídicamente obligado». El artículo 4:301 del *DCFR* que me ocupa dice: «4:301. Requirements for a unilateral juridical act. The requirements for a unilateral juridical act are: (a) that the party doing the act intends to be legally bound or to achieve the relevant legal effect; (b) that the act is sufficiently certain; and (c) that notice of the act reaches the person to whom it is addressed or, if the act is addressed to the public, the act is made public by advertisement, public notice or otherwise». A continuación, el artículo 4:302 dice cuándo se considera que existe intención de una parte de vincularse jurídicamente con la otra: «4:302. How intention is determined. The intention of a party to be legally bound or to achieve the relevant legal effect is to be determined from the party's statements or conduct as they were reasonably understood by the person to whom the act is addressed». La regla anuda la conclusión de que existe intención a las manifestaciones o la conducta de la parte. Y en relación con esta figura, la del «acto jurídico unilateral», es de interés señalar cómo el artículo 4:303 recoge el tradicional principio de que «nadie puede adquirir si no lo quiere». En efecto, dice esta última regla: «4:303. Right or benefit may be rejected. Where a unilateral juridical act confers a right or benefit on the person to whom it is addressed, that person may reject it by notice to the maker of the act, provided that is done without undue delay and before the right or benefit has been expressly or impliedly accepted. On such rejection, the right or benefit is treated as never having accrued». Todos estos artículos son del Libro II.

notas que explican el porqué de cada regla y su concordancia con otras, así como sus raíces en los sistemas legales europeos. En su *Introducción* se dice que los propósitos del *DCFR* son, en primer lugar, el de constituir un posible modelo para un *marco común de referencia* real o «político»; en segundo término, ser un texto académico que puede proporcionar la noción de un Derecho europeo privado, con una nueva base que incremente la comprensión de «los otros» y promueva una deliberación colectiva sobre el Derecho privado en Europa; en tercer lugar, ser una posible fuente de inspiración para la resolución (según el contexto, la judicial) de los problemas de Derecho privado y para la preparación de normas nacionales de modernización del Derecho de contratos⁶⁵.

El «Borrador» contiene, como indica su título, principios, definiciones y reglas modelo de Derecho privado europeo. Su propósito es el de servir de borrador para diseñar un «Marco común de referencia», tal y como se había pedido en el «Plan de acción» de la Comisión Europea de enero de 2003 (*Plan de acción sobre un Derecho europeo de contratos más coherente*)⁶⁶.

ii. Los Capítulos 3 y 4 del Libro II («*Contratos y otros actos jurídicos*») tratan, respectivamente, sobre «*deberes*⁶⁷ en la negociación y precontractuales» y sobre «*Formación*» del contrato.

A su vez, el Capítulo 3 se divide en cuatro secciones. La 1 versa sobre «*deberes de información*». Reproduzco a continuación cinco de los nueve artículos que la componen⁶⁸:

«3:101: Duty to disclose information about goods, other assets and services. (1) Before the conclusion of a contract for the

⁶⁵ En cuanto a esto último, dice la *Introducción*, si el *DCFR* conviene, puede contribuir a una «europeización» armoniosa e informal del Derecho privado.

⁶⁶ Sobre el significado y alcance del *Marco común de referencia*, v. LEIBLE, Stefan, «¿Qué hacemos con el Marco común de referencia? Alegato a favor de un instrumento opcional», en *Derecho Privado europeo...* (coordinadores DÍAZ ROMERO, María del Rosario, y otros), citado, pp. 221-249. En la misma obra, SCHELZE, Reiner, «Estado actual de los debates sobre el Marco común de referencia», pp. 407-428. También en el mismo libro, SÁNCHEZ LORENZO, Sixto A., «Vías y límites a la unificación del Derecho privado europeo: «soft law versus hard law» o «Comisión contra Parlamento», pp. 377-405. También, VAQUER ALOY, Antoni, «El Marco Común de Referencia», en *Derecho contractual europeo...* (director BOSCH CAPDEVILA), citado, pp. 239-265.

⁶⁷ En el original en inglés se utiliza la palabra *duties*. En el comentario al artículo 1:102, sobre «definiciones», se advierte de que, en general, en el *DCFR* se acude a la palabra *obligation* para denominar el deber de cumplimiento que una parte de la relación jurídica, el deudor, tiene con la otra parte, el acreedor. Es decir, se establece una delimitación entre *duty* y *obligation*. El comentario señala también que *obligation*, como nombre de la relación jurídica entre deudor y acreedor, aparece cada día con menos frecuencia en los instrumentos legales modernos, europeos e internacionales.

⁶⁸ Hago la advertencia de que los textos que se transcriben son los de la «edición completa» de 2009, no los de la edición de 2008; *no siempre coinciden*. Y utilizo el texto en inglés de la publicación mencionada, pues no conozco ninguna traducción –impresa– al castellano.

supply of goods, other assets or services by a business⁶⁹ to another person, the business has a duty to disclose to the other person such information concerning the goods, other assets or services to be supplied as the other person can reasonably expect, taking into account the standards of quality and performance which would be normal under the circumstances. (2) In assessing what information the other person can reasonably expect to be disclosed, the test to be applied, if the other person is also a business, is whether the failure to provide the information would deviate from good commercial practice»⁷⁰.

Se observa cómo el deber de información está pensado para el caso de contrato entre *profesional* y «otra persona» (un *consumidor*). No parecen incluidas las negociaciones entre profesionales y entre *particulares*. En estos dos últimos casos, no obstante, el deber de informar tiene que considerarse comprendido, a mi juicio, en el deber general de negociar de acuerdo con la buena fe (al que enseña se refiere el *DCFR*).

«3:102: Specific duties for businesses marketing to consumers. (1) Where a business is marketing goods, other assets or services to a consumer, the business has a duty not to give misleading information. Information is misleading if it misrepresents or omits material facts which the average consumer could expect to be given

⁶⁹ Como es sabido, una de las mayores dificultades al diseñar un sistema jurídico plurinacional es la consistente en la terminología. En concreto, no resulta nada fácil encontrar, en cualquier idioma, una palabra que identifique a la otra parte en los contratos en los que interviene un «consumidor». Si se hallara una palabra adecuada en un idioma, la dificultad radica en encontrar otra, en distintas lenguas, que tenga el mismo sentido. El *DCFR* utiliza frecuentemente la palabra «*business*», que en el Anexo I del propio documento se define así: «*Business' means any natural or legal person, irrespective of whether publicly or privately owned, who is acting for purpose relating to the person's self-employed trade, work or profession, even if the person does not intend to make a profit in the course of the activity*». Por ejemplo, en la *Introducción* del *DCFR*, edición de 2008, p. 16, al tratarse sobre el deber de información, se habla de la obligación de una parte («typically a business») de proporcionar a la otra («typically a consumer») una información específica, etc. En los *PECL* se utiliza, en inglés, la palabra «*professional*», y en francés la de «*professionnel*». En la versión en castellano de LANDO/BEALE, *Principios...*, citado, p. 261, se dice que *profesionales* «son las personas que se dedican a las transacciones comerciales». Por otra parte, y precisamente a causa de su terminología, el *DCFR* alude en ocasiones a los contratos *business-to-business*. En la «edición completa» del *DCFR*, volumen I, interesan las *definiciones* de los artículos I-1:103 a I-1:107, pp. 89-108. El artículo I-1:108 dice que las precedentes definiciones se aplican a todos los efectos de las «*reglas*», a no ser que el contexto requiera otra cosa.

⁷⁰ Los comentarios a este artículo, en la «edición completa», se encuentran en el volumen I, pp. 200-205. En adelante, si el contexto lo permite, cito los artículos sin el número romano que les precede. Digo esto, porque en el *DCFR* los artículos se suceden precedidos de un número romano, indicativo del Libro al que pertenecen; después viene una cifra arábiga correlativa en cada capítulo; y después, tres guarismos por cada artículo, siguiendo el sistema centesimal (101, 102, 103, etc.). Se entiende que tenga que ser así por ahora, al tratarse de un texto que, sin perjuicio de su propósito formal «codificador», se va formando, por así decirlo, *por aluvión*.

for an informed decision on whether to take steps towards the conclusion of a contract. In assessing what an average consumer could expect to be given, account is to be taken of all the circumstances and of the limitations of the communication medium employed. (2) Where a business uses a commercial communication which gives the impression to consumers that it contains all the relevant information necessary to make a decision about concluding a contract, the business has a duty to ensure that the communication in fact contains all the relevant information. Where it is not already apparent from the context of the commercial communication, the information to be provided comprises: (a) the main characteristics of the goods, other assets or services, the identity and address, if relevant, of the business, the price, and any available right of withdrawal; (b) peculiarities related to payment, delivery, performance and complaint handling, if they depart from the requirements of professional diligence; and (c) the language to be used for communications between the parties after the conclusion of the contract, if this differs from the language of the commercial communication. (3) A duty to provide information under this Article is not fulfilled unless all the information to be provided is provided in the same language»⁷¹.

«3:103: Duty to provide information when concluding contract with a consumer who is at a particular disadvantage. (1) In the case of transaction that place the consumer at a significant informational disadvantage because of the technical medium used for contracting, the physical distance between business and consumer, or the nature of the transaction, the business has a duty, as appropriate in the circumstances, to provide clear information about the main characteristics of any goods, other assets or services to be supplied, the price, the address and identity of the business with which the consumer is transacting, the terms of the contract, the right and obligations of both contracting parties, and any available right of withdrawal or redress procedures. This information must be provided a reasonable time before the conclusion of the contract. The information on the right of withdrawal must, as appropriate in the circumstances, also be adequate in the sense of II-5:104 (Adequate notification of the right to withdraw). (2) Where more specific information duties are provided for specific situations, these take precedence over the general information duty

⁷¹ Los comentarios a este artículo, en la «edición completa», se encuentran en I, pp. 205-212.

under paragraph (I). (3) The business bears the burden of proof that it has provided the information required by this Article»⁷².

Se dedica pormenorizada atención a la forma que debe revestir la información:

«3:106: Clarity and form of information. (1) A duty to provide information imposed on a business under this Chapter is not fulfilled unless the requirements of this Article are satisfied. (2) The information must be clear and precise, and expressed in plain and intelligible language. (3) Where rules for specific contracts require information to be provided on a durable medium or in another particular form it must be provided in that way. (4) In the case of contracts between a business and a consumer concluded at a distance, information about the main characteristics of any goods, other assets or services to be supplied, the prices, the address and identity of the business with which the consumer is transacting, the terms of the contracts, the rights and obligations of both contracting parties, and any available redress procedures, as may be appropriate in the particular case, must be confirmed in textual form on a durable medium at the time of conclusion of the contract. The information on the right of withdrawal must also be adequate in the sense of II. -5:104 (Adequate notification of the right to withdraw)⁷³».

El artículo 3:109 establece las acciones resultantes del incumplimiento de los deberes de información. Dice el artículo:

«3:109: Remedies for breach of information duties. (1) If a business has a duty under II.-3:103 (Duty to provide information when concluding contract with a consumer who is at a particular disadvantage) to provide information to a consumer before the conclusion of a contract form which the consumer has the right to withdraw, the withdrawal period does not commence until all this information has been provided. Regardless of this, the right of withdrawal lapses after one year from the time of the conclusion of the contract. (2) If a business has failed to comply with any duty imposed by the preceding Articles of this Section and a con-

⁷² Los comentarios a este artículo, en la «edición completa», se encuentran en I, pp. 212-218.

⁷³ El artículo 5:104 reza: «Adequate information on the right to withdraw. Adequate information on the right to withdraw requires that the right is appropriately brought to the entitled party's attention, and that the information provides, in textual form on a durable medium and in clear and comprehensible language, information about how the right may be exercised, the withdrawal period, and the name and address of the person to whom the withdrawal is to be communicated». Los comentarios al artículo 3:106, en la «edición completa», se encuentran en I, pp. 227-231.

tract has been concluded, the business has such obligations under the contract as the other party has reasonable expected as a consequence of the absence or incorrectness of the information. Remedies provided under Book III, Chapter 3 apply to non-performance of these obligations⁷⁴. (3) Whether or not a contract is concluded, a business which has failed to comply with any duty imposed by the preceding Articles of this Section is liable for any loss caused to the other party to the transaction by such failure. This paragraph does not apply to the extent that a remedy is available for non-performance of a contractual obligation under the preceding paragraph. (4) The remedies provided under this Article are without prejudice to any remedy which may be available under II. –7:201 (Mistake). (5) In relations between a business and a consumer the parties may not, to the detriment of the consumer, exclude the application of this Article or derogate from or vary its effects»⁷⁵.

