

# EL REGIMEN DE LOS TRATOS PRELIMINARES EN EL ANTEPROYECTO DE CODIGO EUROPEO DE LOS CONTRATOS

Agustín Luna Serrano

*Sumario:* I. Introducción. II. La primordial exigencia de la lealtad en los tratos preliminares al contrato y su trasunto doctrinal en la idea básica del deber de corrección: su acogimiento en el texto del anteproyecto. III. El deber específico de información, su creciente expansión en la disciplina positiva y su acogimiento en el anteproyecto. IV. El deber específico de reserva respecto de los datos conocidos en los tratos preliminares y su incorporación a la disciplina prevista en el anteproyecto. V. La obligación de reparar por responsabilidad precontractual o *culpa in contrahendo* y su tratamiento en el anteproyecto. VI. Normas particulares en relación a los tratos preliminares en el comercio internacional o intercontinental.

## I. Introducción

En el ordenamiento jurídico positivo podemos encontrar numerosos preceptos que constituyen la base de la configuración del criterio normativo general de exigencia de un comportamiento leal de los contratantes en relación a la formación y al cumplimiento del contrato. En esta dirección se hallan en efecto, las múltiples referencias del ordenamiento jurídico a la moral (arts. 1255, 1275, 1116.1 y 1271.3 Cc.) y a la buena fe, tanto objetiva (arts. 7.1 y 1258 Cc.) como subjetiva (arts. 1164, 1529.1, 1530, 1705.2, 1778, 1897 y 1899, entre otros, Cc.), que también alcanzan a la actitud incorrecta de un contratante que de modo determinante engaña o induce insidiosamente y fuerza o amenaza gravemente al otro (art. 1265, 1267, 1269 y 1270 Cc.), en cuanto a la conclusión del contrato.

Por otra parte, es observable en la actualidad una apremiante preocupación social por la moralización y la transparencia de las relaciones económicas en general y de las relaciones contractuales en particular, preocupación que llega incluso, en no pocas ocasiones, a la superación de una heteroexigencia externa conformada por las normas legales —ahora cada vez más sensible en cuanto a la contratación con

los consumidores— por la autoexigencia interna de algunos operadores económicos mediante la adopción, respecto de su actuación en el mercado, de los llamados «códigos de conducta».

Los postulados a que se hace referencia han encontrado, lógicamente, acogimiento en el anteproyecto de «Código Europeo de los Contratos» (en adelante CEC), formulado por la Academia de Jusprivatistas Europeos, que instituyó en su seno, con este propósito, un grupo de trabajo al que se conoce ya —entre las diversas agrupaciones que propugnan, con diversos criterios metodológicos, la formulación de una disciplina unitaria europea de la contratación— como «Grupo de Pavía», por encontrarse en esta ciudad lombarda la sede de dicha Academia y por desarrollarse en ella, acogido por su Universidad, los trabajos del mencionado grupo. Los criterios apuntados informan efectivamente las normas propuestas en el anteproyecto de CEC lo mismo en tema de tratos preliminares (arts. 6 a 11) —que son aquí objeto de consideración—, como en tema de contenido del contrato (art. 30), en tema de interpretación del contrato (art. 39.4), en tema de condiciones apuestas al contrato (arts. 52.2 y 53.1 y 3), en tema de ejecución o de inejecución del contrato (arts. 75.1, 108 y 109) o en tema de vicios del consentimiento contractual (arts. 151. 1 y 152.1).

Por lo que se refiere a los que denomina «tratos precontractuales», la disciplina que el anteproyecto propone se contiene en la sección primera del Título II («formación del contrato») del libro 1.º del CEC, único hasta ahora concluido y terminado, formando el texto de los arts. 6 («deber de corrección»), 7 («deber de información»), 8 («deber de reserva»), 9 («tratos con los consumidores fuera de establecimiento mercantil») y 10 («tratos en el comercio internacional-intercontinental»).

## **II. La primordial exigencia de la lealtad en los tratos preliminares al contrato y su trasunto doctrinal en la idea básica del deber de corrección: su acogimiento en el texto del anteproyecto**

La reflexión sobre el alcance, el sentido y la virtualidad de los criterios rectores de la disciplina de la contratación de que se viene hablando han ido conformando una rica y bien trabada construcción doctrinal del deber de recíproca corrección de los contratantes, que ha subrayado su correspondencia con el comportamiento de las partes contratantes desenvuelto de acuerdo con las exigencias de la buena fe entendida en sentido objetivo.

Como es natural, en dicha construcción doctrinal —la explicación pormenorizada de cuyos desenvolvimientos no es posible abordar en

esta sede— no han dejado de plantearse las proyecciones concretas del deber de corrección que conviene a los contratantes en las conversaciones preparatorias de la conclusión del contrato; y, por su parte, toda esta destacada aportación de la moderna doctrina civilista se ha visto, desde luego, reflejada en las modalidades específicas a través de las que se ha acogido el deber de corrección en el anteproyecto de CEC, en las reglas que el mismo propone respecto de los que denomina, como se ha dicho, «tratos precontractuales».

En este sentido, tras afirmar, como primer aspecto del contenido práctico potencial de la llamada autonomía privada, la natural discrecionalidad de la contratación, el anteproyecto de CEC señala entre las excepciones o, mejor, entre los límites intrínsecos de la misma, la llamada responsabilidad precontractual en caso de comportamiento desleal, incorrecto o contrario a la buena fe imputable a uno cualquiera de los contratantes. Tal es, en efecto, el sentido del párrafo 1.º del art. 6 («deber de corrección») del anteproyecto, a tenor del cual «cada una de las partes es libre de emprender negociaciones con vistas a la conclusión de un contrato sin que se le pueda imputar la menor responsabilidad en el caso de que no llegue a estipularse, salvo que su comportamiento sea contrario a la buena fe».

El propio anteproyecto se ocupa luego, aprovechando y resumiendo, según se ha indicado, la rigurosa elaboración doctrinal que en el conjunto de los países europeos se ha llevado a cabo en estas materias, de concretar los supuestos básicos de deslealtad o incorrección precontractual en cuanto contradictorios con la exigencia del comportamiento de buena fe. A este respecto, el anteproyecto considera como supuestos fundamentales de deslealtad o incorrección de las partes contratantes en la fase precontractual, de una parte, el emprendimiento o mantenimiento de los tratos preliminares sin intención de contratar y, de otra, la interrupción sorpresiva de dichos tratos para la otra parte, que ha visto así frustradas las expectativas que razonablemente había puesto en la contratación, en cuanto que ya se habían llevado a cabo unas conversaciones avanzadas que versaban sobre los elementos esenciales del contrato a concluir.

En cuanto a los tratos preliminares faltos de una verdadera dirección hacia la contratación, propone el párrafo 2.º del art. 6 del anteproyecto de CEC la regla siguiente: «obra contra la buena fe la parte que emprende o prosigue los tratos sin intención de llegar a la conclusión del contrato»; y en lo que se refiere a la interrupción sorpresiva para la otra parte de los tratos preliminares, el párrafo 3.º del mismo art. 6 del anteproyecto formula una norma que rezaría así: «si en el curso de los tratos, las partes han examinado ya los elementos esenciales del con-

trato, de manera que de ellos se prevé una eventual conclusión, la parte que suscite respecto de la otra una confianza razonable en cuanto a su estipulación, obra contra la buena fe desde que interrumpe las negociaciones sin motivo justificado». De este modo, delimitando los supuestos concretos en que disciplinarmente puede apreciarse la buena fe en las conversaciones previas a la contratación, se facilitaría, sin duda, la aplicación de la disciplina positiva, afectada hasta ahora, en no pocos ordenamientos, de una cierta o de una total imprecisión.

### **III. El deber específico de información, su creciente expansión en la disciplina positiva y su acogimiento en el anteproyecto**

El deber genérico de los contratantes de actuación conforme a las exigencias de la buena fe en la fase precontractual se concreta, según la doctrina más autorizada, en los deberes específicos de información y de reserva que las partes deben observar en relación a los llamados tratos preliminares o conversaciones preparatorias de la contratación. Ambos deberes se reflejan, como vamos a ver enseguida, en las reglas que propone el anteproyecto de CEC.