Estas reglas recuerdan mucho a las equivalentes de los «*Principios del Derecho contractual comunitario*», esto es, los del *Acquis Group*, a los que me he referido líneas arriba⁷⁶.

iii. La Sección 3 del mismo Capítulo 3 está compuesta por dos artículos. El primero de ellos sienta la regla básica sobre el deber de buena fe (y de negociar de forma *correcta* o *justa*) en los tratos, mientras que el segundo trata sobre el deber de confidencialidad y las consecuencias de su infracción. Dicen:

«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

⁷⁴ El Capítulo 3 del Libro III, al que el texto anotado se remite, tiene por objeto el capital extremo de «acciones en caso de incumplimiento». Su artículo 1:101, sobre el contenido del Libro en cuestión, dice: «This Book applies, except as otherwise provided, to all obligations within the scope of these rules, whether they are contractual or not, and to corresponding rights to performance». Y no está de más señalar, para una mejor comprensión de la terminología de este *DCFR*, las «definiciones» contenidas en los tres primeros apartados del artículo 1:102 del mismo Libro III: «(1) An obligation is a duty to perform which one party to a legal relationship, the debtor, owes to another party, the creditor. (2) Performance of an obligation is the doing by the debtor of what is to be done under the obligation or the not doing by the debtor of what is not to be done. (3) Non-performance of an obligation is any failure to perform the obligation, whether or not excused, and includes delayed performance and any other performance which is not in accordance with the terms regulating the obligation».

⁷⁵ Los comentarios a este artículo, en la «edición completa», se encuentran en I, pp. 235-241.

⁷⁶ La Introducción del *DCFR*, «edición completa», pp. 15-18, expone sus «desviaciones» respecto a los *PECL*. Por otro lado, la edición de 2008 contiene, pp. 51-70, unas tablas de concordancias (que a veces son discordancias) entre los *PECL* y el propio *DCFR*, con entradas desde uno de dichos documentos al otro, en doble sentido.

duty to negotiate in accordance with good faith and fair dealing and not to break off negotiations contrary to good faith and fair dealing. This duty may not be excluded or limited by contract. (3) A person who is in breach of the duty is liable for any loss caused to the other party to the breach. (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»⁷⁷.

«3:302: Breach of confidentiality. (1) If confidential information is given by one party in the course of negotiations, the other party is under a duty not to disclose that information or use it for that party's own purposes whether or not a contract is subsequently concluded. (2) In this Article, "confidential information" means information which, either from its nature or the circumstances in which it was obtained, the party receiving the information knows or could reasonably be expected to know is confidential to the other party. (3) A party who reasonably anticipates a breach of the duty may obtain a court order prohibiting it. (4) A party who is in breach of the duty is liable for any loss caused to the other party by the breach and may be ordered to pay over to the other party any benefit obtained by the breach»⁷⁸.

Y, desde luego, es menester advertir que en el Libro I del DCFR, sobre «Disposiciones generales», el artículo 1:103 formula la siguiente definición: «1:103. Good faith and fair dealing. (1) The expression "good faith and fair dealing" refers to a standard of conduct characterised by honesty, openness and consideration for the interests of the other party to the transaction or relationship in question. (2) It is, in particular, contrary to good faith and fair dealing for a party to act inconsistently with that party's prior statements or conduct when the other party has reasonably relied on them to that other party's detriment»⁷⁹.

⁷⁷ Los comentarios a este artículo, en la «edición completa», se encuentran en I, pp. 246-254.

⁷⁸ También en el DCFR, pues, se contempla la «reparación» consistente en el beneficio obtenido por la parte infractora. Los comentarios a este artículo, en la «edición completa», se encuentran en I, pp. 254-257.

⁷⁹ Los comentarios a este artículo, en la «edición completa», se encuentran en I, pp. 89-90. En ellos se dice: «Many of the following model rules refer to good faith and fair dealing. It is therefore useful to define this composite expression at an early stage. It refers to a standard of conduct characterised by honesty, openness and consideration for the interests of the other party to the transaction or relationship in question. "Honesty" is not further defined and has its normal meaning. As the references is the later Articles are often to conduct which is contrary to good faith and fair dealing it will often be dishonesty (rather than honesty) which is at issue. Cheating is contrary to good faith and fair dealing». Y poco después se puntualiza: «The composite expression "good faith and fair dealing" is different from "good faith" on its own. This, unless otherwise qualified, refers to a subjective state of mind generally characterised by honesty and a lack of knowledge that an apparent situation is not the true situation. Legal rules sometimes use "good faith" in this subjective sense. For example, a certain result may follow only if a purchaser has acquired goods in

Luego volveré sobre este extremo.

iv. Como hemos visto antes, el artículo 3:109 del Libro II establece un régimen de acciones en el caso de incumplimiento de los deberes de información. Pero es necesario tener en cuenta, además, que el Capítulo 3 del Libro en cuestión, sobre *Marketing and pre-contractual duties*, como conjunto, cuenta con un artículo 3:501 que es aplicable al incumplimiento de *cualquier deber* de los integrantes de dicho Capítulo.

Ese artículo 3:501 reza: «3:501. Liability for damages. (1) Where any rule in this Chapter makes a person liable for loss caused to another person by a breach of a duty, the other person has a right to damages for that loss. (2) The rules of III.-3:704 (Loss attributable to creditor) and III.-3:705 (Reduction of loss) apply with the adaptation that the reference to non-performance of the obligation is to be taken as a reference to breach of the duty»⁸⁰.

v. De otro lado, procede hacer notar que en un lugar del Libro II, «alejado» del que versa sobre los deberes precontractuales, se establece una regla de considerable importancia y que tiene que ver con manifestaciones hechas, precisamente, en el periodo «pre-contractual».

Me refiero al artículo 9:102, integrante del Capítulo 9, que versa sobre «Contenido y efectos de los contratos». Dice: «9:102. Certain pre-contractual statements regarded as contract terms. (1) A statement made by one party before a contract is concluded is regarded as a term of the contract if the other party reasonably understood it as being made on the basis that it would form part of the contract terms if a contract were concluded. In assessing whether the other party was reasonable in understanding the statement in that way account may be taken of: (a) the apparent importance of the statement to the other party; (b) whether the party was making the statement in the course of business; and (c) the relative expertise of the parties. (2) If one of the parties to a contract is a business and before the contract is concluded makes a statement, either to the other party or publicly, about the specific characteristics of what is to be supplied by that business under the contract, the statement is regarded as a term of the contract unless: (a) the other party was aware when the contract was concluded, or could reasonably be expected to have been so aware, that the statement was incorrect or could not otherwise be relied on as such a term; or

good faith, without notice of third-party claims in the goods or documents. Or a representative may have authority to affect the legal relations of a principal (so-called “apparent authority”) when the principal’s conduct induces the third party in good faith to believe that the representative has such authority».

⁸⁰ En la «edición completa», este artículo es comentado en pp. 262-263.

(b) the other party's decision to conclude the contract was not influenced by the statement. (3) For the purposes of paragraph (2), a statement made by a person engaged in advertising or marketing on behalf of the business is treated as being made by the business. (4) Where the other party is a consumer then, for the purposes of paragraph (2), a public statement made by or on behalf of a producer or other person in earlier links of the business chain between the producer and the consumer is treated as being made by the business unless the business, at the time of conclusion of the contract, did not know and could not reasonably be expected to have known of it. (5) In the circumstances covered by paragraph (4) a business which at the time of conclusion of the contract did not know and could not reasonably be expected to have known that the statement was incorrect has a right to be indemnified by the person making the statement for any liability incurred as a result of that paragraph. (6) In relations between a business and consumer the parties may not, to the detriment of the consumer, exclude the application of this Article or derogate from or vary its effects»⁸¹.

Se observará que, a pesar de su ubicación, este artículo establece también deberes precontractuales y reglas de responsabilidad por su incumplimiento (apartado 5). Debe tenerse presente, pues, en la materia que me ocupa⁸².

vi. Por fin, también aquí procede la cita del artículo relativo a la «*merger clause*» a la que antes me he referido. Esto es, aquella que establece que el documento en el que se formaliza el contrato incluye todos los términos del mismo, de suerte que ninguna otra declaración, compromiso o acuerdo anteriores, y no comprendidos en el documento, forman parte del contrato. Se trata del artículo 4:104 del Libro II, que reza:

«4:104: Merger clause. (1) If a contract document contains an individually negotiated term stating that the document embodies all the terms of the contract (a merger clause), any prior statements, undertakings or agreements which are not embodied in the document do not form part of the contract. (2) If the merger clause is not individually negotiated it establishes only a presumption that the parties intended that their prior statements, undertakings or agreements were not to form part of the contract. This rule may not be

⁸¹ Artículo comentado en pp. 583-588 de la «edición completa».

⁸² Lo expuesto hasta ahora, de carácter general, no impide que en el *DCFR* existan normas particulares sobre deberes precontractuales específicos de algunos contratos. Por ejemplo, en relación con los contratos de «seguridad personal»: artículo IV.G.-4:103 («*Deberes precontractuales del acreedor*»), p. 294 de la edición de 2008. O con los contratos de agencia, franquicia y distribución: artículo IV.E.-2:101 («*Deber precontractual de información*»), p. 265 de la edición de 2008.

excluded or restricted. (3) The parties' prior statements may be used to interpret the contract. This rule may not be excluded or restricted except by an individually negotiated term. (4) A party may by statements or conduct be precluded from asserting a merger clause to the extent that the other party has reasonably relied on such statements or conduct»⁸³.

4. EL «CÓDIGO DE PAVÍA» (O «PROYECTO GANDOLFI»)

Otro proyecto privado o académico, llamado *Anteproyecto*, es el elaborado por la Academia de Iusprivatistas Europeos. El equipo redactor es conocido como «*Grupo de Pavía*». Ha trabajado bajo la inspiración del Profesor Giuseppe Gandolfi.

Ha elaborado el Libro Primero del *Anteproyecto de Código europeo de contratos*, que versa sobre «los contratos en general». Y también el Título primero del Libro Segundo («*De los contratos en particular*»), que trata sobre la compraventa⁸⁴.

En lo que ahora importa, procede la reproducción de algunos de los artículos del proyecto⁸⁵.

«Art. 6. Deber de corrección. 1. Cada una de las partes es libre de emprender negociaciones con vistas a la conclusión de un contrato, sin que se le pueda imputar responsabilidad alguna por la no celebración del mismo, salvo que su comportamiento haya sido contrario a la buena fe. 2. Actúa de modo contrario a la buena fe la parte que emprende o continúa los tratos preliminares sin intención de concluir el contrato. 3. Si, en el curso de los tratos preliminares, las partes han examinado ya los elementos esenciales del contrato, permitiendo ello prever la posible conclusión del mismo, la parte que haya hecho surgir en la otra una confianza razonable respecto de la conclusión del contrato dicho, obra de modo contrario a la buena fe cuando interrumpe los tratos preliminares sin motivo justificado. 4. En la hipótesis prevista en los apartados precedentes, la parte que ha obrado de modo contrario a la buena fe está obligada a indemnizar a la otra el daño que le haya ocasionado, en el límite de los gastos que esta

⁸³ Los comentarios a este artículo, en la «edición completa», se encuentran en I, pp. 284-288.

⁸⁴ Publicado en castellano en *Código europeo de contratos*, presentación Carlos de Cores y Giuseppe Gandolfi, traducción José Luis de los Mozos y Carlos Rogel, Editorial Reus, Madrid, 2009. El texto del proyecto se encuentra en pp. 33-122 y 129-171.

⁸⁵ Sobre la materia que me ocupa, v. LUNA SERRANO, Agustín, «El régimen de los tratos preliminares en el Anteproyecto de Código Europeo de los Contratos», *Estudios de Deusto*, 51, 2003, pp. 307-316.

última haya debido efectuar durante los tratos preliminares con vistas a la celebración del contrato, y también la pérdida de otras posibilidades de negocio similares causada por la pendencia de los tratos preliminares referidos.»

«Art. 7. Deber de información. 1. En el curso de los tratos preliminares, cada parte tiene el deber de informar a la otra de cualquier circunstancia de hecho o de derecho que conozca o deba conocer y que permita, a esta última, formar opinión sobre la validez del contrato y lo interesante de su celebración. 2. En el caso de información omitida o de declaración falsa o reticente, si el contrato no ha sido concluido o está afectado de nulidad, la parte que ha obrado de modo contrario a la buena fe responde, frente a la otra, en los límites señalados en el apartado 4 del artículo 6, en tanto que, si el contrato ha sido concluido, está obligada a restituir la prestación recibida⁸⁶ o a pagar una suma de dinero, en concepto de indemnización, en la medida que el juez considere equitativa⁸⁷, quedando a salvo el derecho de la otra parte a anular el contrato por error.»

«Art. 8. Deber de reserva. 1. Las partes tienen el deber de hacer un uso reservado de las informaciones que obtengan confidencialmente durante el desarrollo de los tratos preliminares. 2. La parte que no respete este deber está obligada a reparar el daño sufrido por la otra y si, además, ha obtenido una ventaja indebida de la información confidencial, está obligada a indemnizar a la otra parte en la medida de su propio enriquecimiento»⁸⁸.

De otro lado, el último artículo relativo a la «conclusión del contrato» dice:

«Art. 24. Comportamientos concluyentes. Dejando a salvo lo previsto en las disposiciones precedentes, el contrato se entiende concluido mediante comportamientos concluyentes cuando todos los elementos del mismo resultan de tales comportamientos, habida cuenta, asimismo, de los acuerdos y relaciones precedentes, de la eventual existencia de catálogos, de ofertas al público, de normas legales, de disposiciones reglamentarias y de usos.»

El *Anteproyecto* establece un régimen especial para el caso de que hubiese mediado dolo o violencia moral en la formación del contrato. El dolo se contempla (artículo 151) como hipótesis de

⁸⁶ Quizá haya un error en la expresión, porque este *efecto restitutorio* no se compadece bien con la hipótesis de contrato no «anulado».

⁸⁷ Me parece que ésta es una fórmula un tanto «extraña» a los criterios de *reparación* de los sistemas jurídicos europeos continentales.

⁸⁸ De nuevo se sienta el criterio del enriquecimiento del infractor. Entiendo que es tanto en el caso de contrato que se perfecciona como en el del que no llega a concertarse.

«error unilateral»; precisamente, el provocado por una declaración engañosa de la contraparte. En caso de anulación del contrato (entre otras causas, por dolo o por violencia moral), según el artículo 146.1, las partes están obligadas a proceder, recíprocamente, a las restituciones correspondientes. Y el apartado 3 del mismo artículo establece que la anulación del contrato determina, a cargo del sujeto que la haya ocasionado con su comportamiento, la obligación de resarcir el daño sufrido por la otra parte en la medida indicada en el apartado 4 del artículo 6, anteriormente citado.

5. EL *CONTRACT CODE* DE MCGREGOR

En 1965, el Parlamento británico creó la *Law Commission*, a efectos de una codificación del Derecho de contratos. Fruto de aquella iniciativa fue el llamado «*Contract Code*», elaborado en su integridad por el profesor de Oxford Harvey McGregor⁸⁹.

Se trata de un verdadero «texto articulado» (el propio autor utiliza la palabra *artículo*), en el que se establecen reglas características de la teoría general del contrato, aunque no completa en relación con el contenido que a dicha teoría suele asignarse en la doctrina del Derecho codificado. El autor, después de cada artículo, formula una especie de «justificación» del mismo, inspirándose sobre todo en criterios o principios de la jurisprudencia británica. No obstante, McGregor pretendió que su texto fuese también admisible a la luz de las reglas legales y de las soluciones jurisprudenciales de los países de Europa continental⁹⁰.

En lo que respecta a la *formación del contrato*, la obra contiene reglas sobre el modo de celebrarse el acuerdo, la oferta y la aceptación, y sobre el contenido y naturaleza de las previsiones contractuales⁹¹.

⁸⁹ MCGREGOR, Harvey: *Contract Code*, traducción y nota preliminar de DE LA CUESTA SÁENZ, José María, y VATTIER FUENZALIDA, Carlos, J. M. Bosch Editor, Barcelona, 1997.

⁹⁰ DE LOS MOZOS, José Luis, en el proemio de la edición española del Code, que acabo de citar, escribe: «En esta línea se inserta el estudio del *Contract Code* de H. McGregor que hace un esfuerzo de acercamiento a los Derechos continentales y, todo ello, con el propósito de hacer posible un proyecto de “Código europeo de contratos”, como pretende el “grupo de trabajo de Pavía” que se diferencia de otros proyectos en que, por primera vez, se habla de un “código” como tal, es decir, de un conjunto de normas jurídicas ordenadas sistemáticamente. No sólo difiere de otros proyectos por haber abandonado la técnica del Derecho uniforme y otros mecanismos de integración “horizontal”, sino porque al apelar a un “código” se está poniendo de relieve algo que falta en el Derecho comunitario y se está haciendo elección, a la vez, de un tipo de “sistema” determinado, bien que para llevarlo a cabo sea preciso armonizar tanto la experiencia del pensamiento sistemático, como la del pensamiento casuístico.»

⁹¹ Interesa reproducir lo que McGregor, p. 37, manifiesta en torno al esquema clásico de oferta y aceptación. Dice: «En teoría es posible que los términos de un acuerdo entre dos

La conducta está presente en el artículo 11 (modo de celebrarse el acuerdo), que dice: «Puede inferirse el acuerdo de declaraciones escritas, de declaraciones verbales, de la conducta de las partes, o de cualquier combinación de estos elementos.» El artículo 13 (acuerdo sin oferta y aceptación) manifiesta en su apartado 1 que «la existencia de un acuerdo puede inferirse aunque no haya oferta y aceptación claramente identificables, e incluso aunque no pueda precisarse el momento de su conclusión».

La conducta de las partes se encuentra también en el artículo 19 (revocación de la oferta), cuando en su apartado 1 dice: «La oferta puede ser revocada, salvo cuando: a) por los propios términos de la oferta, b) o como resultado de las circunstancias, tratos preliminares, prácticas observadas entre sí por las partes o usos y costumbres aplicables a su relación, la oferta sea irrevocable por un periodo aún no transcurrido.»

Al desarrollar el concepto de aceptación, el artículo 22, en sus dos primeros apartados, declara: «1) La aceptación de una oferta es el asentimiento del destinatario a sus términos, unido, cuando es relevante, a la promesa expresa o implícita por parte del destinatario de cumplir toda obligación que pueda incumbirle a consecuencia del contrato celebrado. 2) Aunque el asentimiento no sea expreso, podrá inferirse: a) si los términos de la oferta requieren o permiten como señal de asentimiento la ejecución, y el destinatario comienza o continúa la ejecución con intención de aceptar, o, b) si el destinatario de la oferta obtiene provecho de una conducta⁹² ofrecida que tuvo oportunidad razonable de rechazar.»

Por su parte, el artículo 51, sobre acuerdos no dirigidos a quedar jurídicamente vinculados, dice: «1) Un acuerdo no es contrato

personas les hayan sido propuestos por un tercero, pero en el curso normal de los acontecimientos, cuando se concluye un acuerdo entre dos personas, uno de ellos habrá iniciado el proceso haciendo una propuesta. Si la propuesta resulta aceptable para el otro, éste entonces asentirá a ella. La celebración del acuerdo resulta así descompuesta en una oferta seguida de una aceptación. Esto describe el patrón básico, pero no siempre resulta tan simple como el patrón básico sugiere. Así, cuando hay arduas negociaciones entre personas que desean cada una obtener las mejores condiciones posibles, puede haber prolongadas negociaciones antes de alcanzar un acuerdo y complejidades tales como invitaciones a ofrecer y contraofrecer que hacen su aparición y se tratarán en su debida sede.» Por otro lado, el autor distingue entre tratos preliminares, invitación a ofrecer y oferta. Así, en p. 40: «Los tratos que preceden a la conclusión de un acuerdo son a menudo prolongados. La gente, y particularmente los hombres de negocios, tienden a producir copiosa correspondencia en ambas direcciones antes de llegar finalmente a un acuerdo. No es por lo tanto siempre fácil decir en qué momento exacto surge la oferta siendo todo lo anterior meros tratos preliminares. Toda comunicación antes de hacer una oferta no puede ser más que una invitación a ofrecer. Además, hay muchas situaciones en las que la primera comunicación no es precisamente una comunicación cualquiera sino una específica demanda de una oferta, y así las negociaciones normalmente no se producen en dos fases o en varias fases sino en tres fases, esto es: una invitación a ofrecer, seguida de una oferta y seguida de la aceptación.»

⁹² ¿Quiere decir «prestación»?

si las partes no pretenden quedar jurídicamente obligadas por él; sin embargo, la intención de quedar legalmente obligado se presume. 2) Esta presunción puede ser enervada, a) si el acuerdo es de tal naturaleza que la exigibilidad jurídica no se le atribuye usualmente, o b) por las palabras o conductas de las partes o las circunstancias en que se celebra el acuerdo».

El texto de McGregor no contiene reglas de carácter general acerca de los deberes que recaen sobre las partes en la negociación del contrato (buena fe, información, confidencialidad, etc.)⁹³, pero son numerosas las referencias a *criterios indeterminados*, a los que tan proclive es el pensamiento jurídico del *common law*; por ejemplo, lo que resulte *de las circunstancias*, lo que se conoció o lo que *pudo haber sido razonablemente conocido*, la comunicación *inmediata* de una decisión, etc.

No obstante, quizá pudieran tomarse en consideración los criterios de los artículos 563 y 572, respectivamente relativos a las hipótesis de *falta de consentimiento libre* y de *falta de consentimiento pleno*. Esos artículos dicen:

«563. Abuso de confianza. 1) Existe abuso de confianza cuando una persona se aprovecha de una relación de confianza que tiene con una parte contratante y obtiene alguna ventaja de la misma. 2) Se presume, salvo prueba en contrario, que hay abuso de confianza cuando entre los contratantes existe un vínculo de padre e hijo, tutor y pupilo, abogado y cliente, médico y paciente o director espiritual y dirigido. 3) Esta presunción desaparece si la parte en la que se confía demuestra que el otro contratante ha recibido consejos adecuados para la conclusión del contrato de un tercero ajeno a la relación de confianza.» «572. Regla general sobre el deber de información. Cuando al establecerse un contrato una de las partes mantiene una relación de confianza con la otra, o le asegura contra un riesgo determinado, y no le informa de todos los factores que conoce y son importantes para el contrato o el aludido riesgo, dicho contrato no es exigible a la otra parte, quien puede reclamar la restitución de los beneficios otorgados por el mismo.»

IV. OTROS TRABAJOS PRELEGISLATIVOS

La relevancia que desde no hace mucho tiempo viene atribuyendo la doctrina –y, por ello, la jurisprudencia– a la fase de *nego-*

⁹³ Tampoco encuentro reglas específicas al respecto en el régimen de indemnización de daños y perjuicios, artículos 431 a 492.

ciación o formación del contrato, se ha materializado, como acabamos de ver, en proyectos de codificación europea. Pero también se advierte en trabajos prelegislativos de *Derecho nacional*.

Me ocupo a continuación de algunos de estos últimos.

1. LA PROPUESTA DE ANTEPROYECTO DE LEY DE MODERNIZACIÓN DEL DERECHO DE OBLIGACIONES Y CONTRATOS, DE LA SECCIÓN DE DERECHO CIVIL DE LA COMISIÓN GENERAL DE CODIFICACIÓN

En enero de 2009 se publicó la *Propuesta* a la que se refiere el epígrafe, que hacía tiempo venía preparando y elaborando la Sección Primera de Derecho civil de la Comisión General de Codificación española⁹⁴.