En relación al deber de información, es oportuno subrayar la creciente expansión que el mismo ha experimentado en la disciplina positiva, tanto por lo que se refiere al ámbito del derecho civil como en el ámbito del derecho mercantil, en el cual tuvo, sin duda, las primeras manifestaciones de gran trascendencia disciplinar.

Por lo que se refiere al deber de información en el ámbito del derecho civil, se deben recordar, en primer lugar, las referencias puntuales que a dicho deber se contienen en las normas tradicionales sobre los preliminares de la contratación en tema de compraventa (arts. 1483, 1486.2 y 1487 Cc.), de comodato (art. 1752 Cc.) y de depósito (art. 1779 Cc.), además de la regla contenida en el art. 1270.2 Cc. en relación, en general, a la conducta dolosa de una de las partes por falta de la debida información de la otra en orden a la conclusión del contrato. Debe subrayarse también el hecho, tan significativo normativamente, de la generalización del deber de información en los supuestos de contratación con los consumidores, que se manifiesta en normas tan importantes como los arts. 10.1, a) y —en particular— 13 de la ley 20/1984, de 19 de julio, general para la defensa de los consumidores y usuarios, como el art. 5 de la ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación, y como el art. 3 de la ley 50/1980, de 8 de octubre, de contrato de seguro. Es de señalar asimismo que, según es bien sabido, el deber de información ha sido objeto de extensión a las rela-

ciones patrimoniales entre cónyuges sometidos al régimen económico de comunidad o de sociedad de gananciales (art. 1383 y 1393.4.º Cc.). Finalmente, y sin ánimo de exhaustividad, debe recordarse también la reciente ampliación del deber de información al ámbito del llamado «estatuto del asociado», mediante el art. 21.b), de la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del derecho de asociación.

En el ámbito del derecho mercantil también existen sobresalientes manifestaciones del deber de información, destacando de manera particular el relieve que dicho deber ha alcanzado desde antiguo en el derecho societario, dentro de lo que podría denominarse «estatuto del socio», comprensivo de sus variados derechos: supuestos ejemplares de esta realidad normativa se encuentran, sobre todo, en los arts. 48.d) y 112 del Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de sociedades anónimas. Especial relieve cobra, por lo demás, la información proporcionada por el futuro tomador del seguro en la fase preparatoria de la conclusión de su contratación, según un criterio tradicional que ahora se recoge en el art. 10 de la ya antes señalada Ley 50/1980, de 8 de octubre, de contrato de seguro.

Al deber de información que obliga a los contratantes se refiere el anteproyecto de CEC en el doble aspecto de su imposición a las partes que mantienen unos tratos precontractuales y del establecimiento de las consecuencias del defecto o falsedad de la información y de la reticencia imputables a una de las partes implicadas en dichas conversaciones previas a la conclusión de la convención.

La norma que en el anteproyecto de CEC se refiere al primero de los aspectos ahora señalados es su art. 7.1, a cuyo tenor, «en el curso de las negociaciones, cada una de las partes tiene el deber de informar a la otra sobre toda circunstancia de hecho y de derecho de la que tenga o deba tener conocimiento y que permita a la otra darse cuenta de la validez del contrato y del interés en concluirlo». De la norma cabe destacar el intento que la misma supone en orden a precisar el alcance del deber de información por referencia a la consideración de su ámbito en relación a la valoración de las circunstancias de hecho o de derecho que puedan afectar a la eficacia del contrato y a las ventajas de concluirlo.