Como hipotética *sustitución* de los artículos 1.254 a 1.314, constitutivos del actual Título II del Libro IV del Código civil, el proyectado Título II, artículos 1.236 a 1.314, rubricado «*De los contratos*», se divide en varios capítulos. El II trata sobre la *formación del contrato* y se divide a su vez en varias secciones (de las negociaciones, de la formación del contrato por oferta y aceptación, de otros procedimientos de formación del contrato, de las condiciones generales de la contratación, de los contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles, de la protección de los consumidores en los contratos a distancia y de la contratación electrónica).

En lo que aquí interesa, procede reproducir el artículo 1.245 de la *Propuesta*, que es el único de la Sección Primera («De las negociaciones») del mentado Capítulo II. Dice: «1. Las partes son libres para entablar negociaciones dirigidas a la formación de un contrato, así como para abandonarlas o romperlas en cualquier momento. 2. En la negociación de los contratos, las partes deberán actuar de acuerdo con las exigencias de la buena fe. 3. Si durante las negociaciones, una de las partes hubiera facilitado a la otra una información con carácter confidencial, el que la hubiera recibido sólo podrá revelarla o utilizarla en la medida que resulte del contenido del contrato que hubiera llegado a celebrarse. 4. La parte que hubiera procedido con mala fe al entablar o interrumpir las negociaciones será responsable de los daños causados a la otra. En todo caso,

⁹⁴ Comisión General de Codificación. Sección de Derecho Civil: «Propuesta de modernización del Código civil en materia de obligaciones y contratos», *Boletín de Información*, enero de 2009, pp. 1-70.

se considera contrario a la buena fe entrar en negociaciones o continuarlas sin intención de llegar a un acuerdo. 5. La infracción de los deberes de que tratan los apartados anteriores dará lugar a la indemnización de daños y perjuicios. En el supuesto del apartado anterior, la indemnización consistirá en dejar a la otra parte en la situación que tendría si no hubiera iniciado las negociaciones.»

2. LA PROPUESTA DE ANTEPROYECTO DE LEY DE MODIFICACIÓN DEL CÓDIGO DE COMERCIO, DE LA SECCIÓN DE DERECHO MERCANTIL DE LA COMISIÓN GENERAL DE CODIFICACIÓN

Antes de la *Propuesta* a la que acabo de referirme, se publicó otra de *Anteproyecto de Ley de modificación del Código de comercio en la parte general sobre contratos mercantiles y sobre prescripción y caducidad*⁹⁵. Procede de la Sección de Derecho mercantil de la Comisión General de Codificación. Según ella, se modifican los artículos 50 a 63 del Código de comercio, que junto con los nuevos artículos 64 a 80 integrarían el Título IV («*Disposiciones generales sobre los contratos mercantiles*») del Libro I.

La *Propuesta*, en su preámbulo, declara su inspiración, entre otros trabajos, en la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa de mercaderías de 11 de abril de 1980, en los *Principios sobre los contratos comerciales internacionales* elaborados por el Instituto Internacional para la unificación del Derecho privado (UNIDROIT) y en los trabajos de la *Comisión Lando* sobre el Derecho europeo de los contratos.

El propuesto artículo 50, en su apartado 6, dice: «Un contrato mercantil que conste por escrito en el que exista una cláusula que prevea que cualquier modificación o que la extinción del mismo se realice por escrito no puede modificarse o extinguirse de otra forma. No obstante, el comportamiento de una de las partes en relación con la modificación o la extinción del contrato impide invocar esa cláusula si dicho comportamiento hubiera generado en la otra parte una confianza legítima».

Por otro lado, el proyectado artículo 51, único de la Sección 2.^a («De los deberes precontractuales») del mentado Título IV, reza: «1. Las negociaciones para celebrar un contrato mercantil deben hacerse de buena fe y con lealtad. 2. En el caso de que se hubieran entablado negociaciones para la celebración de un contrato mercantil, ninguna de las partes incurrirá en responsabilidad por el solo

⁹⁵ *Boletín de Información*, 2006, 1 de febrero de 2006, pp. 203-216.

hecho de que no se consiga un acuerdo definitivo. 3. La parte que hubiera negociado o interrumpido las negociaciones con mala fe será responsable por los daños causados a la otra parte. En todo caso, se considera mala fe el hecho de entrar en negociaciones o de continuarlas sin intención de llegar a un acuerdo. 4. Cada una de las partes deberá mantener confidencialidad sobre la información reservada que reciba de la otra en el curso de las negociaciones. La parte que infrinja el deber de confidencialidad responderá de los daños y perjuicios que ocasione a la otra parte la infracción de ese deber.»

3. EL ANTEPROYECTO DE CÓDIGO CIVIL DE LA REPÚBLICA ARGENTINA DE 18 DE DICIEMBRE DE 1998

El 18 de diciembre de 1998 fue elevado al Ministro de Justicia de la Nación un *Proyecto de Código civil de la República Argentina, unificado con el Código de comercio*. Fue obra de una Comisión designada por el Presidente de la República en Decreto de 17 de mayo de 1995⁹⁶.

El Capítulo III («*Formación del consentimiento*») del Título II («*De los contratos en general*»), del Libro Cuarto («*De los derechos personales*»), artículos 915 a 940, versa sobre la «*formación del consentimiento*». Sin perjuicio de reiterarse la fórmula clásica de que el consentimiento se forma con la oferta y la aceptación (artículo 915) la Sección Segunda del Capítulo en cuestión tiene por objeto *las tratativas contractuales*. Sus artículos 920 y 921 dicen:

«920. Deber de buena fe. Las partes deben comportarse de buena fe para no frustrar injustamente las tratativas contractuales, aunque todavía no haya sido emitida una oferta. El incumplimiento de este deber genera responsabilidad por daño al interés negativo.

921. Cartas de intención. Los instrumentos mediante los cuales una parte, o todas ellas, expresan asentimiento para negociar sobre ciertas bases, limitado a cuestiones relativas a un futuro contrato, son de interpretación restrictiva. Sólo tienen la fuerza obligatoria de la oferta si cumplen sus requisitos⁹⁷; en caso contrario es aplicable el artículo anterior.»

⁹⁶ Estuvo formada definitivamente por los Profesores Héctor Alegría, Atilio Aníbal Alterini, Jorge Horacio Alterini, María Josefa Méndez Costa, Julio César Rivera y Horacio Roitman.

⁹⁷ El artículo 922 del Proyecto dice: «Requisitos de la oferta. Para que haya oferta, la manifestación del oferente debe: a) Indicar, de acuerdo con los usos y las circunstancias del caso, su intención de contratar. b) Estar dirigida a persona determinada o determinable.

Las siguientes secciones del Capítulo contienen reglas sobre la oferta, sobre la aceptación, en torno al contrato preliminar, acerca del *contrato de prelación* (por el que una de las partes, si decide celebrar un futuro contrato, debe hacerlo con la otra) y sobre el *contrato ad referendum* (aquel cuyo perfeccionamiento depende de una conformidad o de una autorización). Y ello, conforme a la estructura del Proyecto, es sin perjuicio de lo que genéricamente se establece, para los actos jurídicos, en los Títulos IV a VI del Libro Segundo del Proyecto («*De la parte general*»), artículos 250 a 354⁹⁸.

4. PROYECTOS DE REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL FRANCÉS

Varios grupos de trabajo han venido o vienen estudiando en Francia una posible reforma de su Código civil, en concreto en el Derecho de obligaciones⁹⁹.

i. Uno de ellos, bajo la presidencia del profesor Pierre Catala, remitió al Ministro de Justicia, el 22 de septiembre de 2005, un trabajo titulado «*Avant-projet de réforme du droit des obligations (Articles 1101 à 1386 du Code civil) et du droit de la prescription (Articles 2234 à 2281 du Code civil)*»¹⁰⁰. Se le suele identificar como *Proyecto Catala*.

En su primera parte, se propone un nuevo texto para el Título III («*De las obligaciones*») del Libro III del *Code*, que, como es sabido, versa sobre «*De las diferentes formas por las que se adquiere la propiedad*». Ese Título III se dividiría en tres subtítulos, dedicado el primero a «*Contrato y obligaciones convencionales en general*», el segundo a los cuasicontratos, y el tercero a la responsabilidad civil.

Dentro del Subtítulo I, y bajo la rúbrica «*Disposiciones generales*», la Sección 1 sería de «*Definiciones*», artículos 1.102 y 1.103,

c) Contener las precisiones necesarias para establecer los efectos que producirá el contrato si la oferta llega a ser aceptada.»

⁹⁸ *Proyecto de Código civil de la República Argentina. Unificado con el Código de comercio*, edición preparada y coordinada por BESALÚ PARKINSON, Aurora, Ediciones Centro Norte, Buenos Aires, 1999. El Proyecto fue acompañado de una densa y documentada «Memoria», que recibe la denominación de *Fundamentos del Proyecto de Código civil*. Su anexo I se halla en las páginas 35 a 181 de la publicación a la que acabo de referirme. Y dentro de ellas, en las páginas 77 a 83 (apartados 162 a 172), hay una verdadera exposición de motivos sobre los criterios adoptados en el Proyecto en torno a la formación del contrato. Con abundantes referencias a ordenamientos extranjeros y a documentos internacionales.

⁹⁹ V. PICOD, Yves, «Les projets français sur la réforme du droit des obligations», *Indret*, octubre 2009, pp. 3-4.

¹⁰⁰ Se encuentra en <http://www.lexisnexis.fr/pdf/DO/RAPPORTCATALA.pdf>. Como se recordará, el régimen de la prescripción fue objeto de reforma en Francia mediante la Ley de 17 de junio de 2008.

mientras que a la 2 se le asigna el epígrafe «*De la formación del contrato*». Comprendería los artículos 1.104 a 1.107.

En la «*Presentación general*» del anteproyecto, el profesor Catala¹⁰¹ pone de relieve cómo muchos de los artículos proyectados tienen su origen en la obra del Tribunal de casación, en una interpretación *praeter legem* del Código. Y añade cómo ha sido esa *obra creadora* del Tribunal de casación la que ha dado cuerpo, entre otros extremos, a lo que Catala denomina «el periodo precontractual».

En la «*Exposición de motivos*» de los artículos relativos a la «formación del contrato», los profesores Philippe Delebecque y Denis Mazeaud¹⁰² ponen de manifiesto cómo los redactores del *Code* habían mantenido silencio sobre las condiciones de formación del contrato; dicho de otro modo, sobre la fase de «encuentro de voluntades». Añaden los citados autores que el contraste es llamativo en relación con el lujo de detalles que caracteriza al legislador francés contemporáneo, sobre todo en el terreno de los contratos de consumo, y con los proyectos de armonización europeos del Derecho de contratos. Se dice de estos últimos que regulan con extrema minuciosidad las diferentes etapas que conducen desde la simple intención de contratar a la conclusión del acuerdo definitivo. Por ello, manifiestan a continuación los mismos autores, a los promotores del anteproyecto les pareció legítimo colmar esta laguna del *Code* y proponer textos que sirvan de marco a la formación del vínculo contractual. De ahí los artículos 1.104 y siguientes del *Avant-projet* en cuestión.

Delebecque y Mazeaud se cuidan de advertir de que los redactores del texto se han *desmarcado* de los textos elaborados a nivel europeo e internacional que tienden a armonizar o a codificar el Derecho de los contratos, por lo que «han optado deliberadamente por reglas generales destinadas a estructurar el acuerdo de voluntades y han renunciado a reglamentar con mucha precisión el proceso de formación del contrato».

Los mismos comentaristas (que declaran la inspiración del proyecto, entre otras fuentes, en algunos códigos recientes –Alemania, Holanda, Québec–, así como en el Anteproyecto del *grupo Gandolfi*, en los *Principios* de la *Comisión Lando* y en los *Principios* de *Unidroit*), ponen el énfasis en que las reglas del *Avant-projet* que me ocupa se inspiran en tres principios: el de libertad, el de lealtad y el de seguridad.

¹⁰¹ Pp. 4-5.

¹⁰² Pp. 16-18.

Refiriéndose precisamente al principio de lealtad, Delebecque y Mazeaud dicen que la libertad precontractual se ve atemperada y canalizada por una exigencia de lealtad destinada a imponer una cierta ética durante el periodo que conduce a la conclusión del contrato. Del mismo modo, añaden, la buena fe debe guiar a las partes durante la negociación del contrato y, sobre todo, en el caso de que esa negociación acabe en ruptura.

El hecho es que los artículos relativos a la formación del contrato se dividen en cuatro partes. La segunda, artículos 1.105 a 1.105-6, se refiere a la oferta y la aceptación¹⁰³. La tercera parte, artículos 1.106 y 1.106-1, trata sobre la promesa unilateral de contrato y el pacto de preferencia. Y la cuarta, artículo 1.107, tiene por objeto la fecha y el lugar de formación del contrato.

En lo que aquí interesa, procede referirse a la primera de esas citadas cuatro partes, cuyo epígrafe es «*De la negociación*».

El artículo 1.104 dispone que la iniciativa, el desarrollo y la ruptura de los tratos (o negociaciones) son libres, pero deben ajustarse a las exigencias de la buena fe¹⁰⁴. Esto, en su párrafo primero.

El párrafo segundo dice que el fracaso de una negociación no puede ser fuente de responsabilidad más que si es imputable a la mala fe o a la culpa de una de las partes.

El artículo 1.104-1 declara que las partes pueden, por medio de un acuerdo de principios, comprometerse a negociar ulteriormente un contrato cuyos elementos queden sujetos a determinación, así como a cooperar en su determinación.

Y el artículo 1.104-2 dice que el régimen de los acuerdos destinados a disponer el desarrollo o la ruptura de las negociaciones está sometido a las disposiciones del subtítulo del que forman parte los artículos a los que me acabo de referir.

El *Avant-projet* no se manifiesta en este lugar sobre el carácter o naturaleza jurídica de la responsabilidad dimanante, en su caso, de las negociaciones preliminares. Ahora bien, de la regulación que en el texto proyectado se hace de la «*responsabilidad civil*», parece desprenderse que se trata de una responsabilidad extracontractual¹⁰⁵.

¹⁰³ En este punto, aluden a conductas los artículos 1.105-2, que habla de la oferta aceptada «en un plazo razonable», y 1105-6, al declarar que el silencio del destinatario de la oferta no significa aceptación, salvo disposiciones legales, acuerdos, usos profesionales o circunstancias especiales.

¹⁰⁴ La traducción es mía.

¹⁰⁵ El *Avant-projet* hace un tratamiento muy original de la en él llamada responsabilidad civil, concepto en el que se da cabida a la contractual y a la extracontractual (pp. 152-170). Esa materia (la «responsabilidad civil») se contiene en el Subtítulo III del antes mentado Título III. El Capítulo 1 de dicho subtítulo es de «disposiciones preliminares»; el Capítulo 2, sobre «condiciones de la responsabilidad», tiene una Sección 1 de «disposiciones comunes a las responsabilidades contractual y extracontractual», una Sec-

ii. El 24 de septiembre de 2008, la *Chancellerie* de Francia (Ministerio de Justicia) dio a conocer un *Projet de réforme du droit des obligations*¹⁰⁶.

Este proyecto tiene también por objeto el Título III del Libro III del *Code*. El Subtítulo I («*El contrato*») se divide en varios capítulos, de los que el que ahora importa es el III, con la rúbrica «*Formation*». Su Sección 1 versa sobre «la negociación», la 2 sobre «la oferta y la aceptación», la 3 sobre «la fecha y el lugar de formación», y la 4 sobre «los *avant-contrats*» (expresión esta última que creo que es de comprometida traducción, puesto que según el primero de sus artículos, el 33, la mentada categoría comprende la promesa unilateral de contrato y el llamado «pacto de preferencia»).

Por lo que se refiere a la cuestión objeto del presente trabajo, interesa señalar que el artículo 19, en su párrafo segundo, dice que la formación del contrato resulta, bien de la aceptación de una oferta, bien del *comportamiento de las partes* que exprese con certeza (o seguridad) su acuerdo.

Pero sobre todo ha de ponerse el acento en la Sección 1 del Capítulo III, sección que lleva por epígrafe «*La negociación*». Compuesta por tres artículos (20 a 22), el primero de ellos reza:

«La iniciativa, el desarrollo y la ruptura de las negociaciones precontractuales son libres.

La conducta o la ruptura culpable de estas negociaciones obligan a su autor a la reparación, sobre la base de la responsabilidad

ción 2 acerca de «disposiciones propias de la responsabilidad extracontractual», y una Sección 3 de «disposiciones propias de la responsabilidad contractual». Los siguientes capítulos del Subtítulo III versan sobre «los efectos de la responsabilidad» (Capítulo III) y «los principales regímenes especiales de responsabilidad o de indemnización» (Capítulo IV). Pues bien, de la formulación que el artículo 1.340 hace de los conceptos de responsabilidad contractual y extracontractual, parece deducirse que pertenece a esta última, la extracontractual, la derivada de la infracción de los deberes impuestos por el propio *Avant-projet* para la fase de negociación del contrato. El artículo 1.340, al que acabo de referirme, dice en su párrafo primero: «*Tout fait illicite ou anormal ayant causé un dommage à autrui oblige celui à qui il est imputable à le réparer*». Y el párrafo segundo reza: «*De même, toute inexécution d'une obligation contractuelle ayant causé un dommage au créancier oblige le débiteur à en répondre*». En las notas a este artículo, a pie de página, de Geneviève Viney, se deja bien sentado que los dos párrafos transcritos se refieren, respectivamente, a la responsabilidad extracontractual y a la contractual. Y el texto del párrafo segundo mueve a considerar, como antes decía, que no tiene cabida en él la conducta contraria a la buena fe en las negociaciones, del mismo modo que no la tiene la ruptura de una negociación con mala fe. Cosa distinta, según el artículo 1.104-2 del *Avant-projet*, sería si las partes de la negociación hubiesen concertado algún convenio sobre el desarrollo y ruptura de los tratos preliminares.

¹⁰⁶ Picod, Yves, «Les projets français...», obra y lugar citados. El texto de este proyecto se encuentra en http://www.freshfields.com/_download/publications/newsletters/paris/Chancellerie.pdf. En cuanto a su *Rapport de présentation*, se halla en <http://www.chairejlb.ca/pdf/reforme1.pdf>, página de la Cátedra Jean-Louis Baudouin de Derecho civil, de la Universidad de Montreal.

delictual. La culpa concurre especialmente cuando una de las partes ha entablado o mantenido negociaciones sin intención de llegar a un acuerdo.

Los daños y perjuicios no pueden tener por objeto el de compensar la pérdida de beneficios esperados del contrato no concluido.»

El artículo 21 dice: «Independientemente de cualquier ruptura, el que utiliza sin autorización una información confidencial obtenida con ocasión de las negociaciones incurre en responsabilidad delictual».

Y artículo 22: «El acuerdo de principio por el que las partes se han comprometido a negociar ulteriormente un contrato cuyos elementos quedan por determinar, está sometido a las disposiciones del presente subtítulo».

Se observa, pues, que este proyecto opta también por la fórmula de unas pocas reglas sobre las negociaciones precontractuales, expresadas en dos principios: la buena fe y la confidencialidad.

Es digno de subrayarse que el proyecto decide pronunciarse sobre la naturaleza jurídica de la responsabilidad dimanante de actos realizados en la fase de negociación, inclinándose expresamente por considerarla «responsabilidad delictual»¹⁰⁷.

El Rapport de présentation del proyecto es muy lacónico al referirse a los artículos sobre la «formación del contrato». Se limita a decir que el *Code* no contiene ningún artículo relativo a ese «proceso», por lo que la jurisprudencia ha tenido que paliar ese silencio¹⁰⁸.

iii. Un grupo de trabajo dirigido por el profesor François Terré, presidente de la Academia de Ciencias morales y políticas, había venido elaborando unas «Propuestas de reforma del Derecho de contratos». Su texto fue entregado al Ministerio de Justicia el 17 de noviembre de 2008¹⁰⁹.

Este *proyecto* declara haber tenido en cuenta, entre otros, los *Principios Lando*, los *Principios Unidroit*, el *Proyecto Catala* y el *DCFR* (este último, en su edición de 2008).

¹⁰⁷ Por cierto, lo mismo sucede en el caso de la retractación de la oferta. En efecto, el artículo 26 dice que «la retractación de la oferta, violando la obligación de mantenerla que se prevé en el artículo 25, no entraña más que la responsabilidad delictual de su autor, sin obligarle a compensar la pérdida de los beneficios esperados del contrato».

¹⁰⁸ PRCOD, Yves, «Les projets français...», citado, p. 6, formula la misma observación. Y ya que aludo de nuevo al trabajo del profesor de la Universidad de Perpignan, hago notar que conoce y menciona –lo hace al referirse a la causa del contrato– la propuesta de modernización del Código civil español en materia de obligaciones y contratos elaborada por la Comisión General de Codificación (esto es, a la que he referido brevemente en un apartado anterior de este trabajo).

¹⁰⁹ TERRÉ, François (director), *Pour une réforme du droit des contrats*, Dalloz, París, 2009.

El objeto de este *Proyecto Terré* es el Título I («*De los contratos*») del Libro III del *Code*. El Capítulo I («*Disposiciones generales*») comprende los artículos 7 a 12. El Capítulo II lleva por rúbrica «*De la formación del contrato*», y está compuesto por seis secciones. La primera de ellas «*De la conclusión del contrato*», artículos 14 a 31, se divide a su vez en cuatro subsecciones, respectivamente dedicadas a «*la oferta y la aceptación*», las «*condiciones generales*», las «*negociaciones*» y «*promesas y pacto de preferencia*».

Los artículos relativos a *las negociaciones*, 24 a 27, dicen:

Artículo 24: «La iniciativa, el desarrollo y la ruptura de los tratos preliminares son libres, pero deben cumplir las exigencias de la buena fe.

La culpa en el ejercicio de la facultad de ruptura es fuente de responsabilidad. Concorre sobre todo cuando una de las partes ha entablado o mantenido negociaciones sin tener una verdadera intención de llegar a un acuerdo.

Los daños y perjuicios no pueden en ningún caso compensar la pérdida de los beneficios esperados del contrato no concluido.»

Se observa una notable similitud con el artículo 20 del *Proyecto de la Chancellerie*. Pero hay diferencias con el artículo 1.104 del *Proyecto Catala*¹¹⁰.

Artículo 25. Como el artículo 21 del *Proyecto de la Chancellerie*, establece el deber de indemnizar como consecuencia de la utilización no autorizada de una información confidencial obtenida con ocasión de las negociaciones. Y al igual que en el *Proyecto de la Chancellerie*, se califica de delictual dicha responsabilidad¹¹¹.

¹¹⁰ Estas diferencias son objeto de explicación y justificación por AUBERT DE VINCELLES, Carole, en su *rapport* sobre los artículos del proyecto relativos a la conclusión del contrato, pp. 133-137. En otro orden de cosas, la autora se inclina por calificar como delictual la responsabilidad derivada de la ruptura de las negociaciones; se apoya al efecto en la línea tradicional de la jurisprudencia francesa.

¹¹¹ En su *rapport*, AUBERT DE VINCELLES, Carole, p. 138, pone el acento en la particularidad de la reparación del perjuicio sufrido en caso de violación del deber de confidencialidad, según los *Principios Lando*, según los *Principios Unidroit* y también según el *Proyecto Gandolfi*. En ellos se prevé la posibilidad de que la reparación comprenda, además de la reparación del perjuicio sufrido por la víctima, la restitución del beneficio que hubiere obtenido la otra parte. La comentarista señala que la singularidad de los citados proyectos se explica sobre la base del Derecho anglosajón y particularmente a causa de la *Restitution*, consistente en transferir a la víctima el beneficio que otra persona hubiese obtenido en detrimento de aquélla. Pero advierte AUBERT DE VINCELLES que esta fórmula es desconocida en Derecho francés y se acercaría a los daños punitivos, tampoco reconocidos. La autora explica la cuestión señalando que el *Proyecto Catala* propone, en su artículo 1.372 (según creo, es el 1.371), la introducción, por vez primera, de la noción de *daños punitivos* como sanción «de una culpa manifiestamente deliberada». Pero concluye que si los *daños punitivos* debieran ser introducidos en el Derecho francés, parecería preferible

El artículo 26 coincide, salvo en un extremo de puntuación, con el 21 del *Proyecto de la Chancellerie*: las partes pueden, mediante un acuerdo de principio, comprometerse a negociar ulteriormente un contrato cuyos elementos están por determinar; las partes deben concurrir de buena fe en esa determinación.