Por su parte, en cuanto al otro aspecto del deber de información antes señalado, las consecuencias del defecto o falsedad de la información y de la reticencia se regulan en el art. 7.2 del anteproyecto de CEC. Según el redactado que sus autores proponen para esta regla, «en caso de omisión de información o de declaración falsa o reticente, si el contrato no ha sido concluido o queda afectado de nulidad, la parte que ha obrado en contra de la buena fe responde ante la otra en la medida

prevista en el párrafo cuarto del artículo 6», que se refiere, según veremos luego, al montante eventual de la reparación por haber incurrido una parte en perjuicio de la otra en alguno de los supuestos, ya examinados, de deslealtad o incorrección precontractual, a que se refieren los párrafos 2.º y 3.º del propio art. 6 del anteproyecto de CEC. En cambio, sigue disponiendo el art. 7.2 del anteproyecto que, «si el contrato ha sido concluido, (la parte que ha obrado contra la buena fe) queda obligada a restituir la suma recibida o a satisfacer la indemnización que el juez estime conforme a la equidad, salvo el derecho de la otra parte de impugnar el contrato por error».

El anteproyecto de CEC, haciéndose eco de las modernas tendencias del ordenamiento positivo que, en un aspecto que podríamos denominar promocional, atiende a las particulares circunstancias de la contratación en que se ven implicados los consumidores, dedica unas normas especiales respecto del deber de información en este especial ámbito de la contratación, acogiendo sintéticamente, en relación a la misma, la definición de consumidor que ha venido ha hacerse habitual en la doctrina y en la legislación que se propone su defensa y protección. Según el art. 9.2 del anteproyecto, en efecto, «en el presente código, se entiende por consumidor a la persona física que actúa fuera del ámbito de sus actividades profesionales».

En relación a los consumidores y, en concreto, a propósito de los tratos preliminares a la contratación realizados con ellos fuera de establecimiento mercantil, dispone la norma propuesta como art. 9.1 del anteproyecto de CEC que «el comerciante que propone la conclusión de un contrato a un consumidor fuera de su establecimiento mercantil está obligado a informar a este último por escrito de su derecho a desistir del contrato en la manera y en el curso de los plazos definidos en el artículo 159», precepto que, bajo la rúbrica de «desistimiento efectuado por un consumidor», se refiere, en sus párrafos 1.º y 2.º, a la declaración escrita a proporcionar en los plazos previstos por las disposiciones comunitarias. En el caso de que el comerciante no observe tal conducta, dispone el art. 9.3 del anteproyecto de CEC que «la ausencia de la comunicación prevista en el párrafo primero del presente artículo entraña a cargo del comerciante y a favor del consumidor las consecuencias previstas en el artículo 159». En tal supuesto, según previene este art. 159.3 y 4 del propio anteproyecto de CEC, las partes contratantes deben restituirse lo percibido, sin perjuicio del derecho a indemnización que corresponda al consumidor por virtud de lo dispuesto en el art. 162 (que se refiere al alcance o «condiciones de la responsabilidad contractual») o de los demás efectos que puedan prever, respecto de esta infracción del comerciante, las disposiciones comunitarias.

#### **IV. El deber específico de reserva respecto de los datos conocidos en los tratos preliminares y su incorporación a la disciplina prevista en el anteproyecto**

Este deber específico de reserva, comprendido en el genérico de actuación de los contratantes observando las exigencias de la buena fe en su comportamiento durante la fase preliminar o preparatoria de la celebración del contrato, es objeto de tratamiento por parte del anteproyecto de CEC en una doble dimensión: de una parte, en orden a la definición del alcance propio del deber de reserva, que se delimita a través de su referencia a la obtención confidencial de datos o informaciones y, de otra, en orden a la determinación de las consecuencias jurídicas de la falta de respeto, por parte de uno de los eventuales contratantes, de su deber de reserva sobre la información obtenida de la otra y cubierta por la confidencialidad.

Al primero de los aspectos ahora indicados se dedica el art. 8.1 del anteproyecto, mediante el cual se establece que «las partes tienen el deber de hacer un uso reservado de las informaciones que obtengan de manera confidencial en el transcurso de las negociaciones». Como se ve, la delimitación del alcance del deber de reserva se cifra en la obtención confidencial de datos o informaciones a lo largo de los tratos preliminares mantenidos, confidencialidad que, por ser un concepto jurídico de carácter indeterminado, requerirá que se concrete en cada caso particular teniendo en cuenta las específicas circunstancias que en él concurren, pudiendo servir de adecuado criterio la consideración de la entidad que las informaciones obtenidas tengan respecto de los intereses, fundamentalmente pero no exclusivamente económicos o patrimoniales, de la otra parte que los ha proporcionado.