Y el artículo 27, a su vez, casi coincide literalmente con el 22 del *Proyecto de la Chancellerie*: el régimen de los acuerdos destinados a establecer el desarrollo o la ruptura de los tratos preliminares está sometido a las disposiciones del Título III (en el texto de la *Chancellerie* se dice «subtítulo»).

V. RECAPITULACIÓN Y OTRAS CONSIDERACIONES

i. En las apretadas páginas precedentes (está muy justificado el límite en extensión que se nos ha impuesto), he intentado poner de relieve, en primer lugar, un notable contraste.

Mientras los códigos civiles carecen de una reglamentación de los deberes de las partes en la negociación previa al contrato y de las consecuencias de su infracción (o, en su caso, lo hacen de forma muy parca), los proyectos de codificación europea vuelcan su atención sobre esa materia.

Trasladándonos a un terreno más amplio (el de la *formación del contrato*), es ciertamente loable que los proyectos en cuestión (destaca el *DCFR*) se cuiden de las fases de preparación y de perfección del contrato en la forma en que lo hacen, superando así los silencios o las insuficiencias de los códigos nacionales.

Ya es significativo el puro dato «cuantitativo» o de extensión. En el *DCFR*, los artículos del Libro II (más o menos equivalente a la disciplina del contrato en general, en un código de la familia del francés) son 132. De ellos, 15 versan sobre deberes precontractuales y 19 sobre la «formación» del contrato, esto es, incluyendo el régimen de oferta y aceptación¹¹².

Los proyectos, en este punto, recogen las mejores aportaciones doctrinales y aciertan en traducir a «normas» no pocos *casos de conflicto* y no pocas de las soluciones que brinda la jurisprudencia comparada.

hacerlo de manera general, como una cuestión de principio, a fin de no dar lugar a «situaciones sectoriales».

¹¹² El Libro III, sobre obligaciones y los derechos correspondientes, está formado por 92 artículos. Equivaldría al régimen de la obligación en general, en un código de corte tradicional.

Particular elogio merece, a mi juicio, el que en los proyectos citados se contemplen, en particular, los deberes que pesan sobre las partes de una negociación. Quedan de esa forma configurados unos *deberes de conducta precontractuales* que, también a mi entender, merecían alguna suerte de «codificación».

Como he apuntado anteriormente –y, desde luego, la idea no es nueva–, la formulación normativa de los deberes precontractuales (o *de las negociaciones*) tiene la virtud de ofrecer al intérprete –siquiera *a contrario*– un cierto catálogo de *conductas antijurídicas*, útil para concluir en un juicio de *responsabilidad*. Si, como creo, la responsabilidad dimanante de los comportamientos de las partes en la fase de negociación del contrato debe calificarse de *extracontractual* (al menos, si el contrato no llega a perfeccionarse), y si, además, tomamos conciencia del proceso intelectual que ha llevado a «diluir» la antijuridicidad hasta casi solaparla con la culpabilidad, el establecimiento de un catálogo de conductas inherentes a la *negociación* tiene la virtud de evitar un peligroso (por inseguro) ámbito de discrecionalidad o arbitrio judicial.

ii. Sin embargo, creo que merece alguna reflexión el hecho de que algunos de los proyectos (me refiero sobre todo al más extenso y detallado, el *DCFR*) contengan una tan pormenorizada enumeración y regulación de los *deberes precontractuales*, de posibles formas de vulneración de los mismos y de las consecuencias que esa vulneración acarrea.

Bueno es, ciertamente, el propósito de describir *conductas precisas* en la fase de negociación. En efecto, a la dosis de seguridad jurídica («certeza de las soluciones») que es propia de las normas legales, en general, se añade en este caso la esperada de un sistema jurídico (el imaginario Código europeo), pensado para superar las insuficiencias de los ordenamientos nacionales y para sentar unos *principios* que tengan acomodo en esos ordenamientos y en sus respectivas construcciones doctrinales y jurisprudenciales.

El propio *DCFR* establece entre sus «principios», junto con los de libertad, justicia y eficiencia, el de *seguridad*. Se alude expresamente a la «certeza jurídica» y a la «previsibilidad» (se entiende, de las «soluciones», entre ellas las sentencias judiciales)¹¹³.

No obstante, son abundantes las ocasiones en las que, por mucho que el texto quiera contemplar hipótesis muy concretas, el *DCFR* acude a «términos abiertos» o conceptos jurídicos necesitados de adaptación a cada caso (en buena medida, *conceptos jurídicos indeterminados*).

¹¹³ V. pp. 44-53.

Por referirme sólo a seis de los artículos que he citado, sobre *deberes precontractuales*, encontramos, por ejemplo, expresiones como las siguientes:

lo que la otra persona «pudo esperar razonablemente»,
estándares de calidad y cumplimiento «que serían normales según las circunstancias»,
una «buena práctica comercial».

Esto se encuentra en el artículo II.3:101.

En el II.3:102:

lo que un «consumidor medio» podría esperar que se debiese, teniendo en cuenta «todas las circunstancias y las limitaciones del medio de comunicación empleado»,
la «información relevante necesaria» para tomar una decisión, «requisitos de diligencia profesional».

En el artículo II.3:103:

consumidor en «especial desventaja»,
un deber «adecuado a las circunstancias»,
una «información clara»,
un «plazo razonable»,
«según las circunstancias».

En el II.3:106:

como «sea adecuado en cada caso» (o, dicho de otro modo, como «corresponda en cada caso»),
«medio duradero» (información o comunicación).

En el III.3:302:

«tanto por su naturaleza como por las circunstancias»,
lo que una parte «sabe o se puede razonablemente esperar que sepa»,
la parte que «razonablemente prevé».

Pero no es sólo eso, sino que en el artículo I.1:103, que define el capital concepto de *good faith and fair dealing*, se habla de *actuar de forma inconsecuente* y de *haber confiado razonablemente*, una parte, en las declaraciones o conducta de la otra.

Los propios autores del *DCFR* son conscientes de esta circunstancia, cuando advierten de que una cuestión previa es la de si la seguridad contractual está más protegida por «reglas rígidas» o por

reglas que, utilizando «términos abiertos», como *razonable*, dejan lugar a la flexibilidad¹¹⁴.

En el *DCFR*, en suma, se ha optado por una determinada fórmula de técnica normativa, desde luego muy próxima a la que es característica de la *legislación* de la Unión Europea. Es una decisión defendible, desde luego, mas creo que tiene cabida la pregunta de si la técnica de abundantes «reglas rígidas», pero con también frecuente necesidad de acudir a «términos abiertos» (en otras palabras, a la discrecionalidad judicial), habría o no justificado la fórmula contraria: esto es, la de someter los *deberes precontractuales* a unos «grandes principios» (buena fe, lealtad, información, confidencialidad), sin entrar en pormenores¹¹⁵.

iii. En la materia que me ocupa, el concepto fundamental es el de *good faith and fair dealing*, definido, como hemos visto, en el artículo I.1:103.

Procede recordar el texto que antes he reproducido, tomado del comentario a dicho artículo. Se dice allí que *good faith and fair dealing* se refiere a un estándar de conducta caracterizado por la honradez (u honestidad), franqueza (o lealtad) y consideración hacia los intereses de la otra parte. Se advierte de que la «expresión compuesta» *good faith and fair dealing* es diferente, en este ámbito, de la *buena fe*. Ésta, en principio, se refiere a un estado mental subjetivo generalmente caracterizado por la honestidad y la falta de conocimiento de que una situación aparente no es la verdadera. En un tono muy didáctico, el *DCFR* señala que a veces se usa la expresión *buena fe* en este sentido subjetivo; por ejemplo, un determinado resultado sólo puede derivar de que el comprador haya adquirido bienes *de buena fe*, sin conocimiento de las pretensiones de un tercero.

Parece claro que este concepto de *good faith and fair dealing* puede ser suficiente para salir al paso de la posible interpretación de que las «reglas rígidas» constituyen un *numerus clausus*; es decir, excluyente de cualquier otra conducta no contemplada en ellas.

iv. Manteniéndome también en el *DCFR*, se observa que el texto huye de una explícita calificación (como contractual o como extracontractual) de la responsabilidad resultante del incumplimiento de los *deberes precontractuales*.

¹¹⁴ P. 47, donde la Introducción desarrolla el principio de «seguridad» (jurídica), uno de los inspiradores del proyecto.

¹¹⁵ Esto último es, como hemos visto, lo que hacen los trabajos prelegislativos que antes he mencionado (las dos Propuestas de la Comisión General de Codificación, el Anteproyecto argentino de 1998 y los proyectos franceses).

No faltan alusiones a la «*contractual obligation*». Por ejemplo, en el artículo II.3:109, relativo a las acciones por incumplimiento de los deberes de información¹¹⁶.

Por otro lado, el artículo 1:101 del Capítulo 3 del Libro III, al que se remite el antes citado artículo II.3:109, declara la aplicabilidad de tal Libro III a *todas las obligaciones*, añadiendo: «*tanto si son contractuales como si no*».

Además, es menester recordar que algunas reglas sobre *deberes precontractuales* se aplican al caso en el que el contrato ha sido efectivamente concertado, mientras que otras alcanzan tanto a la hipótesis de contrato perfeccionado como a la de que el contrato no se hubiese llegado a convenir.

Me parece que la alternativa (responsabilidad contractual o responsabilidad extracontractual), o incluso una tercera posible opción, sólo puede solventarse –en lo que a la infracción de los *deberes precontractuales* se refiere–, y todo ello en la «mente» del *DCFR*, mediante el análisis conjunto del «espíritu» del propio *DCFR* sobre qué significa *contractual obligation* y *non-contractual obligation*.

Es ésta una cuestión del máximo interés, pero que sobrepasa los objetivos del presente trabajo.

Ahora me limito a señalar que el esquema del *DCFR* parece girar en torno a un binomio: de un lado, *obligaciones contractuales*, y de otro, *obligaciones no contractuales*. Esta dualidad es la que en la *Introducción* del *DCFR* se utiliza, por ejemplo, al describir el alcance de los cuatro principios inspiradores del proyecto, esto es, los ya citados de libertad, seguridad, eficiencia y justicia¹¹⁷.

De la misma *Introducción* se infiere que las *obligaciones no contractuales* comprenden las resultantes de la gestión de negocios ajenos, de la responsabilidad no contractual por daño causado a otro y del enriquecimiento injusto. Y estas tres últimas figuras constituyen, por ese orden y correlativamente, el objeto de los Libros V, VI y VII.

Descartada la posible *confusión* con gestión de negocios y con enriquecimiento injusto, el problema residiría en optar entre *the*

¹¹⁶ En las «definiciones» que preceden al Libro I, y en relación con «contractual obligation», se dice: «A “contractual obligation” is an obligation which arises from a contract, whether from an express term or an implied term or by operation of a rule of law imposing an obligation on a contracting party as such».

¹¹⁷ Al tratarse sobre la «seguridad», por citar un caso, se distingue entre «contractual security» y «non-contractual obligations», pp. 45-52 de la «edición completa».

law of contract y the law on non-contractual liability, usando la forma misma en que se expresan los comentarios al *DCFR*¹¹⁸.

El Libro VI del *DCFR* versa sobre la allí llamada «non-contractual liability arising out of damage caused to another», que abreviadamente se designa también como «non-contractual liability». Se trata de la que habitualmente conocemos como responsabilidad civil o como responsabilidad extracontractual; esto es, en el lenguaje doctrinal ya muy afincado, Derecho de daños¹¹⁹.

Pues bien, de la lectura del primero de los artículos sobre la «*non-contractual liability arising out of damage caused to another*» parece desprenderse que la responsabilidad derivada de la violación de los deberes precontractuales se configura, en el *DCFR*, como *contractual*.

Ese artículo 1:101 dice: «1:101: Basic rule. (1) A person who suffers legally relevant damage has a right to reparation from a person who caused the damage intentionally or negligently or is otherwise accountable for the causation of the damage. (2) Where a person has not caused legally relevant damage intentionally or negligently that person is accountable for the causation of legally relevant damage only if Chapter 3 so provides»¹²⁰.

A la misma conclusión (la responsabilidad derivada de las negociaciones preliminares es de carácter contractual), aunque la formulo con reservas, lleva el artículo 1:103 del mismo Libro VI, sobre el «*ámbito de aplicación*» de la *non-contractual liability*. Se dice en él que la «regla básica» del artículo 1:101, esto es, la que he transcrito líneas arriba, «(a) *apply only in accordance with the following provisions of this Book; (b) apply to both legal and natural persons, unless otherwise stated; (c) do not apply in so far as their application would contradict the purpose of other private law rules; and (d) do not affect remedies available on other legal grounds*»¹²¹.

¹¹⁸ Así, por ejemplo, en el comentario al artículo VI.1:103, pp. 3118-3119, del volumen 4 de la «edición completa». En este lugar, por cierto, se pone de relieve que ambas formas de responsabilidad (contractual y no contractual) se han ido aproximando recientemente en lo que se refiere a sus respectivas consecuencias jurídicas; por lo que, se dice, ha quedado de hecho diluido el significado práctico del problema de la «conurrencia de acciones», esto es, de la alternativa entre responsabilidad contractual y responsabilidad extracontractual.

¹¹⁹ Sobre la terminología del *DCFR*, en este punto, v. volumen 4 de la «edición completa», sobre todo pp. 3083-3138, donde se encuentran el texto, el comentario y las notas a los artículos 1:101, 1:102 y 1:103 del mentado Libro VI. En ese lugar se explica, por ejemplo, por qué se han evitado expresiones como *tort*, *delict*, o *civil responsibility*.

¹²⁰ Comentario y notas en VI, pp. 3083-3105.

¹²¹ El comentario y los notas a este artículo se encuentran en VI, pp. 3114-3138. Son particularmente dignas de interés las referencias a distintos ordenamientos nacionales europeos en lo que respecta a la distinción entre responsabilidad contractual y extracontractual, así como a la posible concurrencia de ambas.

Del apartado (d) se infiere, a mi juicio, que la responsabilidad derivada de las relaciones precontractuales, no encuentro otra forma de decirlo, *no es contractual*. Y esto porque, como hemos visto, el artículo 3:501 del Libro II (es decir, el Libro sobre «*Contratos y otros actos jurídicos*») establece con carácter general un régimen de acciones aplicable a *todo caso* de incumplimiento de *cualquier deber* de los calificados en el propio Libro II como «precontractual».

v. Como es sabido, el extremo del anterior apartado no es baladí: de la calificación de una responsabilidad como contractual o como extracontractual pueden derivar, entre otros, efectos muy significativos en punto a problemas sobre los que ahora no es posible insistir. Por ejemplo, plazo de prescripción de la acción, cobertura o no de un seguro u otro, ley aplicable en caso de conflicto, etc.

Sólo menciono ahora la cuestión relativa a la ley aplicable en el caso de «conflicto de leyes».

Esa cuestión, que con acierto ha sido contemplada por alguna voz en la doctrina española, *incluso a la luz del DCFR*¹²², reside en lo que dispone el artículo 12 del Reglamento (CE) 864/2007, del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre ley aplicable a las obligaciones no contractuales, de 11 de julio de 2007, comúnmente denominado *Roma II*.

Dicho artículo 12 dispone: «Culpa in contrahendo. 1. La Ley aplicable a una obligación extracontractual que se derive de los tratos previos a la celebración de un contrato, con independencia de que el contrato llegue o no a celebrarse realmente, será la ley aplicable al contrato o la que se habría aplicado al contrato si este se hubiera celebrado. 2. Cuando la ley aplicable no pueda determinarse mediante el apartado 1, la ley aplicable será: a) la ley del país en el que se haya producido el daño, independientemente del país en el que se haya producido el hecho generador del daño e independientemente del país o países en los que se hayan producido las consecuencias indirectas del hecho en cuestión, o b) cuando las partes tengan su residencia habitual en el mismo país en el momento en el que se produjo el hecho generador del daño, la ley de ese país, o, c) si del conjunto de las circunstancias se desprende que la obligación extracontractual que se derive de los tratos previos a la celebración de un contrato presenta vínculos manifiestamente más

¹²² TOMÁS MARTÍNEZ, Gema, «Naturaleza de la responsabilidad precontractual (culpa in contrahendo) en la armonización jurídica europea», artículo inédito, en curso de publicación.

estrechos con otro país distinto del indicado en las letras a) y b), se aplicará la ley de este otro país.»

De otro lado, en el apartado 30 del preámbulo del Reglamento se explica el significado del artículo 12 transcrito. Reza así: «La culpa in contrahendo a efectos del presente Reglamento es un concepto autónomo y no debe interpretarse necesariamente dentro del sentido de la legislación nacional. Debe incluir la violación del deber de información y la ruptura de los tratos contractuales. El artículo 12 cubre únicamente las obligaciones extracontractuales con vínculo directo con los tratos previos a la celebración de un contrato. Esto quiere decir que si durante las negociaciones de un contrato una persona sufriera una lesión personal, se aplicaría el artículo 4 o cualquier otra disposición pertinente del Reglamento.»

Es llamativo que *Roma II* adopte una fórmula de *ley aplicable* similar a la propia de una controversia sobre obligaciones contractuales¹²³. Tanto más, cuando el artículo 12 califica de *extracontractual* la obligación derivada de los tratos previos a la celebración de un contrato, y además *con independencia de que el contrato llegue o no a celebrarse realmente*. También el apartado 30 del preámbulo, aludiendo a la violación del deber de información y a la ruptura de los tratos contractuales, habla de *obligaciones extracontractuales*.

Es de suponer que el contraste al que me refiero tiene su explicación en el hecho de que la *lex contractus*, de acuerdo con *Roma I*, es de más fácil determinación que la *ley del país donde se produce el daño*, que es el principio general adoptado por *Roma II* para la fijación de la ley aplicable. Esta posible explicación se relaciona, además, con la circunstancia de que la *lex contractus* es una solución más fácilmente previsible por las partes.

Sea como fuere, merece señalarse que existiría en este punto una coincidencia de *Roma II* (en cuanto a la ley aplicable, no en cuanto a la calificación de la *obligación*) con el *DCFR*. Esa coincidencia se daría si es correcta mi interpretación de que el *DCFR* excluye que los *deberes precontractuales* tengan, en terminología del propio proyecto, carácter *non-contractual*.

vi. Desde luego, parece fundada la opinión que antes he expresado. Esto es, la de que en todos los proyectos que he mencionado, la *conducta* (actitud, modo de proceder, comportamiento) de las partes, en las negociaciones previas al contrato, hayan o no conducido a él, reviste una particular importancia, por lo que mere-

¹²³ Reglamento (CE) 593/2008, de 17 de junio de 2008, del Consejo, sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales, conocido como *Roma I*.

ce también un especial análisis. Cuando el contrato llega a concertarse, porque esa conducta puede ser un elemento de interpretación de capital importancia. También en la hipótesis de que el contrato se concierte, porque esta circunstancia no excluye *responsabilidades precontractuales*. Y, por fin, cuando el contrato no se perfecciona, por el hecho de que –valga el modo de hablar– únicamente *quedan*, como *datos de hecho* determinantes de derechos y obligaciones, las *conductas* de las partes que trataron y discutieron; en suma, que *negociaron*¹²⁴.

VI. BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ALBIEZ DOHRMANN, Klaus Jochen: «Un nuevo Derecho de obligaciones. La Reforma 2002 del BGB», *Anuario de Derecho civil*, 2002, pp. 1133-1227.
- ALTERINI, Atilio Aníbal, AMEAL, Óscar José y LÓPEZ CABANA, Roberto M.: *Derecho de obligaciones civiles y comerciales*, cita sobre la cuarta edición, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1993, pp. 659-664.
- ARROYO I AMAYUELAS, Esther: «Los principios del Derecho contractual comunitario», *Anuario de Derecho civil*, 2008, pp. 211-239.
- «La contribución al Marco Común de Referencia de los principios de Derecho contractual comunitario», en *Derecho privado europeo: estado actual y perspectivas de futuro* (coordinadores, DÍAZ ROMERO, María del Rosario, y otros), Civitas, Madrid, 2008, pp. 49-157.
- «Hacia un Derecho contractual más coherente: La sistematización del acervo contractual comunitario», en *Derecho contractual europeo. Problemática, propuestas y perspectivas* (director Bosch Capdevila, Esteve), Bosch, Barcelona, 2009, citado, pp. 209-238.
- ASÚA GONZÁLEZ, Clara Isabel: *La culpa in contrahendo (tratamiento en el Derecho alemán y presencia en otros ordenamientos)*, Universidad del País Vasco, Bilbao, 1989.
- ASÚA GONZÁLEZ, Clara Isabel, y HUALDE SÁNCHEZ, José Javier: «Codificación de la culpa in contrahendo en el Derecho alemán», *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*, Civitas, Madrid, 2003, II, pp. 1415-1433.
- ATIYAH, P. S.: *An introduction to the Law of contract*, 3.^a edición, Oxford University Press, Oxford, 1981, p. 62.
- AUBERT DE VINCELLES, Carole: «Le processus de conclusion du contrat», en Terré, François (director), *Pour une réforme du droit des contrats*, Dalloz, París, 2009, pp. 119-146.
- *Avant-projet de réforme du droit des obligations (Articles 1101 à 1386 du Code civil) et du droit de la prescription (Articles 2234 à 2281 du Code civil)*, en <http://www.lexisnexis.fr/pdf/DO/RAPPORTCATALA.pdf>.
- BENATTI, Francesco, *La responsabilità precontrattuale*, Giuffrè, Milán, 1963.
- BORDA, Guillermo A.: *Tratado de Derecho civil. Obligaciones*, II, cita sobre la octava edición, Editorial Perrot, Buenos Aires, 1998, pp. 133-147.

¹²⁴ Este trabajo está cerrado al día 30 de diciembre de 2009.

- CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio: «El ámbito de la responsabilidad precontractual o culpa *in contrahendo*», *Revista Crítica de Derecho inmobiliario*, 628, pp. 747-788.
- CÁMARA LAPUENTE, Sergio: «El hipotético “Código civil europeo”: ¿por qué, cómo y cuándo?», en *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*, Civitas, Madrid, 2003, I, pp. 347-379.
- (Coordinador): *Derecho privado europeo*, Colex, Madrid, 2003.
- CARBONNIER, Jean: *Derecho civil*, edición española con traducción y adiciones de conversión al Derecho español de Zorrilla Ruiz, Manuel María, II, 2, Bosch, Barcelona, 1971.
- CARRASCO PERERA, Ángel: «Cartas de intenciones, precontratos, responsabilidad *in contrahendo* y obligatoriedad de los tratos en la jurisprudencia española», en *Aranzadi Civil*, 21, marzo 2006, pp. 15-38.
- *Código europeo de contratos*, presentación Carlos de Cores y Giuseppe Gandolfi, traducción José Luis de los Mozos y Carlos Rogel, Editorial Reus, Madrid, 2009.
- COLIN, Ambrose, y CAPITANT, Henry: *Curso elemental de Derecho civil*, edición española con notas de Demófilo de Buen, Editorial Reus, Madrid, 1924.
- Comisión General de Codificación. Sección de Derecho civil: «Propuesta de modernización del Código civil en materia de obligaciones y contratos», *Boletín de Información*, enero de 2009, pp. 1-70.
- Comisión General de Codificación. Sección de Derecho mercantil: «Anteproyecto de Ley de modificación del Código de comercio en la parte general sobre contratos mercantiles y sobre prescripción y caducidad», *Boletín de Información*, 2006, 1 de febrero de 2006, pp. 203-216
- DE ÁNGEL YÁGÜEZ, Ricardo: *Tratado de responsabilidad civil* (coordinador, Sierra Gil de la Cuesta, Ignacio), Bosch, Barcelona, 2008.
- DE LOS MOZOS, José Luis: «Responsabilidad en los “tratos preparatorios” del contrato», en *Estudios de responsabilidad civil en homenaje al Profesor Roberto López Cabana*, Dykinson, Madrid, 2001, pp. 165-186.
- DELEBECQUE, Philippe, y MAZEAUD, Denis: «Formation du contrat», en *Avant-projet de réforme du droit des obligations (Articles 1101 à 1386 du Code civil) et du droit de la prescription (Articles 2234 à 2281 du Code civil)*, en <http://www.lexisnexis.fr/pdf/DO/RAPPORTCATALA.pdf>, pp. 16-18.
- *Derecho contractual europeo. Problemática, propuestas y perspectivas*, (director Bosch Capdevila, Esteve), Bosch, Barcelona, 2009.
- DÍAZ ROMERO, María del Rosario, y otros (coordinadores), *Derecho privado europeo: estado actual y perspectivas de futuro*, Civitas, Madrid, 2008.
- DÍEZ-PICAZO, Luis: *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, volumen primero, citado sobre la 5.^a edición, Civitas, Madrid, 1996.
- DÍEZ-PICAZO, Luis; ROCA TRÍAS, Encarna, y MORALES MORENO, Antonio Manuel: *Los principios del Derecho europeo de contratos*, Civitas, Madrid, 2002.
- DOMINGO, Rafael (editor): *Principios Unidroit sobre los contratos comerciales internacionales*, Aranzadi, Cizur Menor, 2007.
- ENGEL, Pierre: *Traité des obligations en Droit suisse*, Éditions Ides et Calendes, Neuchâtel, 1973,
- ESPIAU ESPIAU, Santiago, y VAQUER ALOY, Antoni (editores): *Bases de un Derecho contractual europeo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.
- ESPINA, Daniel: «El carácter mercantil de la unificación internacional del Derecho contractual. Principios UNIDROIT y Principios de Derecho Contractual

- Europeo», en *Revista crítica de Derecho inmobiliario*, 710, noviembre-diciembre 2008, pp. 2431-2484.
- GARCÍA RUBIO, María Paz: «Responsabilidad por ruptura injustificada de negociaciones: A propósito de la STS (Sala 1.ª) de 16 de mayo de 1988», *Diario la Ley*, 1989, 4, pp. 1112-1119
- *La responsabilidad precontractual en el Derecho español*, Tecnos, Madrid, 1991.
- GIORGI, Giorgio: *Teoría de las obligaciones en el Derecho moderno*, edición española, Editorial Reus, Madrid, 1929.
- GÓMEZ CALLE, Esther: *Los deberes precontractuales de información*, La Ley, Madrid, 1994.
- GONZÁLEZ PACANOWSKA, Isabel: «Los principios Lando», *Derecho contractual europeo. Problemática, propuestas y perspectivas* (director Bosch Capdevila, Esteve), Bosch, Barcelona, 2009, pp. 151-182.
- HILSENRAD, Arthur: *Des obligations qui peuvent naître au cours de la préparation d'un contrat*, Arthur Rousseau, París, 1932 (edición española bajo el título *Las obligaciones precontractuales*, traducción y apéndice relativo al Derecho español de Menéndez Pidal, Faustino, Góngora, Madrid, s.d., reimpresión de Analecta Editorial, Pamplona, 2006).
- LANDO, Ole, y BEALE, Hugh: *Principios de Derecho contractual europeo. Parte I y II*, con el subtítulo «Los trabajos de la “Comisión de Derecho contractual europeo”», edición: Ole Lando y Hugh Beale», edición española a cargo de BARRÉS BENLLOCH, Pilar, EMBID IRUJO, José Miguel, y MARTÍNEZ SANZ, Fernando, Consejo General del Notariado, Madrid, 2003.
- *Le Code civil du Québec. Commentaires du Ministre de la Justice*, Les publications du Québec, Québec, 1993.
- LEIBLE, Stefan: «¿Qué hacemos con el Marco común de referencia? Alegato a favor de un instrumento opcional», en *Derecho privado europeo: estado actual y perspectivas de futuro* (coordinadores, Díaz Romero, María del Rosario, y otros), Civitas, Madrid, 2008, pp. 221-249.
- LLOBET AGUADO, Josep: *El deber de información en la formación de los contratos*, Marcial Pons, Madrid, 1996.
- LUNA SERRANO, Agustín: «El régimen de los tratos preliminares en el Anteproyecto de Código Europeo de los Contratos», *Estudios de Deusto*, 51, 2003, pp. 307-316.
- MANRESA Y NAVARRO, José María: *Comentarios al Código civil español*, 4.ª edición, VIII, Editorial Reus, Madrid, 1929.
- MANZANARES SECADES, Alberto: «La responsabilidad precontractual en la hipótesis de ruptura injustificada de las negociaciones preliminares», *Anuario de Derecho civil*, 1984, pp. 687-748.
- «La naturaleza de la responsabilidad precontractual o culpa *in contrahendo*», *Anuario de Derecho civil*, 1985, pp. 979-1009.
- MARTÍ MOYA, Vanessa: «Los tratos preliminares en las operaciones de *mergers and acquisitions* a la luz de la unificación del derecho contractual europeo», en *Derecho contractual europeo. Problemática, propuestas y perspectivas* (director Bosch Capdevila, Esteve), Bosch, Barcelona, 2009, pp. 363-375.
- MARTÍN-CASALS, Miquel (coordinador): *Principios de Derecho europeo de la responsabilidad civil*, Aranzadi, Cizur Menor, 2008.
- «El European Group on Tort Law y la elaboración de unos “Principios europeos del Derecho de la responsabilidad civil” (Grupo de Tilburg/Viena o Spier/Kozioł)», en *Derecho privado europeo* (coordinador Cámara Lapuente, Sergio), Colex, Madrid, 2003, pp. 217-226.

- MARTÍNEZ GALLEGO, Eva María: *La formación del contrato a través de la oferta y la aceptación*, Marcial Pons, Madrid, 2000.
- MASIDE MIRANDA, José Enrique: «El futuro Código civil europeo de contratos», en *Revista crítica de Derecho inmobiliario*, 684, julio-agosto 2004, pp. 1769-1830.
- MCGREGOR, Harvey: *Contract Code*, traducción y nota preliminar de DE LA CUESTA SÁENZ, José María, y VATTIER FUENZALIDA, Carlos, J. M. Bosch Editor, Barcelona, 1997.
- MEDINA ALCOZ, María: «La ruptura injustificada de los tratos preliminares: notas acerca de la naturaleza de la responsabilidad precontractual», *Revista de Derecho privado*, mayo-junio 2005, pp. 79-105.
- MENÉNDEZ MATO, Juan Carlos: *La oferta contractual*, Aranzadi, Pamplona, 1998.
- MORÁN BOVIO, David (coordinador): *Comentario a los Principios de UNIDROIT para los contratos del comercio internacional*, 2.^a edición, Aranzadi, Pamplona, 2003.
- MUCIUS SCAEVOLA: *Código civil comentado y concordado extensamente*, XX, Sociedad Editorial Española, Madrid, 1904.
- PERALES VISCASILLAS, María del Pilar: «Formación», en *Comentario a los Principios de UNIDROIT para los contratos del comercio internacional* (coordinador Morán Bovio, David), Aranzadi, Pamplona, 2003, pp. 107-165.
- «La aplicación jurisprudencial en España de la Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional, los Principios Unidroit y los Principios del Derecho contractual europeo: de la mera referencia a la integración de lagunas», en *Diario La Ley*, 6725, 31 de mayo de 2007, pp. 1-7.
- «Aplicación jurisprudencial de los Principios de Derecho contractual europeo», en *Derecho privado europeo: estado actual y perspectivas de futuro* (coordinadores, Díaz Romero, María del Rosario, y otros), Civitas, Madrid, 2008, pp. 453-500.
- «Los principios de UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales», en *Derecho contractual europeo. Problemática, propuestas y perspectivas* (director Bosch Capdevila, Esteve), Bosch, Barcelona, 2009 pp. 183-207.
- PICOD, Yves: «Les projets français sur la réforme du droit des obligations», *Indret*, octubre 2009.
- PROTET, Paul: *Culpa in contrahendo et responsabilicé précontractuelle en droit privé suisse*, Staempfli et Cie., Berna, 1963
- *Principles of the Existing EC Contract Law (Acquis Principles)*, *Contract 1*, Sellier, Munich, 2007.
- *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, editores Von Bar, Christian, y Clive, Eric, Sellier, Munich, 2008.
- *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, editores Von Bar, Christian, y Clive, Eric: «edición completa», Sellier, Munich, 2009.
- *Proyecto de Código civil de la República Argentina. Unificado con el Código de comercio*, edición preparada y coordinada por Besalú Parkinson, Aurora, Ediciones Centro Norte, Buenos Aires, 1999.
- RUIZ PERIS, Juan Ignacio: *Los tratos preliminares en el contrato de franquicia*, Aranzadi, Cizur Menor, 2000.
- SÁNCHEZ LORENZO, Sixto A.: «Vías y límites a la unificación del Derecho privado europeo: “soft law versus hard law” o “Comisión contra Parlamento”»,

- en *Derecho privado europeo: estado actual y perspectivas de futuro* (coordinadores, Díaz Romero, María del Rosario, y otros), Civitas-Aranzadi, Cizur Menor, 2008, pp. 377-405.
- SCHULTZE, Reiner, y ZIMMERMANN, Reinhard: *Textos básicos de Derecho privado europeo. Recopilación*, edición española a cargo de Arroyo i Amayuelas, Esther, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2002.
- SCHELZE, Reiner: «Estado actual de los debates sobre el Marco común de referencia», en *Derecho privado europeo: estado actual y perspectivas de futuro* (coordinadores, Díaz Romero, María del Rosario, y otros), Civitas, Madrid, 2008, pp. 407-428.
- TERRÉ, François (director): *Pour une réforme du droit des contrats*, Dalloz, París, 2009.
- TOMÁS MARTÍNEZ, Gema: «Precontrato y contrato preparatorio», en *Acciones civiles*, edición digital, director Eugenio Llamas Pombo, La Ley, Madrid, 2007, y actualización en curso.
- «Damages for Fraud in Case of not Avoiding the Contract», en *European Private Law Beyond the Common Frame of Reference. Essays in Honour of Reinhard Zimmermann*, editor Antoni Vaquer, Europa Law Publishing, Groningen, 2008, pp. 65-75.
- «Naturaleza de la responsabilidad precontractual (*culpa in contrahendo*) en la armonización jurídica europea», artículo inédito, en curso de publicación.
- VAQUER ALOY, Antoni: *La tercera parte de los principios de Derecho contractual europeo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.
- «El Marco Común de Referencia», en *Derecho contractual europeo. Problemática, propuestas y perspectivas* (director Bosch Capdevila, Esteve), Bosch, Barcelona, 2009, pp. 239-265.
- VALÉS DUQUE, Pablo: «Responsabilidad precontractual, o culpa in contrahendo», en *Teorías y aplicaciones sobre la noción de responsabilidad jurídica*, editores Ángel Sánchez de la Torre e Isabel Araceli Hoyo Sierra, Dykinson, Madrid, 2009, pp. 527-575.
- VAN REIGERSBERG VERSLUYS, Juan Guillermo: *Derecho patrimonial neerlandés*, edición del autor, Málaga, 1996.
- VIAL DEL RÍO, Víctor: *Teoría general del acto jurídico*, Editorial Jurídica de Chile, 5.ª edición, Santiago de Chile, 2003.
- WADDAMS, S. M.: *The Law of contracts*, 2.ª edición, Canada Law Book Inc., Toronto, 1984.