Las consecuencias de la contravención del deber de reserva están previstas, por otro lado, en el párrafo 2.º del propio art. 8 del anteproyecto. En la previsión normativa propuesta en el mismo, «aquella de las partes que no respete este deber (de reserva) queda obligada a reparar el daño sufrido por la otra y, si, además, ha obtenido una ventaja indebida de la información confidencial, queda obligada a indemnizar a la otra parte en la medida de su propio enriquecimiento». Como es fácil de observar se prevé aquí eventualmente una doble imposición acumulativa de reparaciones a favor de la parte burlada en cuanto al uso por la otra de las informaciones confidenciales proporcionadas y a cargo de esta segunda, que hace un uso indebido de ellas: por un lado, la reparación del daño efectivamente sufrido por la parte defraudada en cuanto a la confidencialidad de las informaciones facilitadas y, por otro, una compensación a favor suyo en la proporción del enriquecimiento injus-

tificado conseguido por la otra parte faltando al deber de reserva al que se encuentra obligada. Es de destacar por su novedad, al menos en relación a nuestro derecho positivo, este segundo factor del montante de la reparación, si bien el mismo siempre se podría exigir y obtener argumentando sobre la base de desarrollar en proyecciones concretas el principio general de derecho, reiteradamente extraído de nuestro ordenamiento por la jurisprudencia, de la improcedencia del enriquecimiento injusto o torticero.

### **V. La obligación de reparar por responsabilidad precontractual o culpa in contrahendo y su tratamiento en el anteproyecto**

La calificación que merece la obligación de reparar por responsabilidad precontractual, esto es, por los daños causados a través de la conducta perjudicial contradictoria con la buena fe que debe observarse en los tratos preliminares, es, como se sabe, muy controvertida en la doctrina y sobre ella mantiene una postura insegura y oscilante la jurisprudencia: unas veces, en efecto, se orienta ésta, siguiendo una opinión doctrinal, por una caracterización extracontractual de la responsabilidad *in contraendo*, basada en la normativa general cifrada en el art. 1902 Cc. (línea acogida, por ejemplo, en la Sentencia de 16 de mayo de 1988); en otras ocasiones propende la jurisprudencia a dar, en la línea de otra corriente doctrinal, una caracterización contractualista a dicha responsabilidad, basada ahora, en los preceptos relativos al incumplimiento del contrato contenidos en los arts. 1101 y ss. Cc. (orientación seguida en la Sentencia de 26 de octubre de 1981); y otras veces, en fin, se inclina el Tribunal Supremo por configurar, también de acuerdo con otra corriente doctrinal, una responsabilidad precontractual de caracterización específica, cifrada analógicamente en la regla del art. 1258 Cc., en cuanto referida a las consecuencias de la contratación requeridas por la buena fe trasladadas, por vía de asimilación, a la fase precontractual (línea evolutiva sugerida por la Sentencia de 29 de enero de 1965).

Por lo que se refiere a este punto, el anteproyecto de CEC parece acoger una suerte de responsabilidad precontractual adornada de una caracterización específica superadora de las referencias exclusivamente extracontractuales o fundamentalmente contractuales de la misma. En este sentido debe valorarse, sin duda, la regla contenida en el art. 6.4 del anteproyecto, que se refiere al nacimiento de dicha responsabilidad en cabeza de la parte que obra contra la buena fe y, más en concreto, emprende o mantiene los tratos preliminares sin intención de contratar



o interrumpe de manera sorpresiva para la otra parte unas conversaciones avanzadas que han versado sobre los elementos esenciales del contrato, de manera que esta última había podido esperar razonablemente la celebración de la convención (art. 6.4, en relación al art. 6.2 y 3, del anteproyecto de CEC). Se podrá, ciertamente objetar que el conjunto de esta normación no se sitúa propiamente al margen de la llamada responsabilidad extracontractual, pero debe señalarse al respecto que la normativa propuesta en el anteproyecto de CEC no se reporta genéricamente a la actividad negligente o culposa dañosa que da lugar a la llamada responsabilidad extracontractual, sino que la redefine específicamente y da unos contornos precisos al acto culposo que la genera, al margen de los cuales no se da el tipo de responsabilidad a que la normativa del anteproyecto se refiere, sin perjuicio de que pueda siempre recurrirse a la aplicación de las reglas generales —en nuestro caso, el art. 1902 Cc.— en tema de responsabilidad civil extracontractual. La especificidad de la responsabilidad contractual prevista en el anteproyecto de CEC se refleja también, como vamos a ver a continuación, en las consecuencias indemnizatorias que puede tener el haber obrado contra la buena fe la parte contratante a cuyo cargo nace la obligación de indemnizar.

En el aspecto ahora indicado, es de señalar el ponderado alcance de la obligación de resarcir prevista en el anteproyecto de CEC, cifrada en el llamado interés contractual negativo. En efecto, según el propio art. 6.4 del anteproyecto, «la parte que obra contra la buena fe viene obligada a reparar como máximo el daño sufrido por la otra parte en la medida de los gastos a que esta última se ha obligado en el curso de las negociaciones emprendidas en vista de la estipulación de un contrato, así como de la pérdida de ocasiones similares causada por los tratos preliminares». Como precisa la norma propuesta transcrita, el alcance de la obligación de resarcir se limita a la indemnización de los gastos realizados por la parte defraudada en orden a la conclusión del contrato y a la compensación de posibles ventajas frustradas en relación a la pérdida de ocasiones similares causada por los tratos preliminares inútiles o interrumpidos y llevados a cabo, por haberse obrado de mala fe, sin resultado. En el supuesto de que la parte perjudicada pudiera pretender el resarcimiento de otros daños —piénsese, por ejemplo, en los consistentes o derivados de una eventual pérdida del prestigio comercial, en posibles daños morales, etc.— tendría que dirigirse a la parte causante de los mismos, no mediante la alegación de los preceptos previstos en el anteproyecto de CEC, sino de los que regulan la responsabilidad extracontractual en general.

## VI. Normas particulares en relación a los tratos preliminares en el comercio internacional o intercontinental

La última de las normas que el anteproyecto de CEC dedica a los tratos precontractuales se refiere a los mismos en el ámbito del comercio internacional o intercontinental.

En realidad, y a los fines fundamentalmente informativos que persigue esta nota, será suficiente una mera referencia a la normativa en cuestión, sobre todo si se tiene en cuenta que la regla prevista en el anteproyecto a los efectos indicados contiene, en realidad, unos meros reenvíos —ya sea, en particular, a los usos generalmente practicados o a la propia normativa propuesta en el anteproyecto— que no precisan de mayor comentario, y ello a pesar de que las reglas establecidas en los dos párrafos del art. 10 del anteproyecto pueden tener una indudable importancia práctica potencial.

A tenor del primero de dichos preceptos, «salvo estipulación contraria, en el curso de las negociaciones para la estipulación de contratos internacionales-intercontinentales, las partes tienen obligación de conformarse a los usos generalmente en vigor para los contratos del mismo tipo en el mismo sector comercial y de los que ellas tienen o deben tener conocimiento». «Aquella de las partes que no cumpla con los deberes mencionados en el párrafo anterior —sigue diciendo el párrafo 2.º del mismo art. 10 del anteproyecto—, es responsable frente a la otra tal y como queda previsto en los artículos precedentes, en la medida en que son aplicables»<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> El texto del anteproyecto de «Código Europeo de los Contratos (Libro I)», cuya versión original es en lengua francesa, ha sido publicado, con la adición de una memoria redactada por el coordinador de los trabajos prof. G. Gandolfi, por la casa editorial Giuffrè, de Milán, en 2001, con una 2.ª ed., de 2002, en la que se contienen también las versiones alemana, inglesa, española e italiana del anteproyecto. La traducción española ha aparecido también en la *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 2001, fasc. 4 (oct.-dic.), pp. 713 ss.